

Prokuratura i Prawo

NR 6/czerwiec 2017



ISSN 1233-2577

Prokuratura Krajowa

Zgodnie z zarządzeniem nr 104/16 Prokuratora Krajowego z dnia 29 listopada 2016 r. od 1 stycznia 2017 r. działa Rada Naukowa czasopisma będąca organem opiniodawczo-doradczym Kolegium Redakcyjnego i Redaktora Naczelnego. Skład osobowy Rady zostanie opublikowany w kolejnym numerze.

KOLEGIUM REDAKCYJNE

Przewodniczący – **Marek SADOWSKI**
Członkowie: Małgorzata BEDNAREK, Aleksander HERZOG, Anna JASKUŁA, Małgorzata KOZŁOWSKA, Tomasz SZAFRAŃSKI, Anna WDOWIARZ-PELĆ, Krzysztof WÓJCIK

REDAKCJA

Redaktor Naczelny – **Marek SADOWSKI**
Z-ca Redaktora Naczelnego – Anna WDOWIARZ-PELĆ
Sekretarz Redakcji – Wojciech KOTOWSKI

Współpraca: Justyna KRAKOWIAK

WYDAJE PROKURATURA KRAJOWA

Adres Redakcji:
02-528 Warszawa, ul. Rakowiecka 26/30,
Tel. 22 12 51 549
e-mail: redakcja@pk.gov.pl

Projekt okładki
Studio Karandasz

Skład i korekta:
Wydawnictwo Instytutu Ekspertyz Sądowych
31-033 Kraków, ul. Westerplatte 9
tel. 12 422 87 55, fax 12 422 38 50
e-mail: wydawnictwo@ies.krakow.pl
www.ies.krakow.pl/wydawnictwo/prokuratura/index.php

Druk i dystrybucja:
Wydawnictwo Diecezjalne i Drukarnia w Sandomierzu
27-600 Sandomierz, ul. Zeromskiego 4
tel. 15 644 04 00, fax. 15 832 77 87
e-mail: marketing@wds.com.pl
www.wds.pl

ISSN 1233-2577 nakład 2000 egz.

Wersją podstawową (referencyjną) czasopisma jest wersja papierowa

Spis treści
Table of contents

Artykuły/*Articles*

prof. nadzw. dr hab. Maciej Rogalski, Uczelnia Łazarskiego	
Kontrola i utrwalanie rozmów w procesie karnym	5
<i>Surveillance and recording conversations in criminal trials</i>	14
dr Agnieszka Kania, adiunkt Uniwersytetu Zielonogórskiego	
Postulat szybkości postępowania karnego a ograniczenie jego formalizmu	16
<i>Demand for speedy criminal proceedings versus reduced formalism of the criminal proceedings</i>	34
Paweł Opitek, prokurator Prokuratury Rejonowej Kraków-Podgórze w Krakowie	
Kryptowaluty jako przedmiot zabezpieczenia i poręczenia majątkowego	36
<i>Cryptocurrencies as collateral and surety</i>	59
dr Grzegorz Maroń, adiunkt Uniwersytetu Rzeszowskiego	
Argumentacja biblijna prokuratora w świetle orzecznictwa sądów USA	60
<i>Biblical argumentation of prosecutors in the light of the U.S. courts' rulings</i>	87
Adam Sygit, sędzia Sądu Okręgowego w Bydgoszczy	
Sporne kwestie na tle prawnokarnej ochrony znaków granicznych . . .	89
<i>Disputable matters arising from the criminal law protection of boundary marks</i>	103
Anna Madej, doktorantka Uniwersytetu Warszawskiego	
Oszustwo ubezpieczeniowe w kontekście oszustwa klasycznego . . .	104
<i>Insurance frauds in the context of classic frauds</i>	122
dr Blanka Julita Stefańska, adiunkt Uczelni Łazarskiego	
Przestępstwo niepłacenia alimentów w hiszpańskim prawie karnym	124
<i>Offence of not paying alimony under Spanish criminal law</i>	143
 Materiały szkoleniowe/ <i>Training materials</i>	
Jagoda Dzida, doktorantka UAM w Poznaniu	
Nieinstrumentalne techniki wykrywania nieszczerości	145
<i>Non-instrumental methods of uncovering insincerity</i>	154

Glosa/Commentary

do uchwały 7 sędziów Sądu Najwyższego z dnia 19 stycznia 2017 r.,
sygn. I KZP 16/16 (dot. wykładni art. 13 § 2 k.k.) – oprac. Krzysztof
Kmań 156
*to the resolution adopted by 7 judges of the Supreme Court on 19
January 2017, ref. no. I KZP 16/16 (concerns the interpretation of
Article 13, § 2 of the Penal Code) – by Krzysztof Kmań 167*

ARTYKUŁY

Maciej Rogalski

Kontrola i utrwalanie rozmów w procesie karnym

Streszczenie

Przedmiotem artykułu są wybrane zagadnienia dotyczące problematyki kontroli i utrwalania rozmów w procesie karnym (Rozdział 26 k.p.k.). Przedstawione zostały niespójności terminologiczne, które występują nie tylko pomiędzy przepisami k.p.k. a przepisami Prawa telekomunikacyjnego, które odnoszą się do kontroli i utrwalania rozmów ale także pomiędzy przepisami k.p.k. a aktami wykonawczymi do k.p.k. oraz pomiędzy przepisami k.p.k. W artykule opisane są różne sposoby realizacji obowiązków kontroli i utrwalania rozmów oraz wynikające z tego konsekwencje w zakresie praw i obowiązków dla podmiotów uprawnionych i obowiązanych do ich realizacji. Wreszcie wskazane są problemy w prawidłowym używaniu pojęć kluczowych dla zakresu prowadzonej kontroli, a także konieczność stosowania przepisów o ochronie informacji niejawnych.

Niespójności terminologiczne

W doktrynie procesu karnego od dawna wyróżnia się tzw. podsłuch procesowy oraz podsłuch pozaprocesowy (operacyjny)¹, który jest uregulowany

¹ J. Bratoszewski, L. Gardocki, Z. Gostyński, S. Przyjemski, R. A. Stefański, S. Zabłocki, Kodeks postępowania karnego. Komentarz, t. I, Warszawa 2003, s. 1017–1018; K. Marszał, Podsłuch w polskim procesie karnym *de lege lata* i *de lege ferenda*, (w:) Problemy nauk penalnych. Prace ofiarowane Pani Profesor Oktawii Górniok, Prace Naukowe

w ustawach szczególnych. Podstęp procesowy jest uregulowany w Rozdziale 26 k.p.k. (art. 237–242 k.p.k.). Przepisy dotyczące podsłuchu procesowego znajdują się także w aktach wykonawczych do przepisów k.p.k. regulujących podsłuch procesowy. Wreszcie w ustawie z dnia 16 lipca 2004 r. Prawo telekomunikacyjne (dalej: p.t.)² liczne są przepisy odnoszące się do problematyki podsłuchu. Niezbędne jest więc spojrzenie na zagadnienie kontroli i utrwalania rozmów z perspektywy łącznie tych wszystkich przepisów.

Rozpoczynając od analizy podstawowych pojęć dotyczących kontroli i utrwalania rozmów, używanych w tych aktach prawnych, widoczny jest brak jednolitości i precyzji terminologicznej pomiędzy nimi. Występuje niespójność terminologiczna nie tylko pomiędzy przepisami kodeksu postępowania karnego i aktami wykonawczymi do tych przepisów oraz przepisami ustawy Prawo telekomunikacyjne, ale nawet pomiędzy przepisami kodeksu postępowania karnego.

Przepis art. 242 k.p.k. stanowi delegację ustawową do wydania przez Ministra Sprawiedliwości rozporządzenia, które powinno określać m.in. sposób przygotowania sieci telekomunikacyjnej do kontroli rozmów telefonicznych. W oparciu o art. 242 k.p.k. zostało wydane rozporządzenie Ministra Sprawiedliwości z dnia 24 czerwca 2003 r. w sprawie sposobu technicznego przygotowania sieci służących do przekazywania informacji, do kontroli przekazów informacji oraz sposobu dokonywania, rejestracji, przechowywania, odtwarzania i niszczenia zapisów z kontrolowanych przekazów³. W § 1 ust. 2 pkt 2 i 3 rozporządzenie z dnia 24 czerwca 2003 r. definiuje pojęcie podmiotu uprawnionego i podmiotu obowiązującego. Zgodnie z tym rozporządzeniem, podmiotem uprawnionym jest podmiot wskazany w postanowieniu sądu lub prokuratora o zarządzeniu kontroli przekazów informacji, o którym mowa w art. 237 § 1 lub 2 k.p.k., natomiast podmiotem obowiązującym są urzędy, instytucje oraz podmioty prowadzące działalność telekomunikacyjną, o których mowa w art. 237 § 5 k.p.k. Przepis art. 179 ust. 3 pkt 1 lit a) p.t. do podmiotów uprawnionych zalicza natomiast: Policję, Straż Graniczną, Agencję Bezpieczeństwa Wewnętrznego, Służbę Kontrwywiadu Wojskowego, Żandarmerię Wojskową, Centralne Biuro Antykorupcyjne i Krajową Administrację Skarbową. W różny sposób zdefiniowane jest więc to samo pojęcie tj. „podmiotów uprawnionych” na gruncie kodeksu postępowania karnego i rozporządzenia z dnia 24 czerwca 2003 r. oraz prawa telekomunikacyjnego.

Uniwersytetu Śląskiego, Katowice 1996, nr 150, s. 343; S. Hala, Dowód z kontroli i rejestracji rozmów telefonicznych – aspekty praktyczne i teoretyczne, *Problemy Praworządności* 1989, nr 1, s. 39.

² Dz. U. z 2004 r., Nr 171, poz. 1800 ze zm.

³ Dz. U. Nr 110, poz. 1052.

Brak spójności terminologicznej występuje nie tylko pomiędzy przepisami k.p.k. i p.t., ale także pomiędzy przepisami rozporządzenia z dnia 24 czerwca 2003 r. i przepisami k.p.k., tym razem w zakresie definicji „podmiotu obowiązującego”. Zgodnie z rozporządzeniem z dnia 24 czerwca 2003 r. podmiotem obowiązującym są „urzędy, instytucje oraz podmioty prowadzące działalność telekomunikacyjną, o których mowa w art. 237 § 5 k.p.k.” Natomiast przepis art. 237 § 5 k.p.k. wskazuje następujące podmioty obowiązujące: „Urzędy i instytucje prowadzące działalność telekomunikacyjną oraz przedsiębiorca telekomunikacyjny w rozumieniu ustawy z dnia 16 lipca 2004 r. – Prawo telekomunikacyjne”. Występuje więc niespójność terminologiczna obu pojęć. Podstawowa różnica polega na wprowadzeniu do przepisu art. 237 § 5 k.p.k. pojęcia „przedsiębiorcy telekomunikacyjnego”. Zarówno pojęcie „przedsiębiorcy telekomunikacyjnego”, jak i „działalności telekomunikacyjnej” są zdefiniowane w ustawie Prawo telekomunikacyjne.

Pojęcie działalności telekomunikacyjnej oznacza działalność polegającą na świadczeniu usług telekomunikacyjnych, dostarczaniu sieci telekomunikacyjnych lub świadczeniu usług towarzyszących (art. 1 ust. 1 pkt 1 p.t.). W pojęciu działalności telekomunikacyjnej użyte są określenia, które także definiuje ustawa prawo telekomunikacyjne: usługa telekomunikacyjna (art. 2 pkt 48 p.t.) oraz sieć telekomunikacyjna (art. 2 pkt 35 p.t.). Definicja ta jest więc obszerna. Zgodnie natomiast z art. 2 pkt 27 p.t., przedsiębiorca telekomunikacyjny oznacza przedsiębiorcę lub inny podmiot uprawniony do wykonywania działalności gospodarczej na podstawie odrębnych przepisów, który wykonuje działalność gospodarczą polegającą na dostarczaniu sieci telekomunikacyjnych, świadczeniu usług towarzyszących lub świadczeniu usług telekomunikacyjnych, przy czym przedsiębiorca telekomunikacyjny, uprawniony do: a) świadczenia usług telekomunikacyjnych, zwany jest „dostawcą usług”; b) dostarczania publicznych sieci telekomunikacyjnych lub świadczenia usług towarzyszących, zwany jest „operatorem”. Podział przedsiębiorców telekomunikacyjnych na dwie grupy tj. operatorów i dostawców usług, posiada bardzo istotne znaczenie z punktu widzenia realizacji omawianych obowiązków. Operatorzy posiadają wszelkie zasoby organizacyjne i technologiczne do realizacji w praktyce wskazanych obowiązków. Dostawcy usług to bardzo często małe podmioty, nawet jednoosobowe, które nie posiadają i wręcz w praktyce nie są w stanie zapewnić tych środków. Zobowiązanie w tak szerokim zakresie wszystkich podmiotów do realizacji tych obowiązków, bez względu na ich realne możliwości i zasoby, oznacza w praktyce tworzenie pozorów realizacji tych obowiązków. Należałoby więc bardziej precyzyjnie określić podmioty, które muszą realizować obowiązki przewidziane w art. 237 § 5 k.p.k. ograniczając te obowiązki do operatorów. Natomiast dostawcy usług mogliby realizować te obowiązki tylko w zakresie określonym przepisami art. 179 ust. 7 p.t., czyli w sytuacji powierzenia przez

taki podmiot, w drodze umowy, innemu przedsiębiorcy telekomunikacyjnemu wykonywania obowiązków w zakresie kontroli i utrwalania rozmów telefonicznych.

Warunki przeprowadzenia kontroli i utrwalania

Zgodnie z wydanym w oparciu o art. 242 k.p.k. rozporządzeniem Ministra Sprawiedliwości z dnia 24 czerwca 2003 r., w czasie realizacji kontroli procesowej operator telekomunikacyjny (podmiot obowiązany) ma obowiązek zapewnić podmiotowi uprawnionemu możliwość przeprowadzenia kontroli i utrwalania, w szczególności zapewnić dostęp do systemu technicznego umożliwiającego realizację tych czynności przez osobę wskazaną przez podmiot uprawniony. W związku z obowiązkami określonymi w rozporządzeniu Ministra Sprawiedliwości z dnia 24 czerwca 2003 r. pozostają określone w art. 179 ust. 3 pkt 1 p.t. obowiązki przedsiębiorcy telekomunikacyjnego zapewnienia warunków technicznych i organizacyjnych dostępu i utrwalania.

W praktyce stosowania kontroli procesowej wydawane są przez sąd lub prokuratora postanowienia o zarządzeniu kontroli procesowej, w których wskazany jest przedsiębiorca telekomunikacyjny jednocześnie jako podmiot obowiązany oraz jako podmiot uprawniony, który utrwalone na nośniku treści przekazów informacji przesyła do sądu lub prokuratora. W takim przypadku proces utrwalania odbywa się bez zapoznawania się pracowników operatora z treścią przekazów.

Wydawane są także przez sąd lub prokuratora postanowienia o zarządzeniu kontroli procesowej, w których wskazany jest przedsiębiorca telekomunikacyjny jako podmiot obowiązany, a jako podmiot uprawniony wskazany jest podmiot wymieniony w art. 179 ust. 3 pkt 1 lit. a) p.t., który „przy zastosowaniu własnych środków technicznych” powinien realizować kontrolę procesową. W praktyce oznacza to wykonywanie kontroli procesowej w siedzibie wskazanego uprawnionego podmiotu z wykorzystaniem interfejsu, o którym mowa w art. 179 ust. 4a) p.t.

Zastosowanie interfejsu jest w świetle art. 179 p.t. rozwiązaniem alternatywnym w stosunku do warunków dostępu i utrwalania określonych w rozporządzeniu przewidzianym na podstawie art. 179 ust. 12 p.t. Przepis art. 179 ust. 4a p.t. przewiduje zawieranie w tej sprawie umów między podmiotami uprawnionymi a przedsiębiorcami telekomunikacyjnymi. Uprawniony podmiot lub Prezes Urzędu Komunikacji Elektronicznej („UKE”) nie mają jednak

kompetencji do nałożenia na przedsiębiorcę obowiązku zastosowania interfejsu. Stosowanie interfejsów posiada dobrowolny charakter⁴.

Umowy są zawierane po stronie uprawnionych podmiotów przez organy naczelne lub centralne nadzorujące jednostki uprawnione do prowadzenia kontroli rozmów telefonicznych. W przypadku dostępu za pomocą interfejsów uprawnione jednostki mogą partycypować w kosztach zastosowania interfejsów na zasadach określonych w umowach. Umowy w sprawie zastosowania interfejsu nie może zastąpić decyzja Prezesa UKE lub podmiotu uprawnionego. Jednak w przypadku, gdy strony zawrą umowę, a nie określa ona lokalizacji interfejsu, lokalizację może wskazać podmiot uprawniony kierując się przesłankami określonymi w art. 179 ust. 4a p.t. Lokalizacja powinna pozostawać w obrębie sieci telekomunikacyjnej przedsiębiorcy telekomunikacyjnego, umożliwiać techniczną realizację interfejsu. Przedsiębiorca powinien zawierać umowę w sprawie zastosowania interfejsu dopiero wówczas, gdy kwestia lokalizacji zostanie ostatecznie uzgodniona⁵. W sprawie stosowania interfejsów wydane zostało w oparciu o art. 182 p.t. rozporządzenie Rady Ministrów z dnia 20 stycznia 2012 r. w sprawie wymagań technicznych i eksploatacyjnych dla interfejsów umożliwiających wykonywanie zadań i obowiązków na rzecz obronności, bezpieczeństwa państwa oraz bezpieczeństwa i porządku publicznego⁶.

W przypadku realizacji kontroli procesowej z wykorzystaniem interfejsu o którym mowa w art. 179 ust. 4a p.t. w ogóle powstaje wątpliwość co do potrzeby przygotowania warunków dostępu i utrwalania przez przedsiębiorcę telekomunikacyjnego (art. 179 ust. 3 p.t.), skoro zgodnie z art. 179 ust. 4b p.t. zdanie pierwsze zapewnienie warunków dostępu i utrwalania powinno umożliwiać uprawnionym podmiotom dostęp do przekazów telekomunikacyjnych i danych bez udziału pracowników przedsiębiorcy telekomunikacyjnego. Wymaga się, aby w warunkach technicznych i organizacyjnych stworzonych przez przedsiębiorcę telekomunikacyjnego uprawnione podmioty mogły samodzielnie inicjować, zakańcząć dostęp oraz dokonywać rejestracji. Udział pracowników przedsiębiorcy powinien zostać wyeliminowany. Kwestia ta nabiera szczególnego znaczenia, jeżeli uwzględnić fakt, że kontrola operacyjna realizowana jest u największych przedsiębiorców telekomunikacyjnych (operatorów) właśnie z wykorzystaniem interfejsu, o którym mowa w art. 179 ust. 4a p.t. W sytuacji więc realizacji kontroli procesowej z wykorzystaniem interfejsu (art. 179 ust. 4a p.t.) brak praktycznego uzasadnie-

⁴ Zob. wyrok Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego w Warszawie z dnia 8 maja 2008 r., sygn. VI SA/WA 378/08, Legalis nr 309528; www.uke.gov.pl.

⁵ S. Piątek, *Prawo telekomunikacyjne. Komentarz*, Warszawa 2013, s. 1076–1077. Zob. także K. Kawałek, M. Rogalski (red.), *Prawo telekomunikacyjne*, Warszawa 2010, s. 939.

⁶ Dz. U. z 2012 r., poz. 200.

nia dla przygotowania warunków do kontroli procesowej w siedzibie przedsiębiorcy telekomunikacyjnego (operatora) i ponoszenia przez przedsiębiorców dodatkowych kosztów. Przygotowanie warunków do kontroli procesowej w siedzibie przedsiębiorcy telekomunikacyjnego w sytuacji, gdy kontrola jest realizowana za pomocą interfejsów, pozostaje także w sprzeczności z delegacją ustawową do wydania rozporządzenia Rady Ministrów, zgodnie z którą wymagania i sposób zapewnienia warunków dostępu i utrwalania powinny być określone zgodnie z zasadą osiągnięcia celu przy jak najniższych nakładach (art. 179 ust. 12 pkt 1 p.t.). Podobnie przepis art. 182 p.t. będący podstawą do wydania rozporządzenia przez Radę Ministrów wymagań dla interfejsów, także przewiduje konieczność przestrzegania zasady minimalizacji nakładów przedsiębiorcy telekomunikacyjnego i podmiotów uprawnionych.

Analogiczny problem powstaje także w przypadku stosowania instytucji przewidzianej w § 11 rozporządzenia Ministra Sprawiedliwości z dnia 24 czerwca 2003 r. Przepis ten zobowiązuje podmiot obowiązany do zapewnienia rejestracji faktu przeprowadzenia kontroli przekazów informacji i gromadzenia danych o przeprowadzonych kontrolach. Kontrola procesowa musi być realizowana z wykorzystaniem systemów akredytowanych (art. 48 i n. ustawy z dnia 5 sierpnia 2010 r. o ochronie informacji niejawnych⁷, dalej u.o.i.n.). Zapewniona więc musi być rozliczalność wszystkich kontroli procesowych. Wskazany przepis rozporządzenia Ministra Sprawiedliwości z dnia 24 czerwca 2003 r. nie jest jednak powiązany z przepisami Prawa telekomunikacyjnego regulującymi działania uprawnionych podmiotów oraz odpowiadające im obowiązki podmiotów obowiązanych w szczególności, gdy warunki dostępu i utrwalania, o których mówi art. 179 ust. 3 pkt 1 p.t., są realizowane za pomocą interfejsów (art. 179 ust. 4a p.t.). Zgodnie natomiast z art. 179 ust. 4b p.t., zapewnienie warunków dostępu i utrwalania powinno umożliwiać uprawnionym podmiotom dostęp do przekazów telekomunikacyjnych i danych bez udziału pracowników przedsiębiorcy telekomunikacyjnego. Za zgodą uprawnionego podmiotu warunki dostępu i utrwalania mogą być zapewnione przy niezbędnym współdziałaniu upoważnionych pracowników przedsiębiorcy telekomunikacyjnego gwarantujących prawidłową realizację przedmiotowych czynności w zakresie określonym przez uprawniony podmiot. Zgoda nie wymaga formy decyzji administracyjnej. Wystarczające jest stanowisko uprawnionego podmiotu, określające zakres udziału pracowników w wykonywaniu czynności dostępu i utrwalania. Uprawniony podmiot określa zakres czynności, do których dopuszczeni są pracownicy przedsiębiorcy. Pracownicy uczestniczący w tych czynnościach muszą posiadać upoważnienie przedsiębiorcy, wynikające ze stosunku pracowniczego. Powinni oni spełniać wymagania dla osób posiadających dostęp do informacji

⁷ Dz. U. Nr 182, poz. 1228 ze zm.

niejawnych⁸. W praktyce, w sytuacjach przewidzianych w art. 179 ust. 4a–4b p.t., nie jest możliwe dokonanie przez przedsiębiorcę telekomunikacyjnego rejestracji faktu przeprowadzenia takiej kontroli, zgodnie z art. 237 § 5 k.p.k. i § 11 rozporządzenia Ministra Sprawiedliwości z dnia 24 czerwca 2003 r., gdyż po prostu przedsiębiorca o fakcie takiej kontroli prowadzonej przez uprawnione podmioty może nawet nie wiedzieć.

Wskazane problemy o charakterze terminologicznym oraz stosowanych rozwiązań przewidzianych w rozporządzenia Ministra Sprawiedliwości z dnia 24 czerwca 2003 r. wskazują na potrzebę jego nowelizacji. Rozporządzenie pochodzi z 2003 r., a więc jak na warunki rozwoju technologicznego, w szczególności telekomunikacyjnego jest bardzo stare. Stosowanie tego aktu wykonawczego pozostaje w ścisłym powiązaniu ze stosowaniem przepisów Prawa telekomunikacyjnego, tymczasem rozporządzenie Ministra Sprawiedliwości z dnia 24 czerwca 2003 r. było wydane, gdy nie obowiązywała jeszcze obecna ustawa Prawo telekomunikacyjne z dnia 16 lipca 2004 r. W efekcie rozporządzenie nawiązuje do nieobowiązującej już ustawy tj. ustawy z dnia 21 lipca 2000 r. – Prawo telekomunikacyjne⁹. Powołuje się na nieobowiązujące już definicje przewidziane w ustawie Prawo telekomunikacyjne z dnia 21 lipca 2000 r. Przyjęcie rozporządzenia z dnia 24 czerwca 2003 r. w czasie, gdy obowiązywała inna ustawa Prawo telekomunikacyjne, z pewnością jest jedną z przyczyną obecnych problemów interpretacyjnych i wymaga nowelizacji.

Problem ten nie dotyczy tylko aktów wykonawczych do przepisów k.p.k., ale także do przepisów p.t. Zgodnie z art. 179 ust. 12 p.t., Rada Ministrów powinna określić, w drodze rozporządzenia:

- wymagania i sposób zapewnienia warunków dostępu i utrwalania, o których mowa w art. 179 ust. 3 p.t. i art. 180d p.t., z wyłączeniem spraw uregulowanych w art. 242 k.p.k., kierując się zasadą osiągnięcia celu przy jak najniższych nakładach;
- rodzaje działalności telekomunikacyjnej lub rodzaje przedsiębiorców telekomunikacyjnych niepodlegających obowiązkowi zapewnienia warunków dostępu i utrwalania, o których mowa w art. 179 ust. 3 p.t. i art. 180d p.t., kierując się zakresem i rodzajem świadczonych usług telekomunikacyjnych lub wielkością sieci telekomunikacyjnych przedsiębiorców.

Dotychczas jednak rozporządzenie Rady Ministrów w oparciu o art. 179 ust. 12 p.t. nie zostało wydane. Nadal obowiązuje, wydane na podstawie już uchylonego art. 181 p.t., rozporządzenie Rady Ministrów z dnia 13 września 2005 r. w sprawie wypełniania przez przedsiębiorców telekomunikacyjnych zadań i obowiązków na rzecz obronności, bezpieczeństwa państwa oraz

⁸ S. Piątek, *op. cit.*, s. 1077. Zob. także K. Kawałek, M. Rogalski (red.), *op. cit.*, s. 939–940.

⁹ Dz. U. Nr 73, poz. 852 z późn. zm.

bezpieczeństwa i porządku publicznego¹⁰. Przepis art. 181 p.t. został uchylony ustawą z dnia 24 kwietnia 2009 r. o zmianie ustawy – Prawo telekomunikacyjne oraz niektórych innych ustaw¹¹. Przepis art. 181 p.t. zawierał upoważnienie do wydania rozporządzenia w sprawie sposobu wykonywania obowiązków określonych w art. 179 ust. 3 p.t. Na podstawie tego upoważnienia zostało wydane rozporządzenie Rady Ministrów z dnia 13 września 2005 r. w sprawie wypełniania przez przedsiębiorców telekomunikacyjnych zadań i obowiązków na rzecz obronności, bezpieczeństwa państwa oraz bezpieczeństwa i porządku publicznego¹². Zgodnie z art. 14 ust. 1 ustawy z dnia 24 kwietnia 2009 r. dotychczasowe przepisy wykonawcze wydane na podstawie m.in. art. 181 p.t., zachowują moc do dnia wejścia w życie przepisów wykonawczych wydanych na podstawie art. 179 ust. 12 p.t.

Rozporządzenie Rady Ministrów z dnia 13 września 2005 r. w sprawie wypełniania przez przedsiębiorców telekomunikacyjnych zadań i obowiązków na rzecz obronności, bezpieczeństwa państwa oraz bezpieczeństwa i porządku publicznego określa warunki dostępu i utrwalania. W § 3 rozporządzenie określa także wymagania formalne jakie należy spełnić w zakresie potwierdzenia ochrony informacji niejawnych świadectwami bezpieczeństwa przemysłowego. W tym zakresie rozporządzenie to jest niezgodne z aktualnie obowiązującymi przepisami ustawy o ochronie informacji niejawnych w zakresie obowiązku posiadania przez przedsiębiorcę świadectwa bezpieczeństwa przemysłowego.

Koniecznym jest więc wydanie wreszcie rozporządzenia w oparciu o art. 179 ust. 12 p.t. i zakończenia 12 letniego okresu obowiązywania rozporządzenia wydanego w oparciu o uchylone przepisy art. 181 p.t. Przede wszystkim jednak jest to konieczne z uwagi na zmiany w innych przepisach, w szczególności ustawie o ochronie informacji niejawnych oraz istotne zmiany organizacyjne i techniczne, które wymagają aktualizacji rozporządzenia.

Postanowienia o zarządzeniu kontroli

W praktyce nie zawsze jest poprawna treść postanowień zarządzających kontrolę rozmów. Postanowienia powinny jednoznacznie określać zakres kontroli. W postanowieniach powinny być używane pojęcia i określenia występujące w przepisach prawa, a nie w języku potocznym. Przykładowo należy odróżnić „abonenta” od „użytkownika” oraz „użytkownika końcowego”. Zgodnie z art. 2 pkt 1 p.t. abonentem jest podmiot, który jest

¹⁰ Dz. U. Nr 187, poz. 1568.

¹¹ Dz. U. Nr 85, poz. 716.

¹² Dz. U. Nr 187, poz. 1568.

stroną umowy o świadczenie usług telekomunikacyjnych zawartej z dostawcą publicznie dostępnych usług telekomunikacyjnych. Użytkownikiem jest natomiast podmiot korzystający z publicznie dostępnej usługi telekomunikacyjnej lub żądający świadczenia takiej usługi (art. 2 pkt 49 p.t.). Wreszcie użytkownikiem końcowym jest podmiot korzystający z publicznie dostępnej usługi telekomunikacyjnej lub żądający świadczenia takiej usługi dla zaspokojenia własnych potrzeb (art. 2 pkt 50 p.t.). W obrębie użytkowników końcowych wyróżnia się również kategorię konsumentów (art. 2 pkt 18 p.t.). Pojęcie abonenta zawiera trzy inne definicje przewidziane w ustawie Prawo telekomunikacyjne: definicję dostawcy usług, która jest zawarta w określeniu przedsiębiorcy telekomunikacyjnego (art. 2 pkt 27 lit. a) p.t.), definicję usługi telekomunikacyjnej (art. 2 pkt 48 p.t.) oraz definicję publicznie dostępnej usługi telekomunikacyjnej (art. 2 pkt 31 p.t.). Pojęcie użytkownika końcowego różni się od pojęcia abonenta tym, iż abonent korzysta z usług na podstawie umowy, która może być zarówno zawarta na piśmie, jak i poprzez czynności faktyczne, natomiast użytkownik końcowy może dopiero żądać zawarcia umowy o świadczenie usług telekomunikacyjnych. Wspólnym elementem jest natomiast to, że zarówno abonent, jak i użytkownik końcowy korzystają z usług dla zaspokojenia własnych potrzeb. Pojęcie abonenta mieści się zatem w obrębie pojęcia użytkownika końcowego. Użytkownicy końcowi są węższą kategorią niż użytkownicy. Definicja abonenta jest jedyną definicją, która wyraźnie przewiduje istnienie umownego stosunku prawnego pomiędzy dostawcą usług a podmiotem korzystającym z usług. W przypadku pozostałych kategorii odbiorców usług z definicji wynika jedynie wymóg korzystania z usług lub żądania takich usług.

Zwrócić należy także uwagę na wymagania ustawy o ochronie informacji niejawnych. Przepis art. 54 u.o.i.n. określa warunki dostępu przedsiębiorcy do informacji niejawnych. Zgodnie z art. 54 ust. 1 u.o.i.n., warunkiem dostępu przedsiębiorcy do informacji niejawnych w związku z wykonywaniem umów albo zadań wynikających z przepisów prawa, zwanych „umowami”, jest zdolność do ochrony informacji niejawnych. Z kolei, zgodnie z art. 71 ust. 1 u.o.i.n., jednostka organizacyjna zawierająca umowę związaną z dostępem do informacji niejawnych o klauzuli „poufne” lub wyższej jest odpowiedzialna za wprowadzenie do umowy instrukcji bezpieczeństwa przemysłowego, określającej: 1) szczegółowe wymagania dotyczące ochrony informacji niejawnych o klauzuli „poufne” lub wyższej, które zostaną przekazane przedsiębiorcy w związku z wykonywaniem umowy, odpowiednie do liczby tych informacji, klauzuli tajności oraz liczby osób mających do nich dostęp; 2) skutki oraz zakres odpowiedzialności wykonawcy umowy z tytułu niewykonania lub nienależytego wykonania obowiązków wynikających z u.o.i.n., a także nieprzestrzegania wymagań określonych w instrukcji bezpieczeń-

stwa przemysłowego. Według natomiast art. 71 ust. 2 u.o.i.n., instrukcja bezpieczeństwa przemysłowego powinna określać w szczególności: 1) klauzule tajności poszczególnych materiałów lub rodzajów materiałów, które zostaną wytworzone przez przedsiębiorcę w związku z wykonywaniem umowy; 2) sposób postępowania z materiałami niejawnymi, które zostaną przekazane przedsiębiorcy lub przez niego wytworzone w związku z wykonywaniem umowy.

Zgodnie więc z postanowieniami art. 71 ust. 1 i 2 u.o.i.n., w związku z art. 54 ust. 1 u.o.i.n., postanowienia w sprawie zarządzenia kontroli procesowej, które są w rozumieniu tych przepisów „umową związaną z dostępem do informacji niejawnych”, powinny zawierać instrukcję bezpieczeństwa przemysłowego, o której mowa w art. 71 ust 1 i 2 u.o.i.n.

Podsumowanie

Niespójności terminologiczne i brak precyzji w stosowanych pojęć wskazują na konieczność ujednoczenia pojęć w zakresie kontroli i utrwalania rozmów telefonicznych na gruncie kodeksu postępowania karnego, prawa telekomunikacyjnego oraz aktów wykonawczych do obu ustaw. Powinny być wydane nowe akty wykonawcze do obu ustaw w zakresie kontroli i utrwalania rozmów. Obowiązki nakładane na podmioty obowiązane powinny uwzględniać przyjęte rozwiązania w zakresie kontroli i utrwalania rozmów, aby uniknąć tworzenia rozwiązań, które nie są stosowane w praktyce. Ujednoczenia wreszcie wymaga praktyka stosowania podstawowych pojęć z obszaru prawa telekomunikacyjnego w postanowieniach o zarządzeniu kontroli rozmów.

Surveillance and recording conversations in criminal trials

Abstract

This paper explores some select issues relating to surveillance and recording conversations in criminal trials (Code of Criminal Procedure, Chapter 26). It presents terminological inconsistencies not only between those provisions of the Code of Criminal Procedure and Telecommunications Law, which govern surveillance and recording conversations, but also between provisions of the Code of Criminal Procedure and regulations for the implementation thereof, as well as among provisions of the Code of Criminal Pro-

cedure itself. The text describes various ways to fulfill the obligations of surveillance and recording conversations, and the resulting consequences as far as the rights and duties of entities authorized and required to fulfill such obligations are concerned. Moreover, the present paper identifies both problems with the proper use of the terms which are essential for the scope of surveillance, and well the necessity of applying regulations on the protection of classified information.

Agnieszka Kania

Postulat szybkości postępowania karnego a ograniczenie jego formalizmu

Streszczenie

Niniejszy artykuł poświęcono problematyce szybkości postępowania w sprawach karnych. W tym zakresie odwołano się nie tylko do jednego z karnoprosesowych celów postępowania, jakim jest rozstrzygnięcie spraw w rozsądnym terminie (w tym zakresie odwoływano się do art. 2 § 1 pkt 4 k.p.k., ale również do art. 45 ust. 1 Konstytucji RP), lecz także zwrócono uwagę na znaczenie pojęcia „przewlekłości postępowania”¹. Przeprowadzone analizy pozwoliły stwierdzić, iż postulat szybkości postępowania, któremu sprzyjają określone rozwiązania normatywne, przyczyniające się de facto do redukcji formalizmu, nie powinien być przyjmowany bezwarunkowo, lecz w sposób uwzględniający znaczenie szeregu gwarancji procesowych. Z dokonanych ustaleń wynika także, iż ocena przewlekłości postępowania stanowi w istocie wypadkową wielu czynników natury obiektywnej, które decydują o kwalifikacji danego postępowania jako niesprawnego i w konsekwencji świadczą o opieszałości czy beczynności funkcjonowania sądów.

Wprowadzenie w problematykę

Aprobowana w orzecznictwie oraz doktrynie procesu karnego idea szybkości postępowania², stanowiąca jeden z elementów zasady koncentracji proce-

¹ W tym zakresie odwołano się do ustawy z dnia 17 czerwca 2004 r. o skardze na naruszenie prawa strony do rozpoznania sprawy w postępowaniu przygotowawczym prowadzonym lub nadzorowanym przez prokuratora i postępowaniu sądowym bez nieuzasadnionej zwłoki. Tekst jedn. z dnia 28 lipca 2016 r., Dz. U. poz. 1259 ze zm.

² J. Skorpka, Czas jako czynnik determinujący przebieg postępowania przygotowawczego, Prokuratura i Prawo 2010, nr 1–2, s. 257–258; *Idem*, Czas jako czynnik determinujący przebieg postępowania przygotowawczego, (w:) J. Warylewski (red.), Czas i jego znaczenie w prawie karnym, Gdańsk 2010, s. 302–306; I. Nowikowski, Funkcja gwarancyjna terminów w polskim kodeksie postępowania karnego, Studia Iuridica Lublinensia 2013, T. 20, s. 23 i n.; W. Jasiński, M. Kuźma, Realizacja zasady szybkości w postępowaniu przygotowawczym, Prokuratura i Prawo 2008, nr 10, s. 48; J. Tyłman, Problemy usprawnienia postępowania karnego, (w:) J. Czapska (red.) *et al.*, Zasady procesu karnego wobec wyzwań współczesności. Księga ku czci profesora Stanisława Waltosia, Warszawa 2000, s. 49–50. Zob. również uwagi zaprezentowane w Uchwale Sądu Najwyższego z dnia 15 kwietnia 1999 r.,

sowej³, opiera się na strategicznym postulatcie, optującym za skróceniem do minimum czasu, który upłynął od momentu popełnienia czynu zabronionego do chwili jego ujawnienia i jaki jest niezbędny dla ustalenia sprawcy oraz zastosowania wobec niego właściwych środków reakcji karnoprawnej⁴. Wspomniany postulat, ze wszech miar trafny i pożądany, nie stanowi przy tym swiostego fenomenu naszych czasów⁵. U progu kształtowania się nowożytnego prawa karnego propagował go m.in. włoski prawnik C. Beccaria, napominając już wówczas, iż: „Kara jest tym użyteczniejsza, im jest szybsza, ponieważ im krótszy jest czas, który upłynął między czynem przestępnym a karą, tym trwalsze i silniejsze będzie w umyśle ludzkim skojarzenie tych dwóch pojęć: przestępstwo i kara. W ten sposób będą one mimo woli uważane: jedno za przyczynę, drugie zaś za konieczny, nieunikniony skutek”⁶.

sygn. I KZP 11/99, OSNKW 1999, nr 5–6, poz. 28 czy też w Wyroku Sądu Apelacyjnego w Lublinie z dnia 26 lutego 2013 r., sygn. I ACa 811/12, LEX nr 1298952 oraz Wyroku Sądu Najwyższego z dnia 4 kwietnia 2014 r., sygn. II CSK 407/13, LEX nr 1500664.

³ Zdaniem W. Daszkiewicza: „Szybkość jest jednym z elementów zasady koncentracji, i to tylko taka szybkość, która wyraża się w eliminacji zbędnej zwłoki”. W. Daszkiewicz, *Proces karny. Część ogólna*, t. I, Toruń 1972, s. 103. Należy w tym miejscu wspomnieć iż zasada koncentracji wymaga, aby proces stanowił zwarty tok czynności, przebiegający bez zbędnych zahamowań czy przerw. Wspomniana zasada występuje w powiązaniu z innymi, ważkimi postulatami postępowania karnego (w tym zakresie można by wymienić zasadę prawdy materialnej, ekonomii procesowej czy szybkości postępowania). Trafnie więc zauważono w orzecznictwie, iż: „Z zasadą szybkości postępowania pozostaje w jaskrawej sprzeczności rozkładanie rozprawy głównej „na raty” przez wykorzystywanie i nadużywanie formalnie dopuszczalnych przerw i odroczeń rozprawy, a ponadto na okresy niemające rzeczowego uzasadnienia” – wyrok Sądu Najwyższego z dnia 10 stycznia 1977 r., OSNKW 1977, nr 6, poz. 64. Zob. także M. Cieślak, *Polska procedura karna*, Warszawa 1974, s. 353; J. Tyłman, *Problemy zasady koncentracji w postępowaniu karnym*, Państwo i Prawo 1973, nr 7, s. 78; Z. Janowski, *Koncentracja procesu w aspekcie prakseologicznym*, Zeszyty Naukowe Instytutu Badania Prawa Sądowego 1979, nr 12, s. 79 i n. W ocenie J. Tyłmana, pomiędzy postulatami szybkości postępowania a zasadą koncentracji (która nie jest bezpośrednio skodyfikowana i zdefiniowana w przepisach kodeksu postępowania karnego) zachodzi stosunek krzyżowania. W przekonaniu autora nie ma przy tym znaczenia, czy wspomniany postulat szybkości procedowania stanowi odrębną zasadę czy też jest pozbawiony takiego charakteru. J. Tyłman, (w:) T. Grzegorzczak, J. Tyłman, *Polskie postępowanie karne*, Warszawa 2011, s. 176. Z kolei zdaniem S. Waltośa, postulat szybkości postępowania zawiera się w szeroko pojmowanej zasadzie bezpośredniości. S. Waltoś, *Proces karny. Zarys systemu*, Warszawa 2005, s. 211. Zob. również Postanowienie Sądu Najwyższego z dnia 13 września 2016 r., sygn. V KK 77/16, Legalis nr 1514829; wyrok Sądu Apelacyjnego w Gdańsku z dnia 11 grudnia 2013 r., sygn. II AKa 394/13, Legalis nr 776348; postanowienie Sądu Apelacyjnego w Katowicach z dnia 27 listopada 2013 r., sygn. II AKz 717/13, LEX nr 1488978; postanowienie Sądu Apelacyjnego w Łodzi z dnia 6 października 2010 r., sygn. II AKz 442/10, LEX nr 1112517; wyrok Sądu Apelacyjnego w Lublinie z dnia 9 grudnia 1996 r., sygn. II AKa 172/96, Legalis nr 34165.

⁴ B. Hołyst, *Czynniki sprzyjające aktywności śledztwa*, Nowe Prawo 1973, nr 2, s. 206.

⁵ A. Tybur, *Wpływ prokuratora na szybkość postępowania przygotowawczego*, *Problemy Praworządności* 1976, nr 11–12, s. 69.

⁶ C. Beccaria, *O przestępstwach i karach*, przekł. E. Rappaport, Warszawa 1959, s. 118–120. Zdaniem autora: „Długa zwłoka w wymierzaniu kary prowadzi tylko do coraz

Nieuchronność⁷ oraz szybkość wykrycia i ukarania sprawcy pozostają w pełni aktualnymi wyzwaniem dla współczesnego wymiaru sprawiedliwości, a ich prawidłowa realizacja świadczy nie tylko o sprawności działania organów państwowych⁸, lecz także służy utrwaleniu w społeczeństwie przekonania, iż: „(...) w walce z przestępczością zwycięża praworządność, a sprawcy są sprawiedliwie karani”⁹. Z tego też względu należałoby stwierdzić, iż ciągnące się nierzadko długimi latami procesy karne dowodzą zarówno „nieudolności tych, którzy sądzą”, jak również głębokiej indolencji wymiaru sprawiedliwości¹⁰. Spóźnione ukaranie sprawcy rodzi bowiem uzasadnione wątpliwości co do możliwości uzyskania satysfakcjonującego rozstrzygnięcia¹¹ i tym samym sprzyja formułowaniu – z założenia – negatywnych opinii co do ogólnego wizerunku oraz kondycji wymiaru sprawiedliwości¹². W ten sposób dochodzi więc do podważenia autorytetu władzy są-

większego oddalania się od siebie obu tych pojęć, a skutek tego jest taki, że bez względu na to, jakie byłoby wrażenie wykonania kary, byłoby ono odczute mniej jako kara, natomiast więcej jako widowisko, następowałoby ono dopiero wtedy, gdy w duszach widzów osłabło już uczucie grozy wywołane przestępstwem, które to uczucie służyłoby wzmocnieniu wrażeń kary”.

⁷ Jak przekonywał wspomniany C. B e c c a r i a: „Najskuteczniejszym ze środków powstrzymujących od popełnienia przestępstwa jest nie okrucieństwo kar, lecz nieuchronność tych kar, a w konsekwencji czujność władzy”. *Ibidem*, s. 139. Zob. także A. Z o l l, Założenia polityczno-kryminalne kodeksu karnego w świetle wyzwań współczesności, Państwo i Prawo 1998, nr 9–10, s. 42. Nieuchronność ponoszenia odpowiedzialności może przyczynić się do uruchomienia „prognostycznego myślenia” jednostek, wzbudzając tym samym wśród obywateli poczucie odpowiedzialności za podejmowane zachowania. Zob. także T. K a c z m a r e k, Sędziowski wymiar kary w Polskiej Rzeczypospolitej Ludowej w świetle badań ankietowych, Wrocław–Warszawa–Kraków–Gdańsk 1972, s. 61.

⁸ Z. G o s t y ń s k i, Zasada szybkości w nowym Kodeksie postępowania karnego, (w:) E. S k r ę t o w i c z, A. L e c i a k (red.), Nowa kodyfikacja karna. Zagadnienia węzłowe, Warszawa 1998, s. 281–283.

⁹ Wyrok Sądu Najwyższego z dnia 15 października 1982 r., sygn. IV KR 249/82, OSNKW 1983, nr 6, poz. 41; zob. także J. K u d r e l e k, Zasada ciągłości w postępowaniu karnym, Szczytno 2008, s. 45–46.

¹⁰ S. W a l t o ś, Wprowadzenie, (w:) Zagubiona szybkość procesu karnego. Światło w tunelu, (red.) S. W a l t o ś, J. C z a p s k a, Kraków 2008, s. 7.

¹¹ Trafnie więc oceniono w judykaturze, iż: „(...) kara po latach jest tylko abstrakcyjną dolegliwością, zatem bezcelowym okrucieństwem (...)”. Postanowienie Sądu Apelacyjnego w Krakowie z dnia 26 września 2006 r., sygn. II AKzw 658/06, KZS 2006, nr 10, poz. 12; postanowienie Sądu Apelacyjnego w Krakowie z dnia 29 października 2004 r., sygn. II AKzw 688/04, KZS 2004, nr 11, poz. 20. Zob. także postanowienie Sądu Najwyższego z dnia 15 lutego 2008 r., sygn. WZ 2/08, LEX nr 549289. Zob. także Z. J a n k o w s k i, Postępowanie karne przed sądem pierwszej instancji w aspekcie prakseologicznym, Warszawa 1986, s. 70; M. C i e ś l a k, Polska procedura karna, Warszawa 1984, s. 340.

¹² Nie bez racji napominano więc w orzecznictwie, iż: „Opieszałość sądu okręgowego powodująca osądzenie sprawy po blisko 5 latach od popełnienia przestępstwa, sprawia że organizację tego postępowania należy ocenić wyłącznie krytycznie. Takie praktyki nie tylko naruszają prawo oskarżonych do osądzenia w rozsądnym terminie, ale i narażają Państwo na ewentualność płacenia odszkodowania z tego tytułu i wyrządzają szkodę w opinii o sądach, krzywdzącą dla tych sądów w których takie nieprawidłowości nie mają miejsca”. Wyrok Sądu

downiczej, a w konsekwencji także i do obniżenia społecznego poziomu zaufania do organów wymiaru sprawiedliwości. Stanowisko to potwierdzają zresztą najnowsze badania, prezentujące społeczne oceny wobec instytucji publicznych. W świetle ostatnich sondaży działalność sądów (jak również prokuratury) jest bowiem nadal oceniana przez społeczeństwo bardziej negatywnie (40% respondentów), niż pozytywnie (36% ankietowanych)¹³. Z zebranego materiału empirycznego wynika przy tym, iż bez względu na rodzaj sprawy, w jakiej respondenci kontaktowali się z sądem, podstawowym zarzutem pod adresem wymiaru sprawiedliwości jest opieszałość sędziów i przewlekłość postępowań (84% wskazań). W dalszej kolejności wymieniano natomiast: notoryczne opóźnienia rozpraw (72% wskazań), zbyt wysokie koszty (72% wskazań), skomplikowane procedury postępowań sądowych (71% wskazań), niewydolność systemu przepływu informacji pomiędzy sądami (62% wskazań), niewłaściwą organizację pracy w sądach (59% wskazań), wydawanie wyroków na podstawie niekompletnego materiału dowodowego (58% wskazań) oraz korupcji wśród sędziów (54% wskazań), niski poziom informatyzacji w polskich sądach (48% wskazań), złe traktowanie obywateli (48% wskazań), niekompetencję sędziów (41% wskazań), nieprzestrzeganie przez sędziów obowiązujących procedur (42% wskazań), nepotyzm przy wyborze ławników (34% wskazań), nadużywanie przez sądy tymczasowego aresztowania (34%), braki kadrowe wśród sędziów (28% wskazań) i w administracji sądowej (23% wskazań), orzekanie przez sądy zbyt wysokich kar za przestępstwa (14% wskazań) oraz zbyt niskie zarobki sędziów (7% wskazań)¹⁴.

Konstytucyjne prawo do rozpoznania sprawy bez zbędnej zwłoki a przewlekłość postępowania

Zgodnie z konstytucyjną preambułą¹⁵, jedną z gwarancji bytu i przyszłości Rzeczypospolitej Polskiej jest zapewnienie jednostce prawa do instytucji publicznych działających rzetelnie i sprawnie¹⁶. W kontekście niniejszej dekla-

Apelacyjnego z dnia 8 listopada 2006 r., sygn. II AKa 157/06, Legalis nr 81575. Zob. również J. Blaim, Czas trwania postępowania przygotowawczego w świetle przepisów procesowych, *Problemy Praworządności* 1979, nr 1, s. 3–4; M. Król, Kilka uwag o trybie przyspieszonym, *Nowe Prawo* 1971, nr 11, s. 1675.

¹³ Komunikat z badań. Ocena instytucji publicznych, nr 133/2016, Warszawa 2016, s. 12.

¹⁴ Komunikat z badań. Raport o przestrzeganiu prawa i funkcjonowaniu wymiaru sprawiedliwości, BS/5/2013, Warszawa 2013, s. 9 i 18–19.

¹⁵ Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej z dnia 2 kwietnia 1997 r., Dz. U. Nr 78, poz. 483 ze zm.

¹⁶ B. Adamiak, Od klasycznych do współczesnych koncepcji gwarancji prawa do szybkiego załatwienia sprawy administracyjnej, (w:) J. Supernat (red.), *Między tradycją a przyszło-*

racji szczególne znaczenie uzyskuje treść art. 45 ust. 1 Konstytucji RP, który stanowi, iż: „Każdy ma prawo do sprawiedliwego i jawnego rozpatrzenia sprawy bez nieuzasadnionej zwłoki przez właściwy, niezależny, bezstronny i niezawisły sąd”. Respektowanie postanowień, wynikających ze wskazanego przepisu, powinno zatem prowadzić do rzetelnego i merytorycznie prawidłowego rozpoznania sprawy w rozsądnym czasie¹⁷.

Koncentrując w dalszych rozważaniach uwagę na ustaleniu normatywnej treści, wyrażonego w ustawie zasadniczej nakazu rozpatrzenia sprawy „bez nieuzasadnionej zwłoki”¹⁸, należy w pierwszej kolejności stwierdzić, iż wspomniany nakaz: „(...) należy do proceduralnych gwarancji o szczególnym znaczeniu dla jednostki. Pojęcie to jest jednak trudne do zdefiniowania w normie o takim stopniu ogólności, jak norma konstytucyjna. Ocena zasadności zwłoki lub jej braku może bowiem być dokonywana w konkretnej sprawie, z uwzględnieniem jej charakteru (karna, cywilna, administracyjna), właściwych dla jej rozpatrzenia przepisów postępowania, stopnia trudności (złożoności) i towarzyszących okoliczności, m.in. zachowania uczestników

ścią w nauce prawa administracyjnego. Księga jubileuszowa dedykowana Profesorowi Janowi Bociowi, Wrocław 2009, s. 17.

¹⁷ W orzecznictwie trafnie zauważono, iż: „(...) rozsądny czas rozpatrzenia sprawy jest nieodzowną częścią składową prawa dla sądu. Wynika to wprost z konstytucyjnej zasady (art. 45 ust. 1 Konstytucji). Iluzoryczna byłaby przecież ochrona, która zapewniałaby prawo do uruchomienia procedury sądowej bez zatroszczenia się o uzyskanie jej wyniku w rozsądnym terminie (»bez nieuzasadnionej zwłoki«). Zauważając oczywistą ważkość sprawności postępowania sądowego, należało równocześnie pamiętać o pozostałych aspektach prawa do sądu; baczyć, by koncentracja uwagi na problematyce zapobiegania zbędnej zwłoce w rozpatrywaniu sprawy przez sądy nie pomniejszyła znaczenia innych określonych w Konstytucji i ustawowym systemie wartości prawa do sądu. W ujęciu art. 45 ust. 1 Konstytucji RP czas postępowania sądowego (»bez nieuzasadnionej zwłoki«) jest wymaganym komponentem prawa do sprawiedliwego i jawnego rozpatrzenia sprawy przez właściwy, niezależny, bezstronny i niezawisły sąd”. Uchwała Sądu Najwyższego z dnia 13 lutego 2008 r., sygn. III SPZP 2/07, LEX nr 342345.

¹⁸ Należy zauważyć, iż: „Przyczyną stwierdzenia przewlekłości nie jest każda zwłoka, ale tylko zwłoka nieuzasadniona. Ocena, czy postępowanie trwa dłużej niż to konieczne, dokonywana musi być na podstawie analizy charakteru przeprowadzanych czynności jak i stanu faktycznego sprawy. Aby rozstrzygnąć, czy zwłoka w dokonaniu tej czynności jest nieuzasadniona, rozważyć należy nie tylko czasokres zaniechania jej dokonania, ale także konkretne realia sprawy i jej kontekst sytuacyjny”. Postanowienie Sądu Apelacyjnego we Wrocławiu z dnia 30 września 2013 r., sygn. II S 25/13, LEX nr 1378927. Wydaje się zatem, iż „nieuzasadnioną” zwłokę wyróżnia w istocie nie tyle każdy upływ czasu, ale dopiero: „(...) nadmierne odstępstwo od czasu zwykle koniecznego dla wykonywania określonych czynności”. Zob. Postanowienie Sądu Apelacyjnego w Krakowie z dnia 22 października 2013 r., sygn. I S 202/13, LEX nr 1441420. Wyjaśniając natomiast pojęcie „zwłoki” trzeba zauważyć, iż: „Sformułowanie »opóźnienie« w języku prawniczym należy odróżniać od pojęcia »zwłoki«. Jego zakres znaczeniowy jest szerszy, »opóźnienie« obejmuje bowiem, inaczej niż »zwłoka« wszystkie przypadki nieterminowości, w tym także niezawinione przez pozostającego w »opóźnieniu«”. Wyrok Sądu Apelacyjnego w Białymstoku z dnia 19 kwietnia 2013 r., sygn. I ACa 90/13, LEX nr 1314674.

postępowania (...). Wymaganie, aby postępowanie sądowe toczyło się »bez nieuzasadnionej zwłoki«, odpowiada konstruowanej na podstawie poszczególnych ustaw proceduralnych zasadzie szybkości postępowania. W literaturze zauważa się, że omawiane wymaganie należy odczytywać jako adresowaną do ustawodawcy dyrektywę ukształtowania procedury rozpoznawania spraw przez sądy w taki sposób, aby sprawy toczyły się sprawnie i możliwie szybko. Nakaz szybkości nie może oczywiście usprawiedliwiać ignorowania gwarancji procesowych zamieszczonych zarówno w art. 45 ust. 1, jak i innych postanowieniach Konstytucji (...) ¹⁹. Z tego też względu dalej podniesiono, że: (...) naruszenie art. 45 ust. 1 Konstytucji występuje w razie zwłoki w postępowaniu, gdy nie ma wystarczających powodów jego przedłużania albo powody te nie zasługują na aprobatę z punktu widzenia skutecznej ochrony sądowej ²⁰. Z powyższej argumentacji wynika zatem, iż sprawność postępowania nie jest kwestią abstrakcyjną, lecz wartością o wymiernym znaczeniu, stanowiącą gwarancję dla konstytucyjnego prawa do osądzenia bez zbędnej zwłoki ²¹.

Zaprzeczeniem prawa do rozpoznania sprawy bez zbędnej zwłoki pozostaje niewątpliwie przedłużające się postępowanie, które – przy spełnieniu określonych warunków – może uzyskać status przewlekłego. Normatywną definicję przewlekłości postępowania zawiera przepis art. 2 ust. 2 ustawy z dnia 17 czerwca 2004 r. o skardze na naruszenie prawa strony do rozpoznania sprawy w postępowaniu przygotowawczym prowadzonym lub nadzorowanym przez prokuratora i postępowaniu sądowym bez nieuzasadnionej zwłoki ²². Zgodnie z aktualnym brzmieniem wspomnianego przepisu: „Dla stwierdzenia, czy w sprawie doszło do przewlekłości postępowania, należy w szczególności ocenić terminowość i prawidłowość czynności podjętych przez sąd w celu wydania rozstrzygnięcia kończącego postępowanie w sprawie albo czynności podjętych przez prokuratora prowadzącego lub nadzorującego postępowanie przygotowawcze w celu zakończenia postępowania przygotowawczego lub czynności podjętych przez sąd lub komornika sądowego w celu przeprowadzenia i zakończenia sprawy egzekucyjnej albo innej sprawy dotyczącej wykonania orzeczenia sądowego. Dokonując tej oceny, uwzględnia się łączny dotychczasowy czas postępowania od jego wszczęcia do chwili rozpoznania skargi, niezależnie od tego, na jakim etapie

¹⁹ Wyrok Trybunału Konstytucyjnego z dnia 7 grudnia 2010 r., sygn. P 11/09, OTK-A 2010, nr 10, poz. 128.

²⁰ *Ibidem*; Z. Czeszejko-Sochacki, Prawo do sądu w świetle Konstytucji RP, Państwo i Prawo 1997, nr 11–12, s. 103; P. Hofmański, Prawo do sądu w ujęciu Konstytucji i ustaw oraz standardów prawa międzynarodowego, (w:) L. Wiśniewski (red.), Wolności i prawa jednostki oraz ich gwarancje w praktyce, Warszawa 2006, s. 276.

²¹ Postanowienie Sądu Apelacyjnego w Krakowie z dnia 20 maja 2008 r., sygn. II AKz 236/08, LEX nr 468616.

²² Tekst jedn. z dnia 28 lipca 2016 r., Dz. U., poz. 1259 ze zm.

skarga została wniesiona, a także charakter sprawy, stopień faktycznej i prawnej jej zawichości, znaczenie dla strony, która wniosła skargę, rozstrzygniętych w niej zagadnień oraz zachowanie się stron, a w szczególności strony, która zarzuciła przewlekłość postępowania”.

Odnosząc się w pierwszej kolejności do zmian, jakie nastąpiły w ramach ostatniej nowelizacji niniejszego przepisu²³, należy zaznaczyć, iż wspomniana nowela, będąca wyrazem dostosowania prawa polskiego do standardów strasburskich, uniemożliwia przede wszystkim sądom ograniczenie rozpoznania skargi tylko do etapu, na jakim znajduje się postępowanie. Z tego też względu sądy, dokonując oceny, czy w danej sprawie doszło do przewlekłości postępowania, będą zobowiązane do uwzględnienia całego, dotychczasowego czasu postępowania, począwszy od chwili jego wszczęcia aż do momentu rozpoznania skargi (niezależnie więc od tego, na jakim etapie skarga została wniesiona). Ponadto, dokonując modyfikacji art. 2 ust. 2 cyt. ustawy projektodawcy uznali, że także rozstrzygnięcia o charakterze formalnym (np. umorzenie postępowania) – które choć zapadają w głównym nurcie postępowania, ale jednocześnie nie rozstrzygają sprawy co do istoty – będą podlegać ocenie pod kątem zgodności z prawem strony do rozpoznania jej sprawy bez nieuzasadnionej zwłoki²⁴.

Analizując z kolei samą istotę przewlekłości postępowania w kontekście powołanej regulacji, wypada zauważyć, iż jej ocenę konstytuuje *de facto* długotrwałe procedowanie²⁵, które nie znajduje usprawiedliwienia w żadnej z wymienionych powyżej okoliczności²⁶. Jednocześnie trzeba w tym miej-

²³ Przed nowelizacją z dnia 30 listopada 2016 r. (Dz. U. z 2016 r., poz. 2103), która weszła w życie dnia 6 stycznia 2017 r. przepis ten miał następujące brzmienie: „Dla stwierdzenia, czy w sprawie doszło do przewlekłości postępowania, należy w szczególności ocenić terminowość i prawidłowość czynności podjętych przez sąd, w celu wydania w sprawie rozstrzygnięcia co do istoty albo czynności podjętych przez prokuratora prowadzącego lub nadzorującego postępowanie przygotowawcze w celu zakończenia postępowania przygotowawczego lub czynności podjętych przez sąd lub komornika sądowego w celu przeprowadzenia i zakończenia sprawy egzekucyjnej albo innej sprawy dotyczącej wykonania orzeczenia sądowego, uwzględniając charakter sprawy, stopień faktycznej i prawnej jej zawichości, znaczenie dla strony, która wniosła skargę, rozstrzygniętych w niej zagadnień oraz zachowanie się stron, a w szczególności strony, która zarzuciła przewlekłość postępowania”.

²⁴ Uzasadnienie rządowego projektu ustawy o zmianie ustawy o skardze na naruszenie prawa strony do rozpoznania sprawy w postępowaniu przygotowawczym prowadzonym lub nadzorowanym przez prokuratora i postępowaniu sądowym bez nieuzasadnionej zwłoki oraz niektórych innych ustaw, druk sejmowy nr 851, s. 2–3; <http://www.sejm.gov.pl/Sejm8.nsf/druk.xsp?nr=851>; dostęp w dniu 15 lutego 2017 r.

²⁵ Warto przy tym zaznaczyć, iż ocena przewlekłości jest relacjonowana do „teraźniejszości”, co w konsekwencji oznacza, iż określenie to nie powinno być odnoszone do zwłoki w postępowaniu, która ewentualnie może wystąpić w przyszłości. Postanowienie Sądu Najwyższego z dnia 17 listopada 2004 r., sygn. III SPP 21/04, Legalis nr 67486.

²⁶ Postanowienie Sądu Najwyższego z dnia 3 czerwca 2014 r., sygn. III SPP 116/14, Legalis nr 1047191.

scu zaznaczyć, iż powołana ustawa nie wyznacza przeciętnego czasu oczekiwania na rozpatrzenie sprawy²⁷. W orzecznictwie wskazuje się, iż: „Ocena, czy wystąpiła przewlekłość postępowania²⁸ jest dokonywana na podstawie obiektywnych i ustawowych kryteriów w odniesieniu do realiów faktycznych i prawnych danej sprawy²⁹. O naruszeniu więc jednej z podstawowych zasad postępowania, tj. rozpatrzenie sprawy w rozsądnym terminie, określonej w art. 45 ust. 1 Konstytucji RP, decyduje więc nie sam upływ czasu, ale nieuzasadnione przewlekanie procesu³⁰. Z powyższego wynika zatem, iż ocena przewlekłości postępowania nie powinna być

²⁷ W judykaturze wskazuje, iż zasadniczo za przewlekłe należy uznać postępowanie, które trwało ponad 12 miesięcy. Zob. m.in. Postanowienie Sądu Najwyższego z dnia 11 marca 2014 r., sygn. III SPP 28/14, Legalis nr 1200598 oraz cytowane tam judykaty. Zob. również Postanowienie Sądu Apelacyjnego w Krakowie z dnia 10 września 2009 r., sygn. II S 17/09, KZS 2009, nr 10, poz. 54; postanowienie Sądu Najwyższego z dnia 9 września 2015 r., sygn. III SPP 20/15, Legalis nr 1330120.

²⁸ W orzecznictwie wskazuje się, iż pewna wskazówka dla temporalnego wyznaczenia przewlekłości postępowania wynika z: „(...) art. 14 ustawy z 2004 r. o skardze na naruszenie prawa strony do rozpoznania sprawy bez nieuzasadnionej zwłoki, który stanowi, że skarżący może wystąpić z nową skargą w tej samej sprawie po upływie 12 miesięcy. Oznacza to, iż ustawodawca uznał za przewlekłe takie postępowanie, które trwa dłużej niż 12 miesięcy”. Postanowienie Naczelnego Sądu Administracyjnego z dnia 1 lutego 2013 r., sygn. II OPP 1/13, LEX nr 1282935. Trafnie zatem oceniono w kontekście regulacji karnoprocesowej, iż: „Prawo do rozpoznania sprawy bez nieuzasadnionej zwłoki nie jest dobrem osobistym, jednak przewlekłe prowadzony proces może naruszać takie dobra. Rozstrzygnięcie sprawy powinno bowiem nastąpić w rozsądnym terminie (art. 2 § 1 pkt 4 k.p.k.), zaś terminu 15 lat w żadnym razie nie można uznać za termin rozsądny”. Wyrok Sądu Apelacyjnego w Katowicach z dnia 24 czerwca 2016 r., sygn. I ACa 155/16, LEX nr 2096164; zob. także Wyrok Sądu Apelacyjnego w Krakowie z dnia 8 listopada 2006 r., sygn. II AKa 157/06, KZS 2006, nr 12, poz. 21.

²⁹ Nie bez racji napomina się, że: „Pojęcie prawne przewlekłości w każdym przypadku musi być odnoszone do konkretnych realiów i podjętego trybu postępowania. W przypadku postępowania sądowego musi być do niego adekwatne i uwzględniać realia funkcjonowania sądów, na które to realia składa się przede wszystkim ilość i rodzajowość rozpoznawanych spraw, ale też charakter podejmowanych przez sądy czynności, za którymi stoją interesy konkretnych podmiotów i które tym samym wymagają analizy, namysłu i rozważań. Sprawność postępowania sądowego w żadnym razie nie może oznaczać za usprawiedliwione oczekiwania strony, że tuż po zainicjowaniu sporu zostaną podjęte natychmiastowe czynności prowadzące wprost do wydania wyroku zgodnego z żądaniem strony. Tego rodzaju oczekiwanie przeczy istocie procesu sądowego, gdy to rzeczą sądu jest wszechstronne rozważenie racji obu stron. Zatem stanowczo należy podkreślić, że jedynie nadmierne odstępstwa od czasu zwyczajowo koniecznego do wykonania określonych prac i procedur mogą być uznawane za tworzące stan nieuzasadnionej zwłoki”. Postanowienie Sądu Apelacyjnego w Szczecinie z dnia 22 maja 2013 r., sygn. III S 5/13, LEX nr 1322063; postanowienie Sądu Apelacyjnego w Krakowie z dnia 7 grudnia 2010 r., sygn. II S 29/10, KZS 2011, nr 1, poz. 72.

³⁰ Postanowienie Naczelnego Sądu Administracyjnego z dnia 16 kwietnia 2014 r., sygn. II FPP 1/14, Legalis nr 990887; postanowienie Naczelnego Sądu Administracyjnego z dnia 29 maja 2013 r., sygn. I FPP 6/13, LEX nr 1318575; postanowienie Sądu Apelacyjnego w Katowicach z dnia 15 stycznia 2003 r., sygn. II AKz 3/03, LEX nr 81530.

w konsekwencji determinowana jedynie specyficznie (wąsko) pojmowanym kryterium czasu³¹, jaki upłynął od momentu wniesienia sprawy, jak również subiektywnymi odczuciami skarżącego co do jej typowości czy braku skomplikowania dowodowego³², lecz przede wszystkim zakresem wymaganych czynności, które należy podjąć w celu rozpoznania sprawy³³. Powyższe ustalenia prowadzą zatem do wniosku, że ocena przewlekłości postępowania stanowi *de facto* wypadkową wielu czynników natury obiektywnej³⁴, które decydują o kwalifikacji danego postępowania jako niesprawnego i w konsekwencji świadczą o opieszałości czy beczynności funkcjonowania sądów³⁵. Cechę przewlekłości uzyskuje zatem postępowanie, które

³¹ „Sama długotrwałość postępowania nie oznacza jednak, że doszło do przewlekłości postępowania. Zachodzi ona, gdy jest ono długotrwałe, prowadzone rozwickle i trwa ponad konieczność wyjaśnienia okoliczności faktycznych i prawnych niezbędnych do rozstrzygnięcia (...)”. Postanowienie Sądu Apelacyjnego w Krakowie z dnia 13 maja 2014 r., sygn. II S 2/14, KZS 2014, nr 6, poz. 82.

³² Postanowienie Sądu Apelacyjnego w Katowicach z dnia 11 maja 2005 r., sygn. II S 26/05, KZS 2005, nr 7–8, poz. 158; postanowienie Sądu Apelacyjnego w Katowicach z dnia 4 grudnia 2013 r., sygn. V S 83/13, LEX nr 1403730.

³³ „Nie można uznać *a priori*, że każde długotrwałe postępowanie można uznać za przewlekłe. Pojęcie przewlekłości nie jest wprost zależne od długości toczącego się postępowania. Jedynie nadmierne odstępstwa od czasu koniecznego do wykonania określonych czynności sądowych mogą zostać uznane za tworzące stan nieuzasadnionej zwłoki”. Postanowienie Naczelnego Sądu Administracyjnego z dnia 3 lutego 2012 r., sygn. II OPP 4/12, LEX nr 1113765; postanowienie Sądu Apelacyjnego w Krakowie z dnia 23 listopada 2010 r., sygn. II S 28/10, KZS 2010, nr 11, poz. 50.

³⁴ „Przewlekłość postępowania ma charakter obiektywny i jako taka jest oderwana od kwestii »zawinienia« organu prowadzącego to postępowanie, zaś powinnością państwa jest podjęcie takich działań organizacyjnych, legislacyjnych, finansowych, by sprawy toczyły się bez zbędnej zwłoki”. Postanowienie Sądu Apelacyjnego we Wrocławiu z dnia 12 września 2013 r., sygn. II S 24/13, LEX nr 1392151; postanowienie Sądu Apelacyjnego we Wrocławiu z dnia 14 marca 2012 r., sygn. II S 8/12, LEX nr 1127084; postanowienie Sądu Apelacyjnego w Krakowie z dnia 2 września 2015 r., sygn. II S 18/15, KZS 2015, nr 9, poz. 43.

³⁵ Postanowienie Sądu Najwyższego z dnia 8 lipca 2005 r., sygn. III SPP 120/05, Legalis nr 73530; Uchwała Sądu Najwyższego z dnia 18 stycznia 2005 r., sygn. III SPP 113/04, Legalis nr 66558; postanowienie Sądu Apelacyjnego w Gdańsku z dnia 29 listopada 2012 r., sygn. III S 7/12, Legalis nr 735511. Zob. także Postanowienie Naczelnego Sądu Administracyjnego z dnia 23 listopada 2012 r., sygn. II OPP 20/12, LEX nr 1240699, w którym stwierdzono, że: „ (...) o nieuzasadnionej zwłoce można mówić wówczas, jeśli postępowanie w sprawie trwa dłużej niż to konieczne do jego zakończenia, uwzględniając ocenę terminowości i prawidłowości czynności sądowych, ale także zachowań stron, a w szczególności strony, która zarzuca przewlekłość postępowania. Ocena ta nie może być oderwana od obowiązku sądu rozpoznawania wszystkich spraw wniesionych do sądu bez nieuzasadnionej zwłoki, przy zachowaniu zasady rozpoznawania spraw według kolejności ich wpływu oraz uwzględnieniu przepisów nakazujących rozpoznawanie niektórych rodzajów spraw w ustawowo określonych terminach”; jak również Postanowienie Naczelnego Sądu Administracyjnego z dnia 31 października 2012 r., sygn. II FFP 6/12, LEX nr 1240398; postanowienie Naczelnego Sądu Administracyjnego z dnia 5 marca 2013 r., sygn. I OPP 11/13, LEX nr 1321300; postanowienie Sądu Apelacyjnego w Katowicach z dnia 24 sierpnia 2012 r.,

jest prowadzone: „(...) długotrwanie (...) w sposób rozwlekły i trwa ponad konieczność niezbędną do wyjaśnienia istotnych dla końcowego rozstrzygnięcia okoliczności faktycznych i prawnych, leżących w związku przyczynowym z działaniem lub bezczynnością sądu”³⁶. Innymi słowy, przewlekłość postępowania może stanowić rezultat nie tylko braku realizacji określonych czynności, ale również konsekwencję podjęcia nieprawidłowych działań, jak również jedynie pozornych czynności³⁷, w następstwie których dochodzi do nieuzasadnionej zwłoki w rozpatrzeniu sprawy³⁸. Z zaprezentowanym rozumieniem przewlekłości postępowania koreluje przy tym orzecznictwo strasburskie, w którym akcentuje się zwłaszcza, że rozsądna długość postępowania powinna być oceniana poprzez pryzmat wielu czynników, do których można zaliczyć: szczególne okoliczności sprawy, stopień jej skomplikowania, zachowanie skarżącego oraz właściwych organów, a także znaczenie danego rozstrzygnięcia dla skarżącego³⁹. Z powyższego

sygn. III S 17/12, LEX nr 1236631, w którym podniesiono, że: „Oceny, czy w sprawie doszło do nieuzasadnionej przewlekłości należy dokonywać przez porównanie, jaki jest przeciętny okres rozpoznania danego rodzaju spraw. Samo bowiem opóźnienie w rozpoznaniu sprawy nie jest równoznaczne z powstaniem odpowiedzialności z tytułu przewlekłości postępowania”.

³⁶ Wyrok Sądu Apelacyjnego w Łodzi z dnia 27 maja 2013 r., sygn. I ACa 36/13, LEX nr 1327563.

³⁷ Postanowienie Sądu Najwyższego z dnia 11 marca 2015 r., sygn. III SPP 5/15, Legalis nr 1231797.

³⁸ Postanowienie Sądu Najwyższego z dnia 24 kwietnia 2014 r., sygn. III SPP 56/14, LEX nr 2008689; postanowienie Sądu Najwyższego z dnia 22 kwietnia 2010 r., sygn. III SPP 6/10, LEX nr 602069.

³⁹ Wyrok Europejskiego Trybunału Praw Człowieka z dnia 15 października 1999 r., 26614/95, Legalis nr 102871; wyrok Europejskiego Trybunału Praw Człowieka z dnia 4 kwietnia 2000 r., 38670/97, Legalis nr 102699. W orzeczeniu tym podniesiono, że: „Ocena, czy sprawę sądową rozpoznano w rozsądnym terminie, uzależniona jest od skomplikowania sprawy, zachowań obu stron oraz wagi sprawy dla skarżącego”. Zob. również wyrok Europejskiego Trybunału Praw Człowieka z dnia 25 listopada 1992 r., 12728/87, Legalis nr 135544; wyrok Europejskiego Trybunału Praw Człowieka z dnia 16 lipca 1971 r., 2614/65, Legalis nr 135865; wyrok Europejskiego Trybunału Praw Człowieka z dnia 10 marca 1980 r., 6232/73, Legalis nr 127822; wyrok Europejskiego Trybunału Praw Człowieka z dnia 25 lutego 1993 r., 13089/87, Legalis nr 135560; wyrok Europejskiego Trybunału Praw Człowieka z dnia 12 maja 1999 r., 35742/97, Legalis nr 135107. Również w świetle poglądów polskiej judykatury wskazuje się, iż przy ocenie przewlekłości postępowania należy uwzględnić takie czynniki jak: występujące w sprawie zawiłości faktyczne i prawne, obszerność i poziom skomplikowania badanego stanu faktycznego, uwarunkowania międzynarodowe sprawy oraz złożoność czynności dowodowych. Zob. m.in. Postanowienie Sądu Najwyższego z dnia 23 lipca 2015 r., sygn. WSP 2/15, Legalis nr 1303708; postanowienie Sądu Apelacyjnego we Wrocławiu z dnia 19 lutego 2013 r., sygn. II S 9/14, Legalis nr 1213184. Jednocześnie należy zaznaczyć, iż w świetle rodzimego orzecznictwa podkreśla się także: „Trudności organizacyjno-kadrowe nie ekskulpują sądu od odpowiedzialności za przewlekłość postępowania”. Postanowienie Sądu Apelacyjnego w Warszawie z dnia 9 października 2012 r., sygn. II S 58/12, LEX nr 1220706. Zob. także A. Sakowicz, (w:) K. T. Boratyńska *et al.*, Kodeks postępowania karnego. Komentarz, Warszawa 2012, s. 14–16;

wynika zatem, iż wyznaczony w ten sposób standard ochrony prawa do rozpatrzenia sprawy bez nieuzasadnionej zwłoki posiada wyraźnie indywidualizowany charakter⁴⁰, co jednocześnie oznacza, iż ocena, czy postępowanie trwało dłużej, niż byłoby to konieczne, powinna być dokonywana na podstawie analizy czynności oraz stanu faktycznego sprawy objętej daną skargą⁴¹.

Postulat szybkości postępowania i związane z nim konsekwencje

Zgodnie z podstawowymi założeniami ekonomii procesowej⁴², rozważany postulat szybkości procedowania uzyskuje wiele zalet w procesie stosowania prawa. Przede wszystkim akcentuje się, iż jego zaaprobowanie wpływa pozytywnie zwłaszcza na skuteczność ochrony praw i wolności jednostki gwarantowanych przepisami konstytucyjnymi, redukując koszty postępowania oraz nakłady czasu i energii osób biorących udział w procesie⁴³. Z drugiej jednak strony, nie sposób pominąć, iż ze wspomnianą szybkością postępowania wiąże się także szereg potencjalnych niebezpie-

J. Bielański, Prawo do rozsądnego czasu postępowania. Uwagi na tle uregulowań Europejskiej Konwencji Praw Człowieka, Konstytucji RP oraz nowego kodeksu postępowania karnego, Nowa Kodyfikacja Prawa Karnego 2005, T. V, s. 70; C. P. Kłak, Pojęcie skutecznego środka odwoławczego w odniesieniu do przewlekłości postępowania w rozumieniu art. 13 EKPC a polska skarga na przewlekłość postępowania karnego, (w:) P. Czubik, Z. Mach (red.), *Hereditas Mercaturae*. Księga pamiątkowa dedykowana świętej pamięci profesorowi Stanisławowi Miklaszewskiemu, Kraków 2012, s. 27–62; L. Garlicki, Przewlekłość postępowania sądowego a kryteria strasburskie, (w:) L. Gardocki, M. Huddzik, L. K. Paprzycki (red.), *Nowe technologie dowodowe a proces karny*, Warszawa 2007, s. 36.

⁴⁰ Zob. w tym zakresie Postanowienie Sądu Najwyższego z dnia 13 listopada 2014 r., sygn. III SPP 225/14, LEX nr 1544569; postanowienie Sądu Apelacyjnego w Katowicach z dnia 5 stycznia 2011, II S 84/10, LEX nr 785475; postanowienie Sądu Apelacyjnego w Szczecinie z dnia 4 stycznia 2013 r., sygn. III S 10/12, LEX nr 1254512.

⁴¹ Postanowienie Sądu Najwyższego z dnia 3 września 2015 r., KSP 11/15, Legalis nr 1326263.

⁴² Na temat rozumienia ekonomii procesowej zob. m.in.: Postanowienie Sądu Apelacyjnego w Białymstoku z dnia 19 listopada 2014 r., sygn. II AKo 127/14, LEX nr 1602843; postanowienie Sądu Apelacyjnego w Krakowie z dnia 30 kwietnia 2013 r., sygn. II AKo 60/13, LEX nr 1323092; postanowienie Sądu Apelacyjnego w Katowicach z dnia 23 czerwca 2010 r., sygn. II AKz 402/10, KZS 2010, nr 9, poz. 45; postanowienie Sądu Apelacyjnego w Lublinie z dnia 15 grudnia 1992 r., sygn. II AKo 80/92, LEX nr 21186; wyrok Sądu Apelacyjnego w Gdańsku z dnia 22 maja 2014 r., sygn. V ACa 218/14, LEX nr 1515182; postanowienie Sądu Apelacyjnego w Katowicach z dnia 17 maja 2000 r., sygn. II AKz 133/00, LEX nr 49087; postanowienie Sądu Apelacyjnego w Lublinie z dnia 19 września 2001 r., sygn. II AKz 445/01, LEX nr 49355; wyrok Sądu Najwyższego z dnia 10 stycznia 1977 r., sygn. V KR 215/76, OSNKW 1977, nr 6, poz. 64.

⁴³ Uchwała Sądu Najwyższego z dnia 15 lipca 1974 r., sygn. Kw Pr 2/1974, LEX nr 1730.

czeństw, które w równie istotnym stopniu mogą ujemnie wpłynąć na poziom wspomnianej ochrony praw i wolności jednostki. Wobec powyższego słusznie przestrzega się, iż: „Dążenie do szybkiego zakończenia postępowania nie powinno (...) przynosić uszczerbku właściwej wykładni i prawidłowego zastosowania norm prawnych. (...) Strony postępowania sądowego mają prawo do bezzwłocznego rozpatrzenia sprawy, ale równocześnie przysługuje im prawo do uzyskania prawidłowego rozstrzygnięcia, odpowiadającego normom prawa materialnego. Art. 45 ust. 1 Konstytucji wymaga, aby postępowanie sądowe odpowiadało wymogom sprawiedliwej procedury”⁴⁴. Z powyższego wynika zatem, iż szybkość postępowania nie powinna oddziaływać szkodliwie na gwarancje procesowe osób uczestniczących w postępowaniu. Sprawiedliwe procedowanie wymaga bowiem poszanowania gwarantowanych jednostce uprawnień procesowych, które nie powinny doznawać nieuzasadnionych ograniczeń⁴⁵. W szczególności trzeba w tym miejscu zaznaczyć, iż zgodnie z wymaganiami rzetelnego procesu uczestnikom postępowania należy zapewnić realną możliwość przedstawienia swoich racji, które sąd następnie ma obowiązek rozważyć⁴⁶. Wymieniając walory ogólnie propagowanego postulatu szybkości postępowania trzeba bowiem zauważyć, iż bezkrytyczne, czy też inaczej mówiąc jednostronne, aprobowanie dyrektywy pospiesznego prowadzenia postępowania może niekiedy zagrozić realizacji gwarancji procesowych jego uczestników, jak również stanowić poważną przeszkodę dla właściwego funkcjonowania wymiaru sprawiedliwości⁴⁷. Nie bez racji podnoszono więc w piśmiennictwie, iż: „Szybkie, lecz powierzchowne i jednostronne rozpoznanie sprawy prowadzi zazwyczaj do błędnych wyników i powoduje z kolei uchylene wyroku sądu pierwszej instancji, a tym samym wywołuje odwrotny skutek w postaci przewleczenia procesu”⁴⁸. Postulat szybkości procedowania wymaga zatem zestawienia z innymi postulatami rzetelnego procedowania, których realizacja wiąże się z zapewnieniem pewnego minimum czasowego dla przeprowadzenia określonych czynności⁴⁹. W konsekwencji wypadałoby zatem stwierdzić, iż aprobowanie postulatu szybko-

⁴⁴ Wyrok Trybunału Konstytucyjnego z dnia 18 lutego 2009 r., Kp 3/08, Legalis nr 119894.

⁴⁵ Wyrok Trybunału Konstytucyjnego z dnia 11 czerwca 2002 r., sygn. SK 5/02, OTK-A 2002, nr 4, poz. 41.

⁴⁶ Wyrok Trybunału Konstytucyjnego z dnia 13 maja 2002 r., sygn. SK 32/01, OTK-A 2002, nr 3, poz. 31; zob. także Postanowienie Naczelnego Sądu Administracyjnego z dnia 18 maja 2012 r., sygn. I OPP 12/12, Legalis nr 491729.

⁴⁷ Postanowienie Naczelnego Sądu Administracyjnego z dnia 23 września 2014 r., sygn. II GPP 6/14, LEX nr 1530232; postanowienie Sądu Najwyższego z dnia 12 maja 2016 r., sygn. III SPP 52/16, Legalis nr 1460608.

⁴⁸ E. Wengerek, Koncentracja materiału procesowego w postępowaniu cywilnym, Warszawa 1958, s. 175.

⁴⁹ J. Tyłman, Koncentracja i szybkość postępowania sprawdzającego w procesie karnym, Nowe Prawo 1982, nr 11–12, s. 126.

ści i ekonomii procesowej okazuje się o tyle możliwe, o ile: „(...) nie dochodzi do sprzeczności z interesem dochodzenia prawdy w procesie albo o ile nie oznaczałyby to ograniczenia uprawnień procesowych, ustawowo zagwarantowanych uczestnikom postępowania”⁵⁰. Z tego też względu pożądane okazuje się poszukiwanie przez organy procesowe stosownego kompromisu, w którym *de facto* komplementarnie należałoby z jednej strony przestrzegać założenia, aby postępowanie nie toczyło się nadmiernie długo, z drugiej trzeba by respektować zasadę, aby w ramach tak ukształtowanego postępowania nie dochodziło do jego nieuzasadnionego przedłużania⁵¹.

Przeprowadzone rozważania skłaniają również do wyrażenia refleksji, iż zaakcentowany powyżej, konstytucyjny wymóg rozpoznania sprawy „bez zbędnej zwłoki” nie jest w szczególności równoznaczny z oczekiwaniem: „(...) rozpoznawania sprawy niezwłocznie po jej wniesieniu. Żadne społeczeństwo – jak podniesiono – nie byłoby w stanie utrzymać tak dużej ilości sędziów, jaka byłaby po temu niezbędna. Niezwłoczne rozstrzygnięcie sprawy nie jest możliwe ani ze względów organizacyjnych (doręczenie stronom zawiadomień o miejscu i terminie rozprawy), ani nie byłoby to rozsądne wobec konieczności zapoznania się sędziów z materiałami sprawy, czasu dla ich rozważenia i podjęcia decyzji, wreszcie – jej uzasadnienia. Chodzi o to jedynie, by czynności te zabierały odpowiednią ilość czasu, to jest odbywały się bez zbędnej zwłoki, która wskazywałaby na beczynność sądu lub bezproduktywność jego działań”⁵². Konkludując, trzeba również zaznaczyć, iż wobec ogólnego braku normatywnego określenia terminów dla dokonania konkretnych czynności czy stadiów postępowania, istotne z perspektywy podjętych analiz pojęcie przewlekłości postępowania pozostaje w istocie sformułowaniem: „(...) ocennym i podlegającym stopniowaniu. Można zatem powiedzieć – posługując się posilkowo terminologią zaczerpniętą z ustawodawstwa karnego – że opóźnienie w procedowaniu jest znaczne, że nie jest znaczne czy że jest znikome”⁵³.

⁵⁰ Uchwała Sądu Najwyższego z dnia 15 lipca 1974 r., sygn. Kw Pr 2/1974, LEX nr 1730; zob. także Wyrok Sądu Apelacyjnego w Łodzi z dnia 22 stycznia 2001 r., sygn. II AKa 249/00, Legalis nr 55456, w którym stwierdzono, że: „Jedną z podstawowych zasad procesu karnego jest wyrażona w art. 2 § 2 KPK zasada prawdy, zgodnie z którą podstawę wszelkich rozstrzygnięć powinny stanowić prawdziwe ustalenia faktyczne. Z dążenia do realizacji tej zasady nie można zrezygnować jedynie dla spełnienia postulatu szybkości postępowania (zakończenie sprawy w rozsądnym terminie – art. 2 § 1 pkt 4 k.p.k.), a w razie konfliktu między tymi regulacjami pierwszeństwo ma dotarcie wszelkimi dostępnymi środkami procesowymi do prawdy”.

⁵¹ P. Hofmański, (w:) P. Hofmański (red.), E. Sądziak, K. Zgryzek, Kodeks postępowania karnego. Komentarz do artykułów 1–296. Tom I, Warszawa 2011, s. 46.

⁵² Postanowienie Sądu Apelacyjnego w Krakowie z dnia 1 października 2008 r., sygn. II S 6/08, KZS 2008, nr 11, poz. 70; postanowienie Sądu Apelacyjnego w Krakowie z dnia 1 czerwca 2010 r., sygn. II S 12/10, KZS 2010, nr 6, poz. 48.

⁵³ Postanowienie Sądu Najwyższego z dnia 23 września 2016 r., KSP 5/16, LEX nr 2112321; postanowienie Sądu Apelacyjnego we Wrocławiu z dnia 27 kwietnia 2016 r., sygn. II S 13/16, LEX nr 2047159.

Z tego też względu ustalenie granicy między przewlekłością a sytuacją, która za taką nie może być uznana, należy oceniać przy uwzględnieniu szeregu okoliczności, jakie wynikają z realiów konkretnej sprawy.

Postulat szybkości postępowania a regulacje karnoprosowe

Postulat szybkości postępowania⁵⁴ znalazł swoje wyraźne odzwierciedlenie na płaszczyźnie regulacji karnoprosowej⁵⁵. *Expressis verbis* nawiązuje do niego treść art. 2 § 1 pkt 4 k.p.k., w którym wskazano, iż jednym z celów postępowania karnego jest rozstrzygnięcie spraw w rozsądnym terminie⁵⁶. Z normatywnego brzmienia tego przepisu, będącego emanacją prawa podmiotowego, o którym mowa w art. 45 ust. 1 Konstytucji RP oraz w art. 6 ust. 1 Europejskiej Konwencji Praw Człowieka⁵⁷, wynika przede wszystkim, iż niedopuszczalne jest uwikłanie obywatela w proces karny, którego zakoń-

⁵⁴ W piśmiennictwie zwraca się uwagę, iż regulacja art. 2 § 1 pkt 4 k.p.k. nie stanowi typowej, podstawowej zasady procesu karnego. Zdaniem B. Bieńkowskiej należy mówić nie tyle o zasadzie szybkości, co o postulatcie (dyrektywie), nakazującym sprawność postępowania karnego. W świetle tego stanowiska wspomnianej regulacji nadaje się wymiar instrumentalny (techniczny), podkreślając jednocześnie, że nie może ona ograniczać merytorycznych celów procesu. B. Bieńkowska, (w:) P. Kruszyński (red.), B. Bieńkowska *et al.*, Wykład prawa karnego procesowego, Białystok 2012, s. 71–72; C. Kulesza, Zasada szybkości w postępowaniu karnym skarbowym, Prokuratura i Prawo 2001, nr 1, s. 23; zob. także Wyrok Trybunału Konstytucyjnego z dnia 27 października 2015 r., sygn. K 5/14, OTK-A 2015, nr 9, poz. 150. Zob. jednak odmiennie na ten temat D. Szumiło-Kulczycka, Sz. Majcher, Nauka prawa wobec problematyki szybkości postępowania karnego, Państwo i Prawo 2005, nr 8, s. 68. Zdaniem autorów, „zasada” szybkości postępowania nie tylko uzyskuje status „zasady”, lecz także zasługuje na nadanie jej pierwszoplanowego charakteru. Zob. również Postanowienie Sądu Apelacyjnego w Warszawie z dnia 6 lipca 2010 r., sygn. II S 39/10, KZS 2011, nr 7–8, poz. 91; postanowienie Sądu Najwyższego z dnia 16 lipca 2009 r., sygn. III KO 56/09, Legalis nr 450584; postanowienie Sądu Najwyższego z dnia 29 stycznia 2008 r., sygn. II KO 83/07, Legalis nr 121826.

⁵⁵ Warto w tym miejscu wspomnieć, iż regulacja wynikająca z art. 2 § 1 pkt 4 k.p.k. nie miała swojego odpowiednika na gruncie kodeksu postępowania karnego z 1969 r. W ówczesnym piśmiennictwie, z jednej strony opowiadano się za uznaniem zasady szybkości postępowania jako naczelnej zasady procesu karnego (tak m.in. M. Lipczyńska, (w:) M. Lipczyńska *et al.*, Polski proces karny, Warszawa–Wrocław 1975, s. 86; M. Siewierski (w:) M. Siewierski, J. Tylman, M. Olszewski, Postępowanie karne w zarysie, Warszawa 1971, s. 50–51), a z drugiej strony nie zabrakło również poglądów, odmawiających jej charakteru samodzielnej zasady procesowej (zob. m.in. S. Kalinowski, Polski proces karny w zarysie, Warszawa 1979, s. 260–261.). Zob. również A. Zachuta, Proces w martwym punkcie, Przegląd Sądowy 2000, nr 1, s. 67.

⁵⁶ Trafnie się przy tym wskazuje, iż ustawowy „rozsądny termin” jest pojęciem nieostrym, co niewątpliwie implikuje trudności interpretacyjne. Zob. M. Kurowski, (w:) D. Świecki (red.), B. Augustyniak *et al.*, Kodeks postępowania karnego. Komentarz. Tom I, Warszawa 2015, s. 38–42.

⁵⁷ Postanowienie Sądu Apelacyjnego w Katowicach z dnia 15 października 2008 r., sygn. II AKo 216/08, Legalis nr 175066.

czenie nastąpiłoby w bliżej niedającym się określić terminie. Rozstrzygnięcie kwestii bezprawności i karalności zachowania sprawcy powinno zatem nastąpić zgodnie z dyrektywą wynikającą ze wspomnianego przepisu, skoro – jak się wskazuje – szybki przebieg procesu ma istotne znaczenie dla jego uczestników, jak również samego wymiaru sprawiedliwości⁵⁸. Jednocześnie trzeba w tym miejscu zaznaczyć, iż aktualność zachowują wcześniej wyrażone uwagi, nakazujące przyjąć, iż postulowana szybkość i sprawność postępowania nie stanowi w istocie celu samego w sobie. W kontekście powyższego założenia pewnych wątpliwości dostarcza zatem Uzasadnienie projektu obowiązującego kodeksu postępowania karnego, w którym stwierdzono, że: „Gwałtowny wzrost przestępczości, odnotowany w ostatnich latach w wielu krajach, następuje również w Polsce. Szybkemu przyrostowi spraw karnych niestety nie towarzyszy proporcjonalny wzrost kadry sędziowskiej i prokuratorskiej, podobnie jak liczby funkcjonariuszy policji, nie mówiąc o dotkliwych niedostatkach wyposażenia. W tej sytuacji należało poszukać również w postępowaniu jurysdykcyjnym dalszych rozwiązań, które byłyby w stanie przyczynić się do zwiększenia efektywności i przyspieszenia wymiaru sprawiedliwości”⁵⁹. Z przytoczonego fragmentu wynika bowiem, iż zasadniczym motywem wprowadzenia niektórych, „przyspieszonych” rozwiązań karnoprosesowych było nie tyle wzmocnienie ochrony osób bezpośrednio zainteresowanych rozstrzygnięciem konkretnej sprawy, lecz w istocie chęć poprawy statystyki, czy też inaczej mówiąc, potrzeba „wydobycia z zapaści”⁶⁰ polskiego wymiaru sprawiedliwości.

Wobec powyższego wypadałoby zatem raz jeszcze zaakcentować konieczność odpowiedniego wyważenia „zagubionej szybkości postępowania” z jednej strony, a z drugiej strony postulatu przestrzegania gwarancyjnych unormowań kodeksu postępowania karnego i w rezultacie przypomnieć o akcesoryjnym, w stosunku do innych zasad postępowania karnego, charakterze szybkości postępowania⁶¹. W zaprezentowanym tutaj zestawieniu propagowana szybkość postępowania uzyskuje bowiem status sposobu czy też środka, służącego realizacji pozostałych celów procesu karnego, o któ-

⁵⁸ I. Nowikowski, O zasadzie szybkości postępowania w polskim procesie karnym (zagadnienia wybrane), (w:) A. Korobowicz (red.) *et al.*, Państwo. Prawo. Myśl prawnicza. Prace dedykowane Profesorowi Grzegorzowi Leopoldowi Seidlerowi w dziewięćdziesiątą rocznicę urodzin, Lublin 2003, s. 164.

⁵⁹ Nowe kodeksy karne z uzasadnieniami, Warszawa 1997, s. 394.

⁶⁰ E. Bieńkowska, Szybkość postępowania karnego i ochrona interesów pokrzywdzonego: zasady do pogodzenia czy nie? Refleksje na tle nowej kodyfikacji karnej, (w:) T. Nowak (red.), Nowe prawo karne procesowe. Zagadnienia wybrane. Księga ku czci Profesora Wiesława Daszkiewicza, Poznań 1999, s. 125–126.

⁶¹ P. Kruszyński, Sprawność postępowania sądowego (dyskusja w redakcji), Państwo i Prawo 1974, nr 7, s. 122 i n.; J. Błażim, Czas trwania postępowania przygotowawczego w świetle przepisów procesowych, Problemy Praworządności 1970, nr 1, s. 3–4. Zob. także Uchwałę Sądu Najwyższego z dnia 15 lipca 1974 r., sygn. KwPr 2/1974, LEX nr 1730.

rych mowa w art. 2 § 1 pkt 1–3 k.p.k.⁶² Stąd też nie bez racji podniesiono w orzecznictwie, iż kodeksowy katalog celów postępowania karnego: „(...) jest nie tylko prostym wyliczeniem, lecz także ustala hierarchię celów postawionych przed sądem w rozpatrywaniu sprawy karnej. Wyraźnie określa on, że szybkość postępowania musi ustąpić celom nadrzędnym, jakimi są przede wszystkim wykrycie sprawcy przestępstwa i uchronienie od odpowiedzialności osoby niewinnej”⁶³.

Urzeczywistnieniem postulatu szybkości postępowania pozostaje zaś szereg rozwiązań karnoprosesowych, w których ustawodawca przewidział wiele uproszczeń, prowadzących do odformalizowania tradycyjnych regulacji proceduralnych.

Zdynamizowaniu postępowania karnego służą niewątpliwie alternatywne, w stosunku do tradycyjnych, sposoby rozstrzygania konfliktów powstałych na podłożu przestępczym, które prowadzą do ograniczenia wymogów formalnych przy dokonywaniu czynności procesowych. Uznając ich rację bytu w piśmiennictwie przekonywano, iż nieuchronna ewolucja rozwiązań karnoprosesowych powoduje, że: „(...) imperatywny model rozstrzygania sporów zawiązujących się na podstawie prawa karnego nie jest wystarczającym środkiem, który doprowadzi do przyspieszenia, a co za tym idzie odformalizowania postępowania. Dotychczasowe możliwości skrócenia postępowania karnego w postaci warunkowego umorzenia oraz trybu nakazowego okazały się niewystarczające wobec narastającego problemu rosnącej ciągle liczby spraw karnych oraz pogłębiającego się kryzysu wymiaru sprawiedliwości w tym zakresie. Dlatego ów właśnie pragmatyzm uzasadniał skorzystanie w tej dziedzinie z trafnej racjonalizacji i udroźnienia zatorów sądowych, ponieważ skuteczność procedury karnej zależy nie tylko od organów ścigania i sądu, ale również dzięki uruchamianiu mechanizmów samoczynnie funkcjonujących w obrębie procesu. Zalicza się do nich właśnie elementy konsensualizmu w sprawach z oskarżenia publicznego, zwłaszcza „prostych i bezkonfliktowych”⁶⁴. Z powyższego

⁶² Postanowienie Sądu Apelacyjnego we Wrocławiu z dnia 16 kwietnia 2014 r., sygn. II S 17/14, LEX nr 1467026; postanowienie Sądu Apelacyjnego w Katowicach z dnia 15 grudnia 2010 r., sygn. II AKz 829/10, LEX nr 785470. Zob. także K. Witkowska, Znaczenie szybkości postępowania karnego oraz koncentracji czynności procesowych dla realizacji celów i zadań procesu karnego, *Prokuratura i Prawo* 2009, nr 3, s. 73; C. Kulesza, Efektywność udziału obrońcy w procesie karnym, Kraków 2005, s. 338.

⁶³ Wyrok Trybunału Konstytucyjnego z dnia 30 marca 2004 r., SK 14/03, OTK-A 2004 nr 3, poz. 23.

⁶⁴ A. Bogusłowicz, Postępowanie skrócone – klasyczna forma konsensualnego sposobu zakończenia postępowania karnego, *Prokuratura i Prawo* 2006, nr 4, s. 57; A. Marek, Konsensualny model rozstrzygania spraw w procesie karnym, (w:) J. Czapska (red.), *Zasady procesu karnego wobec wyzwań współczesności*. Księga ku czci Profesora Stanisława Waltośa, Warszawa 2000, s. 63; D. Wysocki, Instytucja „porozumienia” w postępowaniu karnym, *Państwo i Prawo* 2000, nr 10, s. 91; S. Waltoś, Nowe instytucje w kodeksie postępowania karnego z 1997 roku, *Państwo i Prawo* 1997, nr 8, s. 27.

wynika zatem, iż konsensualne formy zakończenia postępowania aktywizują w istocie przebieg procesu. Bardziej wątpliwą kwestią pozostaje jedynie konieczność rozstrzygnięcia, czy rozwiązania te stanowią poważne odstępstwo od innych, istotnych gwarancji karnoproceduralnych. Mając na uwadze zaprezentowane w literaturze poglądy wydaje się, iż w ramach wspomnianych trybów, zmniejszających formalizm procesowy kosztem redukcji rozprawy głównej i postępowania dowodowego (zob. art. 335 k.p.k., art. 343 k.p.k., art. 387 k.p.k.), nie dochodzi wprost do naruszenia wspomnianych gwarancji, lecz jedynie do rezygnacji ze skrupulatnego wyjaśnienia wszystkich okoliczności spraw na rzecz tych, które są w niej sporne⁶⁵.

W konwencję regulacji, sprzyjających odformalizowaniu postępowania sądowego, wpisuje się niewątpliwie mediacja (art. 23a k.p.k.), która – stanowiąc środek do konsensualizmu procesowego – odgrywa, zwłaszcza ze społecznego punktu widzenia, ważką rolę w procesie zakończenia konfliktu powstałego na podłożu przestępczym. Postępowanie mediacyjne usuwa bowiem potrzebę prowadzenia postępowania dowodowego, wydania i uzasadnienia wyroku oraz rozpoznawania środków odwoławczych, przyczyniając się w ten sposób do zmniejszenia kosztów postępowania. Ponadto, w drodze mediacji dochodzi do wyraźnego załagodzenia sporu pomiędzy sprawcą a pokrzywdzonym, skoro rozstrzygnięcie zmierza do osiągnięcia kompromisu, pozostając tym samym w opozycji wobec popularnego stwierdzenia, iż „zwycięzca bierze wszystko”⁶⁶.

Należy również w tym miejscu zasygnalizować, iż z postulatem szybkości postępowania karnego korespondują również m.in. regulacje, przewidziane w art. 145 § 1 k.p.k., art. 147 § 3 k.p.k. (techniki służące przyśpieszeniu czynności protokołowania), art. 132 § 3 k.p.k. (doręczenie pism procesowych za pomocą nowoczesnych technik komunikowania się), art. 170 § 1 pkt 5 k.p.k. (oddalenie wniosku dowodowego, jeżeli w sposób oczywisty wniosek ten zmierzałby do przedłużenia postępowania), art. 325f k.p.k. (postępowanie rejestrowe), art. 366 § 2 k.p.k. (dążenie przewodniczącego do tego, aby rozstrzygnięcie sprawy nastąpiło na pierwszej rozprawie głównej), art. 500 k.p.k. (postępowanie nakazowe), art. 530 § 3 k.p.k. oraz art. 531 § 1 k.p.k. (usprawnienie postępowania przedkasacyjnego)⁶⁷.

Na podstawie dokonanych ustaleń można stwierdzić, iż rozważany postulat szybkości postępowania – stanowiący, przynajmniej w założeniu, swoiste

⁶⁵ Z. Świda, W. Jasiński, M. Kuźma, Dyrektywa rozstrzygania sprawy w „rozsądnym terminie” a realizacja zasady prawdy materialnej w polskim procesie karnym, (w:) Z. Sobolewski (red.), G. Artymiak, Zasada prawdy materialnej. Materiały z Konferencji, Krasińskich 15–16 października 2005 r., Kraków 2006, s. 24.

⁶⁶ *Ibidem*, s. 23.

⁶⁷ Zob. jeszcze inne przykłady w tym zakresie m.in. B. Bieńkowska, (w:) B. Bieńkowska *et al.*, Wykład prawa karnego..., s. 72–76.

remedium wobec zarzutu przewlekłości i opieszałości działania wymiaru sprawiedliwości znajduje swą wyraźną ekspresję w odformalizowanych rozwiązaniach proceduralnych. W kontekście wyrażonej uwagi należałoby więc stwierdzić, iż zaprezentowane ujęcie „odformalizowania” uregulowań proceduralnych może – do czego skłaniałoby zwłaszcza etymologiczne znaczenie tego pojęcia – rodzić nie tyle obawy przed negatywnymi konsekwencjami niezachowania prawnie wyznaczonych standardów co do formy, czasu oraz miejsca dokonania określonych czynności procesowych, lecz wręcz przeciwnie, może ono uzyskać wręcz pozytywny wydźwięk. Innymi słowy, w powyższym kontekście zredukowanie formalizmu procesowego służyłoby w istocie osiągnięciu pożądaných efektów, w postaci przyspieszenia postępowania, co w konsekwencji – przy przyjęciu niezbędnych w tym zakresie zastrzeżeń – wpłynęłoby na ogólne usprawnienie działań wymiaru sprawiedliwości oraz służyłoby poprawie ochrony podstawowych praw jednostki⁶⁸.

Uwagi końcowe

Zaprezentowane uwagi pozwalają stwierdzić, iż postulat szybkości postępowania, pozostający zasadniczym ogniwem sprawności proceduralnej⁶⁹, służy wypełnieniu jednego z pożądaných celów procedowania. Na płaszczyźnie karnoprosesowej, szczególnie drażliwej z perspektywy poszanowania fundamentalnych gwarancji jednostki, nie może on jednak stanowić celu samego w sobie. Stąd też trudno byłoby mówić o jego nadrzędnym znaczeniu wobec innych, wymienionych w art. 2 § 1 pkt 1–3 k.p.k., celów postępowania. Z drugiej jednak strony, trzeba w tym miejscu zastrzec, iż ewentualna preponderancja celu postępowania, w postaci rozpatrzenia sprawy w rozsądnym terminie (który oddaje sens postulat u szybkości procedowania – art. 2 § 1 pkt 4 k.p.k.) w świetle tych regulacji karnoprosesowych o wyrażnie odformalizowanym cha-

⁶⁸ Na temat formalizmu procesowego zob. m.in.: J. K o s o w s k i, Międzynarodowa współpraca w sprawach karnych z perspektywy zagadnienia formalizmu procesowego, (w:) D. Gil (red.), Sądowictwo polskie wobec dorobku prawa UE, Lublin 2015, s. 84; S. C ie ś l a k, Formalizm postępowania cywilnego, Warszawa 2008, s. 65–66; J. K o s o w s k i, Odformalizowanie i elektronizacja jako kierunek rozwoju postępowania karnego, (w:) B. Ś l i w c z y Ń s k i, L. Ł u c z a k - N o w o r o l n i k (red.), e–Wymiar sprawiedliwości w aspekcie europejskim, Poznań 2016, s. 99–101.

⁶⁹ O relacji między szybkością a sprawnością procedowania zob. m.in. A. M u r z y n o w s k i, Refleksje na temat przestrzegania zasady prawdy materialnej a zachowania sprawności postępowania karnego, (w:) M. P ł a c h t a (red.), Aktualne problemy prawa i procesu karnego. Księga ofiarowana Profesorowi Janowi Grajewskiemu, Gdańskie Studia Prawnicze 2003, t. XI, s. 110; A. O r f i n, Sprawność postępowania karnego w świetle zasady prawdy materialnej i zasady bezpośredniości, *Ius Novum* 2012, nr 3, s. 73–74; K. F l a g a - G i e r u s z y Ń s k a, Problem sprawności i efektywności postępowania arbitrażowego, *ADR. Arbitraż i Mediacja* 2011, nr 4, s. 160.

rakterze nie musi *per se* oznaczać, iż pozostałe cele postępowania zostaną w ten sposób zniweczone. Wydaje się bowiem, że skoro ustawodawca zdecydował się na wyodrębnienie konstytucyjnego prawa do rozpoznania sprawy bez nieuzasadnionej zwłoki (art. 45 ust. 1 Konstytucji RP) oraz rozważanego celu karnoprosesowego w postaci rozpatrzenia sprawy w rozsądnym terminie, to w istocie większych wątpliwości nie powinno wzbudzać wprowadzenie rozwiązań legislacyjnych, o wyraźnym prakseologicznym uzasadnieniu, które pozwolą, iż założenia te będą skutecznie realizowane.

Na podstawie przeprowadzonych analiz trzeba również stwierdzić, iż konstytucyjny wymóg rozpoznania sprawy bez zbędnej zwłoki oraz karnoprosesowy postulat rozpoznania sprawy w rozsądnym terminie pozostają w istocie wyrażeniami synonimicznymi, których wspólnym celem jest wyeliminowanie przewlekłości postępowania⁷⁰. Realizacji tego założenia mogą niewątpliwie sprzyjać określone rozwiązania prawne, które przyczyniają się do redukcji formalizmu procesowego. Zasadnie się jednak zauważa, iż sama obecność wspomnianych regulacji w kodeksie postępowania karnego nie oznacza *per se*, że nastąpi automatyczne zdynamizowanie przebiegu procesu⁷¹. Równie istotne w tym zakresie okazują się względy organizacyjno-kadrowe, logistyczne, a niekiedy również i potrzeba zmiany mentalności podmiotów stosujących prawo.

Demand for speedy criminal proceedings versus reduced formalism of the criminal proceedings

Abstract

This paper deals with the issues relating to the speed of criminal cases. It makes reference not only to one of the objectives of the proceedings under law of criminal procedure, i.e. determination of the case within a reasonable time (as set forth in Article 2, § 1, item 4 of the Code of Criminal Procedure, and Article 45, clause 1 of the Constitution of the Republic of Poland) but also the definition of "excessive length of proceedings". The analysis found that that the demand for speedy proceedings, which is supported by certain normative solutions that actually contribute to reduced formalism, should be

⁷⁰ W. Daszkiewicz, *Prawo karne procesowe. Zagadnienia ogólne*. T. I, Poznań 1999, s. 118. Zob. również J. Skorupka, *O sprawiedliwości procesu karnego*, Warszawa 2013, s. 126.

⁷¹ W. Jasiński, M. Kuźma, *op. cit.*, s. 62.

accepted with due consideration given to the range of procedural guarantees rather than unconditionally. It also showed that the assessment of whether the length of any proceedings is excessive is actually a product of many objective factors that determine the classification of proceedings as faulty and, consequently, prove the dilatoriness or inaction on the part of courts.

Paweł Opitek¹

Kryptowaluty jako przedmiot zabezpieczenia i poręczenia majątkowego

Streszczenie

Artykuł składa się z dwóch części: pierwsza dotyczy zagadnień ogólnych, stanowiących wprowadzenie do tematu „blockchain i kryptowaluty”. Chodzi o techniczne zasady ich funkcjonowania, status prawny cyfrowych walut w Polsce i za granicą oraz faktyczny udział w rynku wymiany dóbr i usług. W analizie problemu skupiono się przede wszystkim na bitcoinie, ponieważ jest on najpopularniejszą, najwyżej skapitalizowaną i najstarszą zdecentralizowaną kryptowalutą świata. Omówiono pozytywne i negatywne skutki związane z obrotem „cyfrowym pieniądzem”. Scharakteryzowano ponadto środowisko informatyczne i filozofię działania zdecentralizowanych łańcuchów bloków (ang. blockchain), ponieważ wiążą się z nim innowacyjne rozwiązania w administracji publicznej i biznesie, ale także zupełnie nowe formy przestępczości. W drugiej części artykułu opisano instytucje prawne zabezpieczenia majątkowego i poręczenia majątkowego, których przedmiotem są waluty cyfrowe. Podjęte rozważania mają w dużym stopniu charakter praktyczny, ponieważ organy dochodzeniowo-śledcze coraz częściej będą musiały wykorzystywać kryptowaluty na potrzeby postępowania karnego. Chodzi m.in. o ujawnianie jednostek cyfrowych oraz sposób ich zatrzymania i przechowywania na potrzeby toczącego się postępowania. We wnioskach końcowych zawarto ogólne spostrzeżenia autora na kanwie podjętego tematu oraz zasygnalizowano konieczność upowszechnienia wśród sędziów i prokuratorów wiedzy o blockchain i kryptowalutach.

I. Wstęp

Powiedzenie, że dzisiejszy świat charakteryzuje się bardzo intensywnym rozwojem technologii zmieniającej nasze zachowania i przyzwyczajenia, brzmi jak truizm. Powtarzane jest ono w wielu opracowaniach dotyczących

¹ Doktor nauk prawnych i absolwent studiów dziennikarskich. Prokurator Prokuratury Rejonowej Kraków-Podgórze. Ekspert Instytutu Kościuszki ds. cyberbezpieczeństwa. Członek: Polskiego Towarzystwa Kryminalistycznego, Strumienia Blockchain/DLT i Waluty Cyfrowe przy Ministerstwie Cyfryzacji oraz Centrum Technologii Blockchain przy Uczelni Łazarzkiego.

nowych form nielegalnych działań, przede wszystkim cyberprzestępczości. Nie ma w tym jednak żadnej przesady, a pisząc dzisiaj o blockchain i kryptowalutach (nazywanych także „walutami wirtualnymi”, „walutami cyfrowymi” lub „bitmonetami”) autor niniejszego opracowania ma świadomość, że za pewien czas ich status prawny i warunki funkcjonowania na rynku mogą ulec daleko idącym zmianom. Nawet osoby i instytucje bezpośrednio zaangażowane w tworzenie i obsługę programów komputerowych opartych na zdecentralizowanym łańcuchu bloków same do końca nie wiedzą, jak potoczy się rozwój nowych technologii. Pewnym jest natomiast, że coraz bardziej popularne staje się wykorzystanie kryptowalut do transakcji handlowych w Internecie oraz tworzone są nowe projekty i inicjatywy oparte na blockchain (m.in. w Ministerstwie Cyfryzacji RP i firmach prywatnych). Zwiększa to aktywność świata przestępczego ukierunkowaną na wykorzystanie nowych technologii do popełniania przestępstw i czerpania nielegalnych korzyści finansowych. Z drugiej strony stawia przed nauką prawa karnego i kryminalistyką zadanie zdefiniowania, czym są kryptowaluty i blockchain, jak procesowo zabezpieczać ślady i dowody cyfrowe z nimi związane oraz w jaki sposób wykorzystywać wirtualne waluty jako przedmiot poręczenia lub zabezpieczenia majątkowego. Sędziowie, prokuratorzy i funkcjonariusze policji muszą znać charakter omawianych instytucji, szczególnie że Polska należy do czołówki państw o rozwiniętym rynku i infrastrukturze teleinformatycznej do ich obsługi (chodzi o programistów, internetowe giełdy i kantory, dostawców aplikacji mobilnych itp.). Przekłada się to na sprawy karne, gdzie coraz częściej pojawiają się kryptowaluty w różnym charakterze procesowym.

II. Ogólna charakterystyka walut cyfrowych

Zbiorcza nazwa „kryptowaluty” dotyczy w rzeczywistości ponad kilkuset rodzajów cyfrowych „pieniędzy” o różnych cechach funkcjonalnych i zastosowaniu, ale o wspólnym modelu działania opartym na blockchain. Zdecentralizowane rejestry bloków działają jako rozproszone bazy danych, o stale rosnącej ilości obwieszczeń pogrupowanych w bloki i powiązanych ze sobą w taki sposób, że każdy następny blok ma oznaczenie, kiedy został utworzony oraz link do swojego poprzednika. Wynika z tego, że nie ma możliwości zmiany operacji opisanej w konkretnym bloku bez modyfikacji wszystkich następujących po nim bloków, tj. bez zmiany całej historii transakcji. W ten sposób tworzony jest nierozzerwalny łańcuch danych, czyli blockchain. Oryginalny blockchain bitcoinowy ma więc charakter niezaprzeczalny, co oznacza, że można do niego jedynie dodawać informacje, a nie korygować już

istniejące². Obok bitcoina, do najpopularniejszych walut cyfrowych należą: litecoin, ethereum, ripple, dogecoin, peercoin, monero; powstały także ich polskie odpowiedniki o nazwie polcoin, poliscoin i PLNcoin. Wymienione instrumenty mają przede wszystkim funkcję płatniczą, ale różnią się między sobą stopniem kapitalizacji (tj. odpowiadającej pieniądzu wartości wszystkich jednostek znajdujących się w obiegu) i wynikającą z niego popularnością (akceptacją), szybkością przetwarzania transakcji oraz zastosowaniem do określonego rodzaju potrzeb (inwestycyjnych, zakupów detalicznych czy operacji nakierowanych na konkretny sektor gospodarki).

Na świecie, także w Polsce, zdecydowanie najbardziej znany i najczęściej stosowany jest bitcoin. Program komputerowy, na podstawie którego działa, został po raz pierwszy opublikowany w sieci 3 stycznia 2009 r. i podpisany nazwiskiem Satoshi Nakamoto³. Prawdziwe dane jego twórcy nigdy w sposób pewny nie zostały ustalone, chociaż powstało wiele hipotez na ten temat (jego autorstwo przypisuje się np. nieznanemu geniuszowi, który stworzył wirtualną walutę wolną od nadzoru państw i banków; niekiedy wskazuje się na amerykańskie służby specjalne, chcące za pomocą BTC kontrolować transakcje internetowe). W grudniu 2016 r. kapitalizacja bitcoina wynosiła ponad 12 miliardów dolarów, w obiegu znajdowało się 16 mln „monet”, a cena jednej jednostki oscylowała w granicach 770 dolarów amerykańskich⁴. Każdy bitcoin dzieli się na 100 000 000 jednostek, a najmniejsza, niepodzielna jego część (0,00000001 bitcoina) nazywa się 1 satoshi.

Kryptowaluty pełnią funkcję płatniczą (regulowania zobowiązań) nie tylko między osobami fizycznymi, ale można posługiwać się nimi w obrocie rynkowym (np. płacić za bilety komunikacji miejskiej lub drobne zakupy), czy inwestować w spółki działające w środowisku walut wirtualnych. Niektóre instytucje finansowe realizują przelewy w bitcoinie; także prowadzone są różnego rodzaju akcje promocyjne i charytatywne z jego wykorzystaniem (np. zbiórki na wsparcie domów dziecka). Jednak plany związane z blockchain są o wiele bardziej ambitne i przewidują szereg innowacyjnych programów dotyczących biznesu i administracji publicznej. Chodzi m.in. o oparte na łańcuchu bloków zawieranie umów o pracę, wypłatę świadczeń socjalnych, czy prowadzenie rejestrów wieczystoksięgowych. W tym ostatnim przypadku, gwarantem zawarcia ważnej umowy sprzedaży nieruchomości przestaje być notariusz, a staje się nim program komputerowy, działający w ogólnodostępnej sieci. Dochodzą do tego skomplikowane operacje, tzw. inteligentne kontrakty (*smart contracts*): tworzone są fundusze inwestycyjne

² K. Piech (red.), Leksykon pojęć na temat technologii blockchain i kryptowalut, opracowanie przygotowane w ramach Programu Ministerstwa Cyfryzacji „Od papierowej do cyfrowej Polski. Strumień Blockchain i kryptowaluty”, 8 listopada 2016 r., s. 3–4, zbiory własne autora.

³ Program można odnaleźć pod adresem: www.bitcoin.org/bitcoin.pdf.

⁴ Dane odczytane ze strony www.coinmarketcap.com, data odczytu: 11 grudnia 2016 r.

przez posiadaczy kryptowalut, wybierane cele inwestycyjne, a inwestorzy partycypują w zyskach lub wygenerowanych stratach prowadzonego w ten sposób biznesu.

III. Kryptowaluty i bezpieczeństwo

Obserwując toczącą się dyskusję na temat statusu prawno-ekonomicznego bitcoina, perspektyw jego rozwoju i bezpieczeństwa transakcji z wykorzystaniem kryptowalut można odnieść wrażenie, że biorące w niej udział osoby podzieliły się na dwa obozy. Pierwsza, dominująca grupa, widzi w walutach wirtualnych nowoczesny środek płatniczy, który w przyszłości może zrewolucjonizować sposoby regulowania zobowiązań majątkowych i wyprzeć ich tradycyjne formy. Mówi się, że o ile pieniądź „papierowy” był pierwszym etapem rozwoju nowoczesnych płatności za towary i usługi, karty płatnicze stanowiły drugi etap, to kryptowaluty są kolejną, najbardziej innowacyjną, formą regulowania zobowiązań. Zwolennicy bitcoina łączą go z takimi wartościami, jak wolność jednostki w Internecie, odrzucenie ładu korporacyjnego i monopolu banków na dystrybucję pieniądza, szybkość i anonimowość płatności w sieci. Kryptowaluty chętnie wykorzystywane są w działalności niezwykle modnych ostatnio „start-upów”, a więc mikroskopijnych przedsiębiorstw, mających niejednokrotnie przejściowy charakter i poszukujących nowatorskich rozwiązań m.in. na wartym w Polsce prawie miliard euro rynku fintech (tj. innowacyjnego sektora technologicznej obsługi bankowości).

Waluty wirtualne stały się równocześnie „ulubionym” instrumentem w działalności przestępczej i niejednokrotnie wykorzystywane są m.in. do „prania pieniędzy”, płacenia okupu w atakach hakerskich (np. typu ransomware), zakupów broni, czy innych nielegalnych towarów i usług w sieci. Jako „flagowy” przykład podaje się historię funkcjonującego od lutego 2011 r. do października 2013 r. w „ukrytym” Internecie portalu Silk Road. Jego właściciel 29-letni Amerykanin Ross Ulbricht zarobił ponad 9,5 mln BTC na nielegalnych transakcjach, dotyczących w pierwszej kolejności handlu narkotykami, ale też sprzedaży fałszywych dokumentów, broni i złośliwego oprogramowania. Cały „biznes” wpisywał się w obraz współczesnej cyberprzestępczości: na portalu obowiązującą walutą handlową był bitcoin, strona Silk Road działała w sieci TOR, zapewniającej anonimowość milionowi jej użytkowników. Ostatecznie, the Dread Pirate Roberts (taki był nick Ulbrichta), został aresztowany przez FBI w San Francisco, prawomocnie skazany na co najmniej 30 lat więzienia, a strona internetowa zamknięta. Federalne Biuro Śledcze zabezpieczyło przy okazji 144 tys. BTC stanowiących równowartość 260 milionów złotych, które potem sprzedało na aukcji publicznej.

W Raporcie z 2016 r. przygotowanym przez Jaume Universitat⁵ podkreślono, że bitcoin na chwilę obecną jest wirtualną walutą najczęściej używaną w Internecie do prania pieniędzy pochodzących z nielegalnej działalności. W tym celu stosowane są różne metody, a najpopularniejsza z nich nazywa się „mikser”. Polega na wielu transferach jednostek kryptowaluty pomiędzy różnymi osobami i ostatecznie trudno jest stwierdzić, które wartości majątkowe od kogo pochodzą i kiedy zostały po raz pierwszy wprowadzone do obiegu. Opisaną „pralni bitcoinów” służą internetowe giełdy, które przetrzymują na wspólnych serwerach dane cyfrowe bitmonet, pochodzących z zarówno legalnych, jak i nielegalnych źródeł. W konsekwencji, przesyłając na specjalną platformę (np. Shared Coin) BTC pochodzące z przestępstwa, można po „wymieszaniu” wypłacić bitcoinowe jednostki o „nieposzlakowanej historii” w łańcuchu bloków. Dodatkowo, waluty cyfrowe wykorzystywane są w sieci m.in. do zapłaty za dziecięcą pornografię, materiały wybuchowe, nielegalne oprogramowanie, a na Silk Road pojawiały się nawet oferty wynajęcia płatnego zabójcy. Transakcje takie odbywają się głównie w „ukrytym Internecie” (tzw. darknet). Wymusza to konieczność wprowadzenia restrykcyjnych regulacji prawnych, przeciwdziałających niekorzystnym zjawiskom. Mimo to, w Raporcie wskazano także na perspektywiczny rozwój nowej technologii oraz korzyści płynące z zastosowania zdecentralizowanych rejestrów.

Z ekonomicznego punktu widzenia, niektórzy specjaliści podkreślają, że kryptowaluty to bańki spekulacyjne, a ich funkcjonowanie opiera się na takich samych zasadach, na jakich działał Amber Gold w „realnym” świecie. Sceptyczny stosunek do BTC wyraził Europejski Bank Centralny podnosząc, że służy on do nielegalnych przepływów gotówki i finansowania terroryzmu oraz może spowodować utratę przez instytucje państwowe kontroli nad emitowaniem „tradycyjnego” pieniądza. Kolejną rzeczą to znaczne wahania kursów kryptowalut, a przykładem są notowania bitcoina w 2013 roku: na początku BTC kosztował kilkanaście dolarów, w pierwszych dniach kwietnia jego cena poszybowała do ponad 250 dolarów, aby od 10 kwietnia stała się tracić na wartości i zatrzymać się na 75 dolarach. W następnych miesiącach kurs bitcoina wahał się pomiędzy 100, a 140 dolarów i zakończył rok na cenie ponad 1000 dolarów za jednostkę. Inny, poważny problem, to jakość systemów informatycznych wykorzystywanych do obsługi transakcji z wykorzystaniem kryptowalut. Nie zawsze ich bezpieczeństwo jest należycie zagwarantowane i co pewien czas dochodzi do „zhakowania” programów i nieuprawnionych manipulacji w danych teleinformatycznych. Jak dotąd, najbardziej spektakularne było włamanie na dużą giełdę o nazwie Bitfinex w sierp-

⁵ Dokument: How do you do money laundering through bitcoin?, Jaume Universitat 2016, zbiory własne autora.

niu 2016 r. i kradzież bitcoinów wartych 65 mln dolarów. Wcześniej, w lutym 2014 r., z tokijskiej giełdy Mt.Gox wyprowadzono BTC o wartości 350 mln dolarów, czyli 6% ówczesnej globalnej podaży tej waluty, a parkiet na skutek włamania został zlikwidowany. Inny przykład, to „zhakowanie” w lipcu 2016 r. funduszu inwestycyjnego TheDAO i pozyskanie przez atakującego ponad 3600 jednostek kryptowaluty Ethereum o równowartości kilkudziesięciu milionów dolarów. W Polsce najpoważniejsze włamanie dotyczyło giełdy Bitcurex w październiku 2016 r.: w ciągu 2 sekund „skradziono” BTC o wartości 5,5 mln złotych wraz z danymi osobowymi użytkowników (giełda do chwili obecnej nie działa, a pokrzywdzeni atakiem nie odzyskali utraconych środków). Należy spodziewać się jednak, że bezpieczeństwo obrotu wirtualnymi walutami będzie nabierało na znaczeniu m.in. dlatego, że interesują się nimi coraz potężniejsze i poważniejsze instytucje. Bank Anglii na przykład zlecił naukowcom opracowanie bezpiecznej kryptowaluty RSCoin, która byłaby dystrybuowana przez bank centralny. Jeśli projekt odniesie sukces, może doprowadzić do największej od XVIII wieku rewolucji w bankowości, gdyż RSCoin byłby precyzyjnym narzędziem do zwiększenia lub zmniejszenia podaży pieniądza oraz umożliwił lepszą nad nim kontrolę⁶.

IV. Charakter techniczny walut cyfrowych

Określenie „kryptowaluta” wynika z tego, że funkcjonowanie omawianych praw majątkowych opiera się na kryptografii, a więc szyfrowaniu i przekazywaniu informacji w sposób zabezpieczający ich treść przed niepożądanym dostępem osób trzecich. Chociaż nazwa sugerowałaby, że chodzi o pewien typ „waluty”, to w rzeczywistości są to jednostki binarne, których matematyczny algorytm działania nadzoruje program komputerowy. Czyniąc analogię do bankowości elektronicznej można powiedzieć, że tak jak na serwerze instytucji finansowej zapisane jest saldo każdego rachunku bankowego, to w przypadku kryptowalut „serwer” jest rozproszony w formie blockchain i nikt samodzielnie nie zarządza łańcuchem bloków, żadna osoba nie posiada BTC na swoim dysku w formie na przykład pliku, gdyż fizycznie nie istnieją one w komputerze. Bitcoinowa transakcja pomiędzy dwoma podmiotami polega na przesłaniu w sieci ciągu liczb, których matematyczne właściwości chronią system przed defraudacją, a liczby te stanowią określone wartości majątkowe. Jeśli chodzi o moment przejęcia faktycznego władztwa nad jednostkami kryptowaluty, to wygenerowanie samej transakcji i jej opublikowanie zajmuje ułamki sekund, a informacja o „przelewie” od razu widnieje w portfelu nabywcy. W rzeczywistości jednak rozporządzenie mieniem uzna-

⁶ H. Kozieł, Bitcoin. Hakerski atak na giełdę Bitfinex pogrążył wirtualną walutę, www.rp.pl, data odczytu: 29 stycznia 2017 r.

je się za skuteczne po upływie około 60 minut, gdyż taki czas jest wymagany do zweryfikowania bloku, do którego dołączyła transakcja (im więcej nowych bloków powstanie po transakcji, tym jest ona „pewniejsza”).

Chociaż funkcjonuje wiele rodzajów „wirtualnych pieniędzy”, to ich środowisko i filozofia działania składają się z trzech podstawowych elementów:

- kryptografii klucza publicznego i prywatnego,
- zdecentralizowanej sieci typu peer-to-peer (P2P),
- dowodu pracy (ang. proof of work)⁷.

Klucz publiczny, nazywany także weryfikacyjnym, ma postać 34 cyfr i liter (np. 1rKUF654kZa23FRes698Zs3242JKplGa88), nie zawiera żadnych konkretnych informacji o osobie, która go wygenerowała i jest jawny dla wszystkich użytkowników sieci. Jest on adresem portfela bitcoinowego, odpowiadającym w świecie wirtualnym numerowi tradycyjnego konta bankowego i zostaje wykorzystany, gdy osoba operująca BTC chce nawiązać transakcję. Klucz weryfikacyjny generuje się w momencie założenia wirtualnego portfela do przechowywania i zarządzania bitmonetami. Służą do tego programy komputerowe: portfel działa po zainstalowaniu na komputerze lub smartfonie specjalnego pliku lub aplikacji do obrotu walutą cyfrową. Innym sposobem jest przechowywanie kryptowaluty u zewnętrznego operatora na specjalnych kontach umieszczonych na maszynach usługodawców. „Portfele” mogą mieć także charakter „offline” w postaci kartki papieru lub odłączonej od sieci pamięci przenośnej z zapisanym kluczem publicznym i kluczem prywatnym. Ostatni z wymienionych, zwany także kluczem podpisu, to matematyczny mechanizm do łączenia publicznego ciągu liczb z daną wiadomością cyfrową. Ma on zapobiegać nadużyciom i fałszerstwom związanym z przesyłaniem danych teleinformatycznych. Cyfrowe podpisywanie wiadomości powoduje, że adresat przelewu wirtualnej waluty otrzymuje konkretny i niepowtarzalny ciąg liczb. Dane wyjściowe w przelewie bitcoinowym składają się więc z trzech części:

- wiadomości nadawcy,
- jego podpisu cyfrowego,
- klucza publicznego,

poddanych przekształceniu matematycznemu i podlegających weryfikacji oraz uwierzytelnieniu tylko na podstawie znanego odbiorcy wiadomości klucza. Sposobów nabycia BTC jest kilka. Pierwotny i najbardziej skomplikowany polega na „wydobyciu” kryptowaluty przez tzw. górników, a więc komputery o dużej mocy obliczeniowej, które za generowanie nowych bloków w łańcuchach bloków są wynagradzane niefunkcjonującymi do tej pory bitcoinami. Innym sposobem jest zakup BTC na internetowych giełdach, a nawet w świecie „realnym” poprzez uiszczenie ustalonej ceny i odebranie

⁷ D. H o m a, Sekrety bitcoina i innych kryptowalut, Wydawnictwo Helion 2015, s. 26.

zapisanego na kartce klucza prywatnego. Omawiane prawa majątkowe mogą ponadto być przedmiotem czynności prawnych o różnej treści: darowizny, zamiany, zastawu i inne.

Mechanizm działania kryptowalut oparty jest na modelu komunikacji typu peer-to-peer. W architekturze P2P każdy węzeł sieci jest hostem, czyli komputer użytkownika pełni jednocześnie rolę klienta (łączy się i wysyła pliki i/lub pobierając pliki z innych hostów działających w tej samej sieci P2P) i serwera (przyjmując połączenia od innych użytkowników Internetu). Architektura P2P nie posiada centralnego administratora, a transfer środków następuje bezpośrednio pomiędzy użytkownikami sieci z pominięciem instytucji nadzorujących, takich jak banki czy centra rozliczeniowe. Dzięki temu właściciel wirtualnej waluty może korzystać z niej w każdym czasie i miejscu. Transfer bitcoina musi być tylko przyjęty w rejestrze blockchain przez większość węzłów sieci. Chodzi o tzw. dowód pracy, wymagający od węzła zatwierdzającego blok transakcji znalezienia rozwiązania równania, którego wynik ma wartość niższą niż aktualna wartość trudności. Ponieważ rozwiązanie jest miarą losową, węzeł szuka go metodą prób i błędów. Im większa jest moc obliczeniowa węzłów zatwierdzających, tym większa jest trudność równania po to, aby średnia częstotliwość zatwierdzania bloków była stała⁸.

Powszechnie przyjmuje się, że transakcje bitcoinami w sieci są anonimowe przy zachowaniu odpowiednich reguł ostrożności. Problem anonimowości kryptowalut jest sprawą dyskusyjną; nie wchodząc w szczegóły, zaprzeczają jej następujące cechy bitcoina:

- rejestracja wszystkich operacji w publicznie dostępnej bazie danych blockchain,
- transparentność blockchain, co pozwala każdemu śledzić wszystkie płatności, określać stan konta i dowiedzieć się, kto jest partnerem handlowym,
- dokonywanie płatności z adresów, które zostają związane z transakcją, mimo że z adresem nie są związane dane pozwalające na identyfikację jego posiadacza⁹.

Inne przymioty, decydujące o atrakcyjności BTC, to: niskie opłaty za wykonanie transakcji, szybkość ich realizacji, prostota w obsłudze, bezpieczeństwo i wygoda. Z drugiej strony, wspomniane atuty można interpretować w przeciwnym kierunku: wskazuje się, że chociaż prowadzenie portfela nie wymaga rejestracji i konieczności zakładania konta bankowego, to jednak trzeba zainstalować odpowiednią aplikację i nauczyć się jej obsługi, a ponadto korzystać z systemowych pośredników (producentów oprogramowa-

⁸ K. Piech (red.), *Leksykon pojęć na temat technologii blockchain i kryptowalut...*, *op. cit.*, s. 5.

⁹ J. Kosiński, *Paradygmaty cyberprzestępczości*, Difin S.A., Warszawa 2015, s. 149.

nia, wirtualnych giełd i kantorów). W perspektywie czasu przewidywane za „przelewy” bitcoinowe wzrosną i chociaż samo zainicjowanie przelewu jest szybkie, to jego zatwierdzenie przez sieć trwa wiele minut, a nawet godzin. W zamierzeniu twórców, BTC miał być programem umożliwiającym oparcie transakcji tylko na dowodzie kryptograficznym, a w rzeczywistości jego złożoność powoduje, że jest w pełni zrozumiany przez nieliczne osoby. Wymusza to na jego użytkownikach korzystanie z pomocy profesjonalnych deweloperów oraz różnego rodzaju podmiotów wspomagających rynek¹⁰. Sytuacja ta przypomina historię kart płatniczych i bankomatów, które jeszcze na początku lat 90. ubiegłego stulecia stanowiły w Polsce pewnego rodzaju ciekawostkę, a dzisiaj znajdują się w powszechnym użytku. Nie wiadomo, czy nowe technologie oparte na blockchain przejdą podobną drogę i staną się tak popularne, jak płatności elektroniczne, ale na pewno ich praktyczne zastosowanie będzie wzrastać.

V. Status prawny kryptowalut na świecie

W znaczeniu prawnym większość zagadnień, odnoszących się do kryptowalut dotyczy trzech głównych problemów: ich statusu w systemie regulacyjnym, ochrony konsumentów i regulacji podatkowych. Sposób podejścia poszczególnych państw do walut cyfrowych jest różny, przy czym można obserwować dwa skrajne stanowiska: od zakazu ich wykorzystywania do całkowitej akceptacji i uznania za produkt podobny do pieniądza elektronicznego. Najczęściej spotykana postawa polega jednak na biernym tolerowaniu omawianych płatności lub publikacji przez rządowe służby administracyjne ogólnych, niewiążących komunikatów i oświadczeń dotyczących BTC. Wyjątek stanowią organy podatkowe, które ze względu na korzyści fiskalne dla budżetu państwa, opodatkowują transakcje i dochody uzyskiwane w walutach cyfrowych.

Najbardziej zaawansowane regulacje prawne dotyczą dwóch państw: Chin i Brazylii. W Państwie Środka BTC są traktowane jak specjalny wirtualny towar. Nie uważa się je za legalny środek umarzania zobowiązań, a banki i instytucje płatnicze mają zakaz realizować transakcje oznaczone kryptowalutami. Na odmiennym stanowisku stoi Brazylia, która w październiku 2013 r. wprowadziła ustawę porządkującą „waluty” elektroniczne. Zostały w niej zawarte wytyczne brazylijskiego Banku Centralnego, dotyczące obrotu kryptowalutami, które muszą być przestrzegane przez podmioty finansowe działające na tamtejszym rynku. Pod tym względem Brazylia jest wyjątkowym kra-

¹⁰ G. Sobiecki, Regulowanie kryptowalut w Polsce i na świecie na przykładzie Bitcoina – status prawny i interpretacja ekonomiczna, *Problemy Zarządzania* 2015, vol. 13, nr 3, s. 146.

jem w Ameryce Środkowej i Południowej, gdyż jej sąsiedzi nie wprowadzili żadnych formalnych regulacji na omawianym polu. W prawie unijnym brak jest szczególnych rozwiązań poświęconych bitcoinowi, chociaż w Parlamencie i Komisji Europejskiej trwają prace związane z pewnym „miękkim” zalegalizowaniem kryptowalut. Wielka Brytania ogłosiła z kolei, że będzie traktowała BTC dla celów podatkowych, jak każdą inną formę płatności. We Francji, Niemczech, Finlandii i Estonii władze oświadczyły, że stanowi on alternatywny środek płatniczy, ale nie jest oficjalną walutą. Z dużą rezerwą do bitcoina podszedł Bank Centralny Federacji Rosyjskiej stwierdzając, że oparta na nim wymiana dóbr i usług ma „wątpliwy charakter” i jest powiązana z praniem pieniędzy i wspieraniem terroryzmu. Konsekwencją tego było zalecenie Banku skierowane do osób indywidualnych i podmiotów gospodarczych, aby zrezygnowały z transakcji w środowisku bitcoinowym¹¹. Stanowisko władz rosyjskich ulega jednak zmianie: o ile w 2014 r. zdarzały się przypadki blokowania stron internetowych zajmujących się obrotem kryptowalutami, to z biegiem czasu postawa taka uległa złagodzeniu. Przełom nastąpił w październiku 2016 roku, kiedy służby podatkowe Rosji wydały pismo dotyczące sprawowania kontroli nad obrotem walutami kryptograficznymi, a więc po części zalegalizowały opisywane prawa majątkowe. Ogólnie można powiedzieć, że na chwilę obecną debata, jakie przyjąć stanowisko wobec omawianych praw majątkowych, jest na początku drogi. Nigdzie na świecie nie zostały one uznane za oficjalny środek płatniczy i brak jest powszechnie obowiązującej definicji „waluty wirtualnej” w prawie międzynarodowym, europejskim czy też krajowym, chociaż próby takiej regulacji można odnaleźć w różnego rodzaju publicznych dokumentach.

VI. Status prawny kryptowalut w Polsce

Bitcoin i inne kryptowaluty nie są w Polsce zabronione, a więc można legalnie posługiwać się nimi celem regulowania zobowiązań. Cały czas trwa natomiast dyskusja, czy potrzebne są zmiany w prawie i dostosowanie obowiązujących przepisów do stanów faktycznych związanych z ich funkcjonowaniem. Na ten temat powstały jak dotąd nieliczne publikacje naukowe, a dyskusja toczy się na różnego rodzaju konferencjach i spotkaniach eksperckich. Opisywanym tematem zajmuje się Strumień Blockchain/DLT i Waluty Cyfrowe przy Ministerstwie Cyfryzacji w ramach Programu „Od papierowej do cyfrowej Polski”. Jeśli chodzi o poglądy doktryny, to na gruncie prawa prywatnego większość autorów zgodnie przyjmuje, że bitcoin jest

¹¹ K. Shaheen, Regulation of Bitcoin Around the World, [www. canadiantaxlitigation.com](http://www.canadiantaxlitigation.com), data odczytu: 28 grudnia 2016 r.

prawem majątkowym¹². W kodeksie cywilnym¹³ zakres pojęcia „prawo majątkowe” należy rozumieć bardzo szeroko i obejmuje ono nawet pewne stany faktyczne, z których wynikają konkretne uprawnienia lub roszczenia mające wartość majątkową. Odpowiada to naturze kryptowalut, których jakiegokolwiek znaczenie w stosunkach międzyludzkich opiera się tylko i wyłącznie na woli stron, a nie bezwzględnie obowiązujących przepisach prawa. Waluty cyfrowe nie są natomiast:

- prawnym środkiem płatniczym w Polsce, gdyż nie emituje ich Narodowy Bank Polski (art. 227 ust. 1 Konstytucji RP),
- pieniądzem elektronicznym w rozumieniu ustawy o usługach płatniczych¹⁴, gdyż nie odpowiadają substytutowi pieniądza w jego tradycyjnym znaczeniu oraz nie są kreowane przez jednostkę centralną,
- walutą w rozumieniu Prawa dewizowego¹⁵, gdyż nie stanowią znaków pieniężnych (banknotów i monet) będących prawnym środkiem płatniczym w Polsce lub poza jej granicami¹⁶.

Prawne interpretacje charakteru BTC wydane przez organy państwowe, a ściślej skutków czynności dokonywanych z jego wykorzystaniem, były podejmowane jedynie dla celów podatkowych. W stanowisku z dnia 4 listopada 2016 r. Ministerstwo Rozwoju i Finansów podtrzymało swoje wcześniejsze opinie, traktujące kryptowaluty jak prawa majątkowe, do których w zakresie obrotu na terenie Polski odpowiednie zastosowanie znajdują przepisy prawa podatkowego¹⁷. Należy się jednak spodziewać, że prędzej, czy później zostaną wprowadzone regulacje bezpośrednio odnoszące się do kryptowalut. Zapowiedzią tego jest projekt z dnia 14 grudnia 2016 r. ustawy o Centralnej Bazie Rachunków. CBR oznacza system teleinformatyczny służący przetwarzaniu informacji o rachunkach przekazywanych przez instytucje zobowiązane m.in. banki, społeczne kasy oszczędnościowo-kredytowe, dostawców usług płatniczych i zakłady ubezpieczeniowe. Informacje do CBR (w obecnym kształcie projektu) będą musiały dostarczać także podmioty oferujące produkty i usługi w zakresie przechowywania danych uwierzytelniających niezbędnych do uzyskania dostępu do walut wirtualnych, prowadzących działalność gospodarczą na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej. W projekcie

¹² Zob. K. Zacharzewski, Praktyczne znaczenie bitcoina na wybranych obszarach prawa prywatnego, *Monitor Prawniczy*, s. 187 i nast.

¹³ Dz. U. z 1964 r., Nr 16, poz. 93 z późn. zm.

¹⁴ Dz. U. z 2014 r., poz. 873 z późn. zm.

¹⁵ Dz. U. z 2002 r., Nr 141, poz. 1178.

¹⁶ K. Zacharzewski, Praktyczne znaczenie bitcoina na wybranych obszarach prawa prywatnego..., *op. cit.*, s. 187 i nast.; M. Mariński, Ryzyka związane z rozwojem obrotu wirtualnymi walutami. Analiza na gruncie obecnie obowiązujących przepisów (w:) W. Pływa-czewski (red.), *Przeciwdziałanie patologiom na rynkach finansowych*, Monografia LEX, Warszawa 2015, s. 257 i nast.

¹⁷ www.sejm.pl.

zdefiniowano pojęcie „waluty wirtualnej” jako „zbywalne prawo majątkowe, którego przedmiotem jest cyfrowa reprezentacja wartości, posiadająca swój ekwiwalent w środku płatniczym, traktowana jako środek wymiany i jednostka rozrachunkowa, nie posiadająca statusu legalnego środka płatniczego i nie będąca pieniądzem elektronicznym w rozumieniu ustawy z dnia 19 sierpnia 2011 r. o usługach płatniczych, które może być przekazywane, przechowywane lub sprzedawane za środki płatnicze drogą elektroniczną”. Definicja ta wydaje się nietrafiona (mieszczą się w niej niepotrzebnie m.in. jednostki cyfrowe używane w internetowych grach komputerowych) i można spodziewać się jej zmiany w dalszym procesie legislacyjnym.

Na gruncie prawa karnego, „kryptowaluta”, rozumiana jako zapis cyfrowy, jest chronionym dobrem prawnym określanym jako „informacja” (art. 267 § 1–3 Kodeksu karnego¹⁸), „zapis na informatycznym nośniku danych” (art. 268 § 2 k.k.) lub „dane informatyczne” (art. 268a § 1 k.k., art. 287 § 1 k.k.). Nośnik danych z zapisanymi wartościami cyfrowymi może ponadto odpowiadać definicji „dokumentu” z art. 115 § 14 k.k. Przesłuchania, godzące w omawiane prawa majątkowe, będą skierowane w pierwszej kolejności na informacje cyfrowe bez bezpośredniego oddziaływania na psychikę ludzką i przedmioty materialne. Skomplikowany i doniosły praktycznie jest problem kwalifikacji prawnej tego typu czynów. Realizowane są one poprzez bezprawne manipulowania danymi teleinformatycznymi na różnym etapie ich przetwarzania, przybierające postać zmiany sekwencji znaków kodowych, usunięciu części z nich lub dodaniu pewnych elementów, nie występujących w pierwotnej wersji zapisu, zazwyczaj w celu osiągnięcia korzyści majątkowej. Może dochodzić do „włamań” do portfeli wirtualnych i kradzieży bitmonet, ataków na giełdy i kantory sieciowe, zakłócania prawidłowego przekazu informacji (tzw. podsłuch elektroniczny), fałszerstwa komputerowego zapisu informacji stanowiącego dokument. W tym zakresie zastosowanie znajdą przepisy art. 267 § 1–3 k.k., art. 268 § 2 k.k., art. 268a § 1 k.k. i art. 287 § 1 k.k. Handel na „czarnym rynku” w Internecie programami i danymi umożliwiającymi popełnianie omawianych czynów zabronionych zostanie penalityzowany z art. 269b § 1 k.k. W przypadku ataku na łańcuch bloków o szczególnym znaczeniu dla funkcjonowania administracji państwowej i samorządowej lub organów państwa, zastosowanie będzie miał art. 269 § 1 i 2 k.k.

Na gruncie Kodeksu postępowania karnego¹⁹ jednostki kryptowaluty będzie charakteryzował różny status procesowy w zależności od tego, jaką „rolę” odegrały w przestępstwie. W innych przypadkach kryptowaluty mogą nie mieć bezpośredniego związku z czynem zabronionym, ale zostaną wykorzystane przez organ procesowy w celu zapewnienia prawidłowego toku postę-

¹⁸ Dz. U. z 1997 r., Nr 88, poz. 553 z późn. zm.

¹⁹ Dz. U. z 1997 r., Nr 89, poz. 555 z późn. zm.

powania karnego. Bitmoneta może być: śladem, dowodem, przedmiotem zabezpieczenia majątkowego, przedmiotem poręczenia majątkowego. Śladem będzie nieuprawniona zmiana w systemie informatycznym, na każdym etapie jego funkcjonowania (tj. odbierania, gromadzenia i przesyłania danych). Jeśli taki ślad zostanie zabezpieczony procesowo, to zyska status dowodu (np. świadczącego o nielegalnych przepływach środków celem „prania pieniędzy” z wykorzystaniem kryptowalut). Kwestie wykorzystania walut cyfrowych jako przedmiot zabezpieczenia majątkowego i poręczenia majątkowego zostaną omówione w dwóch kolejnych rozdziałach. Warto natomiast wspomnieć, że do zadań prawa karnego i kryminalistyki należy wypracowanie odpowiedniej metodyki czynności procesowych związanych z przeszukaniem systemu informatycznego, oględzinami środowiska ujawnienia kryptowaluty i „zatrzymaniem” danych cyfrowych, które ze swej istoty mogą łatwo zaginać, ulec przekształceniu lub nawet stać się celem ataku hakerskiego już w trakcie prowadzenia postępowania karnego.

VII. Zabezpieczenie majątkowe

Jednostka kryptowaluty może być przedmiotem zabezpieczenia majątkowego, gdyż, jako prawo majątkowe, mieści się w pojęciu „mienia”, o którym mowa w art. 44 k.c. Przesłanki zastosowania zabezpieczenia zostały określone w art. 291 § 1 k.p.k.²⁰; chodzi o popełnienie przestępstwa, za które można orzec grzywnę lub świadczenie pieniężne albo w związku z którym można orzec przepadek lub środek kompensacyjny. Z urzędu dopuszczalne jest także zabezpieczenie wykonania orzeczenia o kosztach sądowych, jeżeli zachodzi uzasadniona obawa, że bez takiego zabezpieczenia wykonanie orzeczenia w tym zakresie będzie niemożliwe albo znacznie utrudnione (art. 291 § 3 k.p.k.). Chociaż wspomniane przepisy nie stanowią o tym *expressis verbis*, to w doktrynie zgodnie podkreśla się, że zabezpieczenie uwarunkowane jest nadto obawą usunięcia aktywów przez podejrzanego/oskarżonego. Ostatnia z przesłanek znajduje praktyczny wymiar w przypadku kryptowaluty, którą – ze względu na aspekty techniczne jej funkcjonowania – można szybko i swobodnie rozporządzać, a wystarczy do tego dostęp do komputera lub smartfonu. Jeśli powstaną zatem przesłanki do dokonania zabezpieczenia majątkowego, to organ procesowy powinien niezwłocznie przystąpić do jego realizacji. Trudności mogą przysparzać kwestie techniczne przeprowadzenia skutecznego zabezpieczenia. Chodzi o zdeponowanie zapisu cyfrowego, znajdującego się w wirtualnym świecie w takim miejscu, aby nie był narażony na niepożądane transfery i manipulacje. Z drugiej strony, organ procesowy musi mieć zagwarantowany realny dostęp

²⁰ Dz. U. z 1997 r., Nr 89, poz. 555 z późn. zm.

do bitmonet, bowiem w grę wchodzi konieczność zwrotu jednostek cyfrowych w razie upadku zabezpieczenia albo udostępnienie dla celów egzekucyjnych.

Warunkiem umożliwiającym zabezpieczenie bitcoinów jest wejście w posiadanie przypisanych im kluczy prywatnych. Może się zdarzyć, że omawiane prawa majątkowe znajdują się w posiadaniu osoby trzeciej; wówczas należy ją wezwać do wydania danych. Jeśli podejrzany/oskarżony przetrzymuje jednostki kryptowaluty na internetowej giełdzie, to do giełdy należy skierować żądanie wydania przedmiotu zabezpieczenia. Giełda dysponuje zazwyczaj jednym adresem bitcoinowym, na którym przechowuje cyfrowe aktywa wszystkich jej użytkowników wraz z kluczami prywatnymi.

Zazwyczaj jednostki kryptowaluty przetrzymywane będą przez sprawcę w portfelu, który stanowi zbiór adresów opierających się zawsze na niepowtarzalnej parze: klucz prywatny – adres. Funkcjonują następujące rodzaje portfeli:

- portfele online prowadzone przez serwisy internetowe (np. Blockchain) w postaci zaszyfrowanej, tzn. sam administrator serwisu nie ma dostępu do zgromadzonych w nim środków. „Otwarcie” portfela następuje w przeglądarce sieciowej przy użyciu wcześniej utworzonego identyfikatora i hasła (logowanie odbywa się podobnie, jak do skrzynki e-mail). Inne serwisy (np. Coinbase) w pełni kontrolują powierzone im dane, przy czym większa część funduszy jest składowana w trybie offline (tzw. cold wallet), co zabezpiecza bitmonety przed włamaniami;
- portfele instalowane na komputerze w postaci aplikacji: portmonetki takie można używać tylko na urządzeniu z wgraną aplikacją, a więc odznaczają się małą mobilnością. Rozróżnia się portfele „pełne”, przechowujące na komputerze cały blockchain i wersje „lekkie”, korzystające z łańcucha bloków umieszczonego na ogólnych serwerach;
- portfele mobilne funkcjonują na urządzeniach przenośnych w formie specjalnej aplikacji, która w trybie online wiąże telefon z portfelem, a transakcje autoryzowane są kodem PIN (np. Bitcoin Wallet–Blockchain limited). Inne rozwiązania oferują portmonetki nie powiązane bezpośrednio z Internetem, ale przesyłające bitcoiny do „obcych” urządzeń technologią Bluetooth, NFC (standard komunikacji pozwalający na bezprzewodową wymianę danych na odległość do 20 cm) oraz z wykorzystaniem kodów kreskowych QR (np. Bitcoin Wallet);
- portfele papierowe to nic innego, jak kartka papieru z wydrukowanym kluczem publicznym i powiązanim z nim kluczem prywatnym (mogą zawierać także kod QR). Ich forma determinuje, że są całkowicie odcięte od Internetu i sieci bitcoin. Generuje się je na specjalnym serwisie (np. www.bitaddress.org) lub „domowym” sposobem przy użyciu komputera i drukarki. Chcąc użyć tak zabezpieczone BTC, trzeba najpierw zaimpor-

tować znajdujące się na kartce dane do Internetu. Nie ma natomiast przeszkód w przesyłaniu bitcoinów z sieci na adres portmonetki papierowej²¹.

Ostatecznie, każdy programista może stworzyć własny portfel i działa wiele wersji portfeli różniących się od siebie obsługą, bezpieczeństwem, mobilnością, szybkością przetwarzania danych oraz dodatkowymi zaawansowanymi opcjami, dedykowanymi dla konkretnych urządzeń. Najpopularniejsze są portfele sieciowe i organ procesowy będzie miał najczęściej z nimi do czynienia.

Realny dostęp do kryptowaluty uwarunkowany jest znajomością identyfikatora i hasła bitcoinowego portfela, co umożliwia zarządzanie znajdującym się w portmonetce zapisem cyfrowym. Przejęcie portfela nie stanowi jednak wystarczającego zabezpieczenia danych przed elektronicznymi manipulacjami, gdyż osoba, przeciwko której toczy się postępowanie, znając identyfikator i hasło, może w każdym momencie zalogować się do portmonetki i wyprowadzić z niej bitcoiny. Innym sposobem uniknięcia zabezpieczenia majątkowego jest przekazanie danych autoryzacyjnych osobie trzeciej celem (rzekomej) „kradzieży” kryptowaluty, aby samemu uniknąć zarzutu utrudniania śledztwa. Co więcej, zasady bezpieczeństwa nakazują tworzenie kopii zapasowych portfeli, które można zapisać na dysku komputera lokalnego, wysłać na adres e-mail, umieszczać w wirtualnej chmurze lub wydrukować. Zadaniem sądu lub prokurator będzie zatem pokierowanie czynnościami procesowymi w ten sposób, aby przedmiot zabezpieczenia pozostawał do dyspozycji tylko i wyłącznie organu prowadzącego postępowanie.

Przepis art. 293 § 2 k.p.k. nakłada na wydającego decyzję o zabezpieczeniu majątkowym obowiązek wskazania w postanowieniu:

- czego zabezpieczenie dotyczy,
- kwoty do jakiej ma nastąpić zabezpieczenie,
- sposobu zabezpieczenia.

Opisanie przez organ procesowy „sposobu zabezpieczenia” będzie polegało na zamieszczeniu w sentencji postanowienia nazwy i adresu publicznego portfela, w którym zostały złożone bitcoiny (np. 2JVrmSc7gnPR3dKxVXPkNt5cSoCMFvgfz3). Ze sposobu działania blockchain wynika, że adres będzie widoczny dla wszystkich użytkowników sieci. W przypadku niektórych kryptowalut, można dołączyć do bloku „podpis” (etykietę) informujący, że zostały one zabezpieczone na potrzeby konkretnego śledztwa (podając np. nazwę organu, który wydał postanowienie o zabezpieczeniu majątkowym i sygnaturę akt).

W omawianych sprawach konieczne jest utworzenie portfela „sądowego”/„prokuratorowskiego” i przelanie do niego stanowiących przedmiot zabez-

²¹ D. H o m a, Sekrety bitcoina i innych kryptowalut..., *op. cit.*, s. 58.

pieczenia bitcoinów. Będzie to konieczne nawet w przypadku jednostek ulokowanych w portfelu papierowym, gdyż nie można wykluczyć istnienia kopii takiego portfela, co rodziłoby ryzyko utraty zabezpieczenia. Najlepszym rozwiązaniem jest zastosowanie portfeli sprzętowych. Są to specjalnie zaprojektowane urządzenia do przechowywania kluczy prywatnych, znacznie podnoszące bezpieczeństwo zapisanych w ich pamięci bitcoinów. W odróżnieniu od innych portmonetek instalowanych na komputerach czy przyrządach mobilnych, portfele sprzętowe są całkowicie odłączone od Internetu, a podpisanie transakcji następuje w urządzeniu, co eliminuje możliwość kradzieży kluczy prywatnych przez wirusy lub szkodliwe oprogramowanie. Przykładem takiego portfela jest sprzęt o nazwie „Trezor” obsługiwany przez system Windows, Mac i Linux. Trezor, przypominający wyglądem kostkę pamięci przenośnej, łączy się z innymi urządzeniami tylko przez port USB, a dostęp do zgromadzonych w nim danych zabezpieczony jest kodem PIN²². Opisany portfel „publiczny” powinien być chroniony przed nieuprawnioną ingerencją osób trzecich, gdyż złożone w nim prawa majątkowe mają do zrealizowania określony cel procesowy. Ponadto, od momentu ustanowienia zabezpieczenia, to organ procesowy ponosi odpowiedzialność za przejęte wartości, także za ich utratę w wirtualnym świecie. Portfel sprzętowy chroni przed niebezpieczeństwami związanymi z atakami hakerskimi i innymi manipulacjami w sieci.

Zabezpieczenie walut cyfrowych powinno przebiegać według ściśle określonych procedur, gdyż nawet najmniejszy błąd może powodować ich nieodwracalną utratę. Chodzi o takie kwestie, jak ścisła reglamentacja osób uprawnionych do obsługi urządzenia, określenie miejsca jego przechowywania (zapewne szafa pancerna sądu lub prokuratury), sposobu dokumentowania czynności realizowanych z wykorzystaniem sprzętu. Należy pamiętać, że jak każdy inny nośnik danych informatycznych, portfel jest narażony na uszkodzenia mechaniczne i systemowe. Postulować należy sporządzenie w każdej instytucji wewnętrznego regulaminu sposobu realizacji zabezpieczenia majątkowego na kryptowalutach, precyzującego wspomniane wcześniej kwestie oraz wyznaczyć imiennie osoby uprawnione do posługiwania się portfelem sprzętowym. Bardziej skomplikowanym rozwiązaniem jest tworzenie adresów „multi signature”; w takim przypadku, aby wykonać transakcję, potrzebne są podpisy wykonane kluczami prywatnymi. Zwiększa to znacznie bezpieczeństwo, ponieważ klucze w liczbie kilku lub kilkunastu mogą być przydzielone różnym osobom (lub instytucjom) do wspólnej autoryzacji każdej operacji na portfelu sprzętowym lub portfelu zainstalowanym na komputerze.

²² Tamże, s. 88.

W tym miejscu powstaje pytanie: kto powinien dokonywać czynności technicznych (w systemie informatycznym) związane z zabezpieczeniem jednostek waluty wirtualnej: sędzia/prokurator, biegły z zakresu informatyki śledczej, czy specjalista? Zgodnie z art. 193 § 1 k.p.k., zasięga się opinii biegłego, jeżeli stwierdzenie okoliczności mających istotne znaczenie dla rozstrzygnięcia sprawy wymaga wiadomości specjalnych. Podkreśla się przy tym, że wbrew literalnemu brzmieniu przepisu, organ procesowy ma obowiązek zasięgnięcia opinii, co do wszystkich okoliczności, które stanowią podstawę orzeczenia (wyroku, postanowienia), o ile wymaga to wiadomości specjalnych²³. Czynności techniczne związane z zabezpieczeniem majątkowym, chociaż wymagają wiedzy na temat natury funkcjonowania kryptowalut, nie stanowią ustaleń okoliczności mających znaczenie dla merytorycznego rozstrzygnięcia sprawy. Nie oznacza to, że powinien podejmować je prokurator lub sąd (wyznaczony sędzia), bowiem omawiane zadania wymagają, jak wspomniano, konkretnej wiedzy i umiejętności, a popełnienie błędu grozi nieodwracalną utratą danych cyfrowych uosabiających bitcoiny w wirtualnym świecie. Właściwy będzie specjalista, o którym mowa w art. 205 § 1 k.p.k. Przepis ten zawiera katalog otwarty osób, które mogą wykonywać działania o charakterze pomocniczym i wyłącznie technicznym. Osoba przydzielona do realizacji czynności zabezpieczenia (najlepiej funkcjonariusz organów procesowych, w tym organów ścigania, np. Policji) powinna legitymować się przeszkoleniem (teoretycznym i praktycznym) w temacie technicznego funkcjonowania walut wirtualnych.

Przepis art. 293 § 2 k.p.k. wymaga kwotowego określenia zakresu zabezpieczenia, mając na uwadze okoliczności sprawy i uwzględniając rozmiar możliwej do orzeczenia grzywny, środków karnych, przepadku lub środków kompensacyjnych. Wartość przyjętych jednostek kryptowaluty powinna odpowiadać zatem potrzebom tego, co mają zabezpieczać i nie może być wyższa. Dopuszczalna jest sytuacja, że tylko część jednostek kryptowaluty, zapisanych w portfelu podejrzanego/oskarżonego, zostanie przelana do „prokuratorskiej” lub „sądowej” portmonetki. Wymóg ten nie dotyczy zajęcia na przedmiotach podlegających przepadkowi, jako pochodzących bezpośrednio z przestępstwa lub służącym albo przeznaczonym do jego popełnienia (art. 293 § 2 k.p.k. in fine).

Warunek „kwotowego określenia zabezpieczenia” oznacza konieczność określenia wysokości zabezpieczenia w pieniądzu polskim. W praktyce może stanowić to pewną trudność, gdyż kursy większości walut cyfrowych charakteryzują się dużą zmiennością. Skorzystać należy z internetowych giełd kryptowalut (np. BitBay.net, BitMarket.pl, BitMarket24.pl), które podają

²³ L. K. Paprzycki, Komentarz do art. 193 kodeksu postępowania karnego, (w:) J. Grajewski (red.), Kodeks postępowania karnego, Zakamycze 2006, s. 554–556.

w pieniądzu polskim aktualne ceny rynkowe kupna i sprzedaży jednostek konkretnej kryptowaluty. Ponieważ funkcjonuje wiele giełd i każda z nich ustala własne notowania, to rozwiązaniem będzie skorzystanie z największych i najpopularniejszych parkietów celem wyliczenia średniego kursu bitmonety w stosunku do złotego. Duże ryzyko znacznych wahań ceny kryptowalut powoduje, że w toku postępowania wartość zabezpieczonych bitcoinów w przeliczeniu na złotówki może ulec znacznej zmianie.

Zgodnie z art. 292 § 1 k.p.k., samo zabezpieczenie następuje w sposób wskazany w Kodeksie postępowania cywilnego²⁴. Postępowanie w przedmiocie nadania klauzuli wykonalności tytułowi egzekucyjnemu w postaci postanowienia prokuratora o zabezpieczeniu majątkowym, wydanego na podstawie art. 293 § 1 k.p.k., toczy się według przepisów art. 776–795 k.p.c. z uwzględnieniem regulacji Kodeksu karnego wykonawczego²⁵. Jeśli chodzi o waluty cyfrowe, to ze względu na charakter przedmiotu zabezpieczenia należy stosować przepisy o zabezpieczeniu roszczeń pieniężnych. Tytułem wykonawczym, uprawniającym do wykonywania postanowień o zabezpieczeniu majątkowym wydanych w postępowaniu karnym przez sądowe organy egzekucji, jest postanowienie sądu lub prokuratora o zabezpieczeniu, czyli tytuł egzekucyjny zaopatrzony klauzulą wykonalności.

VIII. Poręczenie majątkowe

Poręczenie majątkowe regulują przepisy art. 266 k.p.k. i nast.; jego przedmiotem mogą być: pieniądze, papiery wartościowe, hipoteka lub zastaw. Jeśli chodzi o waluty cyfrowe, to zastosowanie bitmonet do poręczenia przyjmie formę zastawu. Jest to instytucja prawa cywilnego i może odnosić się do rzeczy ruchomych (art. 306 § 1 k.c.) i praw majątkowych zbywalnych (art. 327 k.c.), a więc mających określoną wartość rynkową i będących przedmiotem obrotu²⁶. Przymioty takie posiadają m.in. jednostki uczestnictwa w otwartym funduszu inwestycyjnym i certyfikaty inwestycyjne emitowane przez fundusz inwestycyjny zamknięty²⁷, udziały wspólnika w spółce z ograniczoną odpowiedzialnością, akcje oraz jednostki kryptowaluty. Na wstępie należy jednakże podkreślić, że chociaż obowiązujące przepisy prawa dopuszczają możliwość ustanowienia poręczenia majątkowego na kryptowalutach, to jednak stosowanie tej instytucji powinno mieć wyjątkowy charakter. W praktyce bowiem może powodować komplikacje natury prawnej

²⁴ Dz. U. z 1964 r., Nr 43, poz. 296 z późn. zm.

²⁵ Dz. U. z 1997 r., Nr 90, poz. 557 z późn. zm.

²⁶ S. Rudnicki, Komentarz do kodeksu cywilnego. Księga druga: Własność i inne prawa rzeczowe, Wydawnictwo Prawnicze LexisNexis, Warszawa 2007, s. 491, s. 498–499.

²⁷ Art. 83 ustawy z dnia 27 maja 2004 roku o funduszach inwestycyjnych (Dz. U. 2004 r., Nr 146, poz. 1546 z późn. zm.).

i technicznej, a mając na uwadze wymóg dysponowania stosownym zapleczem logistycznym do „przechowywania” walut cyfrowych – na dzień dzisiejszy staje się wręcz niemożliwe. Kwestie te zostaną uszczegółowione na końcu niniejszego podrozdziału.

Kodeks postępowania karnego nie reguluje instytucji zastawu i dlatego w przypadku poręczenia majątkowego odpowiednie zastosowanie znajdują przepisy art. 306-335 k.c. Postanowienie o zastosowaniu środka zastępują umowę przewidzianą w art. 307 § 1 k.c. i należy w nim określić:

- rodzaj (przedmiot) poręczenia,
- jego wysokość,
- termin złożenia poręczenia,
- dane podejrzanego/oskarżonego,
- pouczenie.

Organ procesowy powinien odebrać od składającego poręczenie oświadczenie, że jest właścicielem oferowanych wartości majątkowych. Nie sposób bowiem sprawdzić tego w inny sposób: dla walut cyfrowych nie prowadzi się ksiąg wieczystych, w zasadzie nie sporządza umów sprzedaży, czy innych dokumentów, które potwierdzałyby, do kogo należą. Praktycznie rzecz biorąc, prawo własności jednostki kryptowaluty przypisuje się temu, kto dysponuje kluczem prywatnym. Nie można jednak wykluczyć sytuacji, że po ustanowieniu środka zapobiegawczego zgłoszą się osoby trzecie z roszczeniami do przedmiotu poręczenia. Może się zdarzyć ponadto, że sam poręczający na pewnym etapie postępowania oświadczy, że tak naprawdę złożone przez niego waluty cyfrowe stanowią własność innego podmiotu. Rozstrzygnięcie w tej kwestii będzie zależało od okoliczności konkretnej sprawy, jednak, co do zasady, to osoba domagająca się zwrotu jednostek objętych poręczeniem majątkowym powinna w sposób niebudzący wątpliwości wykazać, iż stanowią one jej własność (a nie składającego poręczenie) i zostały uznane za przedmiot poręczenia wbrew jej woli. W innym przypadku łatwo byłoby manipulować organem procesowym poprzez żądanie zwrotu kryptowaluty, pomimo że podejrzany/oskarżony wbrew warunkom ustanowienia środka zapobiegawczego ukrywa się lub uciekł za granicę.

Kolejna rzecz, to precyzyjne opisanie przedmiotu poręczenia w postanowieniu wydanym przez sąd lub prokuratora. Należy podać nazwę prawa majątkowego, na którym ustanawia się zastaw oraz ilości jednostek tego prawa. W omawianych sytuacjach będzie chodziło o nazwę kryptowaluty, liczbę jednostek lub części jednej jednostki. W przypadku bitcoina nie powinno stanowić to problemu, jednak istnieją waluty cyfrowe o bardzo różnych, nieraz dziwacznych nazwach i skrótach. Dlatego uszczegółowienie, co organ procesowy przyjmuje za poręczenie, pełni rolę gwarancyjną dla stron postępowania i ma wymiar praktyczny. Pozwala zweryfikować, na podstawie ogólnodostępnych danych, jaką aktualnie wartość rynkową mają przyjęte

prawa majątkowe, jak kształtował się ich kurs na przestrzeni ostatnich miesięcy i lat oraz to, czy łatwo je wymienić na złotówki. Jest to ważne także w aspekcie ewentualnego przypadku poręczenia na rzecz Skarbu Państwa. Dodać należy, że omawiane prawa, wykorzystane już do zabezpieczenia majątkowego, nie mogą być jednocześnie przedmiotem poręczenia, a tym samym skutecznie chronić prawidłowy tok postępowania²⁸. Z drugiej strony, zastosowanie środka zapobiegawczego z wykorzystaniem kryptowaluty, dopuszcza równoległe wydanie postanowienia o zabezpieczeniu majątkowym na innych jednostkach waluty wirtualnej.

Złożenie przedmiotu poręczenia powinno zostać zrealizowane poprzez transfer danych cyfrowych odpowiadających jednostkom „waluty” opisanej w postanowieniu na adres portfela organu prowadzącego postępowanie karne. Charakter techniczny tego portfela oraz procedura transferu danych jest taka sama jak przy zabezpieczeniu majątkowym, z tym że czynności realizuje sam składający poręczenie bez udziału specjalisty opisanego w art. 205 § 1 k.p.k. Termin złożenia przedmiotu poręczenia zależy od całokształtu okoliczności sprawy, a jego niedopełnienie powoduje, że postanowienie o zastosowaniu środka traci moc. Funkcjonowanie walut cyfrowych sprawia, że ich właściciel ma praktycznie nieograniczony techniczny dostęp do bitmonet. Dlatego ich przekazanie na potrzeby toczącego się postępowania karnego powinno nastąpić niezwłocznie, zaraz po wydaniu przez sąd lub prokuratora postanowienia, o którym mowa w art. 266 § 2 k.p.k. Trudno znaleźć powody, dlaczego czynność taka miałaby zostać znacznie odwleczona w czasie, gdyż nawet pobranie środków ulokowanych na internetowej giełdzie nie jest działaniem skomplikowanym. Oskarżony/podejrzany może to zrobić zaraz po zatrzymaniu w budynku sądu lub prokuratury.

Postanowienie o poręczeniu majątkowym powinno dokładnie określać wysokość poręczenia. Zależy ona z jednej strony od sytuacji majątkowej sprawcy przestępstwa, a z drugiej od charakteru i okoliczności czynu zabronionego. Zasadnym wydaje się wskazanie, dlaczego kryptowaluta, a nie wartości majątkowe innego rodzaju, została przyjęta za przedmiot poręczenia. Jest ona specyficznym instrumentem o funkcji płatniczej, którego procesowe zastosowanie jest bardziej skomplikowane, aniżeli „tradycyjnych” praw majątkowych służących do poręczenia. Chociaż art. 266 k.p.k. nie wprowadza ustawowej hierarchii dóbr, które w pierwszej kolejności powinny być stosowane, to łatwiej odebrać tytułem środka zabezpieczającego pieniądze, papiery wartościowe, nieruchomości itp., a dopiero na samym końcu sięgać po kryptowaluty. Najczęściej ich dysponentami będą osoby stosunkowo

²⁸ Postanowienie SA w Katowicach z dnia 14 grudnia 2005 roku, II AKz 748/05, LEX nr 164607.

młode, znajdujące się na rynku nowych technologii i angażujące w nim własne środki.

Zgodnie z przepisem art. 307 § 1 k.c., ustanowienie zastawu następuje przez wydanie rzeczy wierzycielowi lub osobie trzeciej, na którą strony się zgodziły. Jednostki waluty cyfrowej nie mogą pozostać we władaniu podejrzanego/oskarżonego, jako posiadacza zależnego lub dzierżyciela²⁹. Podobnie, jeśli poręczenie składa osoba trzecia, to faktyczny zarząd nad omawianymi jednostkami musi przejść na organ procesowy (lub wskazaną przez niego osobę), chociaż w każdym przypadku składający poręczenie nadal pozostaje ich właścicielem. Ustanowienie zastawu ogranicza zatem władztwo nad kryptowalutami, bowiem poręczyciel nie może ich odzyskać w czasie trwania środka zapobiegawczego. Dopiero z chwilą ustania poręczenia, jego przedmiot zwraca się pod warunkiem, że w razie prawomocnego skazania oskarżonego na karę pozbawienia wolności następuje to z chwilą rozpoczęcia odbywania przez niego kary (art. 269 § 2 k.p.k.).

Przyjęcie poręczenia wymaga spisania protokołu (art. 143 pkt 9 k.p.k.) wskazującego adres publiczny portfela, na którym zdeponowano walutę cyfrową. Sprawca przestępstwa lub inna osoba składająca za niego poręczenie majątkowe, powinien być wcześniej poinformowany o bitcoinowym adresie publicznym prokuratury lub sądu, ewentualnie osoby trzeciej, która za zgodą stron będzie przechowywać dane cyfrowe. Do protokołu należy dołączyć odebrany od składającego poręczenie dokument, potwierdzający realizację transferu do urzędowej portmonetki, analogicznie jak przedstawia się dowód wpłaty pieniędzy na konto depozytowe. Organ stosujący środek, przed przystąpieniem do czynności procesowej, powinien sprawdzić, czy jednostki wpłynęły i udokumentować to w aktach sprawy. Wspomniane potwierdzenia, ze względów bezpieczeństwa, nie mogą zawierać informacji o kluczach prywatnych.

Ciekawie kształtuje się sytuacja przedmiotu poręczenia w trakcie postępowania karnego, gdyż, co do zasady, zastawnik może wykonywać wszelkie czynności i dochodzić wszelkich roszczeń, które zmierzają do zachowania prawa obciążonego zastawem (art. 330 k.c.). Ponadto, zgodnie z art. 311 k.c., nieważne jest zastrzeżenie przez które zastawca zobowiązuje się względem zastawnika, że nie dokona zbycia lub obciążenia rzeczy przed wygaśnięciem zastawu. Przepis ten stanowi konsekwencje konstrukcji instytucji z art. 306 § 1 k.c. opierającej się na założeniu, że zastawca zachowuje nieuszczerplone uprawnienia wynikające z prawa własności przedmiotu zastawu w zakresie rozporządzania nim i odmienne postanowienia umowy cywilnoprawnej byłyby w tym zakresie nieważne. Czy wspomniane przepisy z zakresu prawa prywatnego znajdują zastosowanie na gruncie kodeksu poste-

²⁹ Zob. S. Rudnicki, Komentarz do kodeksu cywilnego. Księga druga..., *op. cit.*, s. 491.

powania karnego? Stwierdzić należy, że możliwość skutecznej sprzedaży w każdym czasie przez podejrzanego/oskarżonego przedmiotu zastawu stałaby w sprzeczności z rolą, jaką pełni środek zapobiegawczy. Działanie takie byłoby złamaniem warunków poręczenia i „utrudnianiem w inny sposób postępowania karnego”. W konsekwencji, zastosowanie znalazłby art. 268 § 1 k.p.k. skutkujący przypadkiem jednostek kryptowalut na rzecz Skarbu Państwa.

Na chwilę obecną jednostki prokuratury nie dysponują portfelami do przechowywania walut cyfrowych. Dlatego przyjęcie poręczenia majątkowego, którego przedmiotem są jednostki cyfrowe, wymagałoby ustanowienia takiego portfela. Wobec braku wewnętrznych przepisów i instrukcji regulujących tryb przyjęcia oraz faktu, że realizacja wspomnianej czynności wymaga specjalistycznej wiedzy teleinformatycznej, ustanowienie poręczenia majątkowego w BTC wiąże się z dużymi trudnościami. Autorowi niniejszego opracowania znane są sprawy karne, gdy organy dochodzeniowo-śledcze „odbierały” podejrzanym bitcoiny o równowartości nawet kilkuset tysięcy złotych. Nie zabezpieczały jednak „owoców” przestępstwa w postaci kryptowaluty, ale prowadziły do jej „kontrolowanej” wymiany na środki pieniężne. Następnie w takiej formie wypłacały poszkodowanym. Dlatego lepszym i „bezpieczniejszym” rozwiązaniem (przynajmniej na obecnym etapie organizacji) wydaje się przyjęcie poręczenia w formie określonej sumy pieniężnej. Podejrzanym/oskarżonym, który dysponuje kryptowalutą, sam może wymienić bitmonety na polskie znaki pieniężne i złożyć je tytułem poręczenia. Co prawda wiąże się to m.in. z utratą bitcoinów, których kurs w ostatnich miesiącach znacznie wzrastał, ale ostatecznie w interesie poręczającego leży, aby wypełnić warunki poręczenia.

IX. Podsumowanie i wnioski

Należy się spodziewać, że kryptowaluty i tematyka blockchain coraz częściej będą pojawiały się w postępowaniu karnym. Wynika to z zainteresowania świata przestępczego walutami cyfrowymi i rozwoju technologii rozproszonych rejestrów danych, na których oparty jest bitcoin. Autor artykułu przeprowadził w tym zakresie ogólnopolskie badania. Wynika z nich, że w skali prokuratur wszystkich szczebli ilość postępowań karnych w latach 2009–luty 2017, w których kryptowaluta odegrała ważną rolę, kształtowała się następująco: 2009 r. – 0, 2010 r. – 0, 2011 r. – 1, 2012 r. – 3, 2013 r. – 9, 2014 r. – 20, 2015 r. – 21, 2016 r. – 59, okres styczeń–luty 2017 r. – 13. Należy się spodziewać, że w rzeczywistości omawianych spraw było jeszcze więcej, gdyż m.in. w Systemie Informacji Prokuratorskiej (SIP) nie zawsze wprowadzono słowo wskazujące na przestępstwo powiązane z walutami cyfrowymi. Przytoczone dane potwierdzają tezę, że ilość spraw dotyczących walut cyfrowych zwiększa się i zagrożenie to będzie

zyskiwało na aktualności. W tym samym okresie nie dokonano zabezpieczenia majątkowego lub poręczenia majątkowego na kryptowalucie.

Co ważne, od pewnego już czasu instytucje zajmujące się walką z praniem pieniędzy alarmują, iż zorganizowane grupy przestępcze wykorzystują waluty cyfrowe w celu ukrycia faktycznego źródła pochodzenia środków finansowych³⁰. Dotyczy to także polskich realiów³¹. Z drugiej strony, w latach 2013 - 2015 w postępowaniach karnych dotyczących prania pieniędzy dokonano zabezpieczeń majątkowych na sumę 1,2 mln zł oraz orzeczono przepadek mienia o wartości 11,5 mln zł, co stanowiło zaledwie 0,07% kwoty środków wykorzystanych przy realizacji przestępstwa opisanego w art. 299 k.k. (18,2 mld)³². Skoro kryptowaluty powszechnie stosuje się do prania pieniędzy, a jednym z najskuteczniejszych mechanizmów walki z tym przestępstwem jest instytucja zabezpieczenia majątkowego, to wypływa stąd oczywisty i ważny wniosek: organy ścigania powinny efektywnie stosować zabezpieczenia majątkowe także na cyfrowych wartościach majątkowych w walce z przestępczością gospodarczą. To samo dotyczy finansowania terroryzmu, którego model działania w sporej części oparty jest na walutach wirtualnych.

Jeśli chodzi o obowiązujące przepisy prawa, to na chwilę obecną nie zachodzi konieczność nowelizacji kodeksu karnego lub kodeksu postępowania karnego w zakresie ochrony użytkowników kryptowalut, gdyż ochrona taka jest zapewniona. Inaczej ma się sprawa ze zwiększeniem kontroli państwa nad przepływami binarnych wartości majątkowych: biorąc pod uwagę ich wykorzystanie w sieci do popełniania przestępstw, nadzór taki jest uzasadniony i należy się spodziewać, że przepisy prawa będą ewoluowały w kierunku jego wzmocnienia. Zapowiedzią takiego trendu w Polsce jest projekt ustawy o Centralnej Bazie Rachunków oraz „nowej” ustawy o przeciwdziałaniu praniu pieniędzy i terroryzmowi. Poza tym obserwować należy procesy i zmiany w obrębie technologii blockchain, ponieważ mają potencjał generowania trudnych do przewidzenia stanów faktycznych. Można wyobrazić sobie na przykład tzw. *smart contract* w postaci programu komputerowego ukierunkowanego na realizację zlecenia popełnienia przestępstwa. Zleceniodawca zobowiązuje się przelać określoną sumę BTC do portfela przestępcy, jeśli zleceniobiorca zrealizuje konkretne działanie. Narzędziem reali-

³⁰ Bitcoin Virtual Currency: Intelligence Unique Features: Present Distinct, Challenges for Detering Illicit Activity, Prepared by FBI Directorate of Intelligence, 24 April 2012; Virtually Unregulated. Countering Virtual Currency Money Laundering in the 21st Century, s. 2-3, www.home.kpmg.com, data odczytu: 5 lutego 2017 r.

³¹ M. M a z u r, Penalizacja prania pieniędzy, Wydawca Biuro Rzecznika Praw Obywatelskich, Warszawa 2014, s. 48; www.rpo.gov.pl, data odczytu: 20.01.2017 r.

³² System przeciwdziałania praniu pieniędzy oraz finansowaniu terroryzmu, Informacja o wynikach kontroli przeprowadzonej przez Najwyższą Izbę Kontroli Departament Budżetu i Finansów, nr ewid. 37/2016/P/15/013/KBF, zbiory własne autora.

zacji „kontraktu” będzie autonomiczny i samowystarczalny program „żyjący” w sieci, w którego algorytmie zapisano polecenie wypłaty BTC do zindywidualizowanego portfela po stwierdzeniu, że w Internecie ukazała się określona liczba informacji identyfikujących zdarzenie będące przedmiotem kontraktu (np. unieruchomienie pracy elektrowni atomowej i związana z tym katastrofa humanitarna). Może wydawać się, że problemy takie należą do sfery *science fiction*, jednak faktycznie istnieją możliwości ich realizacji. Dlatego śledczy muszą być gotowi do walki z nowymi typami zagrożeń, które może przynieść niedaleka przyszłość.

Cryptocurrencies as collateral and surety

Abstract

This paper consists of two parts. The first one is of a general nature, introducing the “blockchain and cryptocurrencies” topic and touching upon such issues as the operating principles and legal status of digital currencies in Poland and abroad, and the actual share of digital currencies in the goods and services market. The focus is on bitcoin as the most popular and the first decentralized cryptocurrency with the highest level of capitalisation. Pros and cons of trade using digital money are discussed. Moreover, the IT environment of, and the philosophy behind the decentralised blockchain are described as they entail innovative solutions in the public administration and business, as well as absolutely new crime forms. The second part of the present text describes cryptocurrencies as collateral and surety. Addressing the disclosure of digital units and the methods for their seizure and storage for the purpose of proceedings, the considerations are mostly practical given that the investigative authorities will be increasingly more often using cryptocurrencies for the purpose of criminal proceedings. Final conclusions include general remarks, and signal the need for raising judges’ and prosecutors’ awareness of the blockchain and cryptocurrencies.

Grzegorz Maroń

Argumentacja biblijna prokuratora w świetle orzecznictwa sądów USA

Streszczenie

Artykuł omawia szczególny rodzaj argumentacji wykorzystywanej w procesie karnym przez prokuratorów w USA, mianowicie argumentację biblijną. W pierwszej kolejności odniesienia oskarżyciela publicznego do Pisma Świętego poddano typologii. Następnie przybliżono praktykę orzeczniczą sądów rozpoznających argumentację biblijną prokuratora jako przedmiot zarzutu odwoławczego. W końcu zaproponowano podział argumentów biblijnych na te dopuszczalne w procesie karnym i te, które należy uznać za niedozwolone. Autor stawia tezę, iż ze względu na wewnętrzną różnorodność argumentum ad Scripturam oraz wielość łączonych z nimi funkcji, nie sposób we wszystkich przypadkach odwołania się prokuratora do Pisma Świętego upatrywać zagrożenia dla poszanowania prawa oskarżonego do rzetelnego procesu i konstytucyjnych zasad ustrojowych.

1. Wstęp

Osobliwością amerykańskiego procesu karnego są przypadki posługiwania się przez prokuratora argumentacją biblijną (*argumentum ad Scripturam*). Jakkolwiek nie jest to praktyka powszechna, to zarazem też i nie sporadyczna. Trudno dokładnie określić skalę wykorzystywania przez oskarżycieli publicznych odwołań do Pisma Świętego. Podstawowym źródłem wiedzy o czynieniu przez prokuratorów użytku z argumentacji biblijnej są orzeczenia sądów odwoławczych, ilekroć argumentacja ta stała się przedmiotem zarzutu apelacyjnego. W oparciu o to źródło liczbę przypadków posiłkowania się oskarżycieli w swej argumentacji świętą księgą judaizmu i chrześcijaństwa można szacować na kilkaset. Rzeczywista liczba zapewne jest znaczenie większa, skoro ze względu na zasadę *double jeopardy* wyroki uniewinniające sądów pierwszej instancji zasadniczo nie podlegają zaskarżeniu. Biblijne uwagi prokuratora czynione w sprawie zakończonej w pierwszej instancji orzeczeniem uniewinniającym zwykle pozostają odnotowane jedynie w sądowym protokole.

Prokuratorzy w USA często afirmatywnie wypowiadają się o miejscu dla wartości religijnych w procesie karnym. Dla wielu z nich Biblia pozostaje nie tylko świętą księgą ale i „być może najlepszą księgą prawa”¹. Z argumentacji biblijnej w postępowaniu sądowym czynią także użytek obrońcy², przysięgli³ i sędziowie⁴.

Najczęściej do argumentacji biblijnej prokurator sięga w mowie końcowej (*closing argument*). Najczęstszą zaś kategorią spraw, w których oskarżyciel korzysta z *argumentum ad Scripturam* są sprawy o zabójstwo, gdzie oskarżonemu grozi kara śmierci⁵.

Nie zawsze prokuratorzy *expressis verbis* wskazują, iż powołują się na Pismo Święte. Niekiedy odsyłają do np. „Dobrej Księgi” zamiast Biblii czy „pewnego mądrego człowieka” zamiast Jezusa Chrystusa. Innym zabiegiem jest parafrazowanie biblijnego tekstu, tak aby formalnie nie uchodził on za cytaty z Pisma Świętego, ale aby wciąż stanowił dla przysięgłych czytelną aluzję do Biblii.

O wiele rzadziej prokurator czyni użytek z innych niż biblijne argumentów religijnych, na przykład w sprawie, gdzie w podpaleniu zginęło dziecko oskarżyciel zacytował modlitwę dziecięcą „Now I Lay Me Down To Sleep”⁶. Niekiedy przywoływanie argumentów religijnych odbywa się *implicite* poprzez sięganie do utworów poetyckich, np. wiersza „Dance, Death”⁷.

Celem opracowania jest zaproponowanie typologii biblijnej argumentacji prokuratora oraz dokonanie dychotomicznej dystynkcji na argumenty dopuszczalne i niedopuszczalne z punktu widzenia zasad ustrojowych i poszanowania praw oskarżonego. Pozwoli to usystematyzować tytułową problematykę. Różnorodność odesłań do Pisma Świętego pojawiająca się w praktyce argumentacyjnej oskarżycieli publicznych w Stanach Zjednoczonych każe odrzucić jedno podejście do nich.

Przedmiotem analiz oraz ocen uczyniono orzecznictwo sądów odwoławczych zarówno stanowych, jak i federalnych rozpoznających biblijną argumentację oskarżyciela jako zarzut odwoławczy. W pracy odniesienia do Pi-

¹ State v. Boyd, 311 N.C. 408, 423 (N.C. 1984).

² G. Maroń, Argumentacja biblijna obrońcy w świetle orzecznictwa sądów USA, ePalestra 2016, poz. 39/A, <http://www.e.palestra.pl/artykuly/-argumentacja-biblijna-obroncy-w-swietle-orzecznictwa-sadow-usa,262.html>.

³ G. Maroń, Argumentacja biblijna w rozważaniach ławy przysięgłych o karze śmierci w świetle orzecznictwa sądów USA, Prokuratura i Prawo 2017, nr 1, s. 94–118.

⁴ G. Maroń, Odwołania do Pisma Świętego w orzeczeniach sądów USA, Zeszyty Naukowe Uniwersytetu Rzeszowskiego, Seria Prawnicza 2016, nr 18, s. 130–164; tenże, Biblijne uwagi sędziów podczas procesu karnego w świetle orzecznictwa sądów odwoławczych USA, Studia Prawnoustrojowe 2016, t. 31, s. 131–149.

⁵ Por. B. Bernstein, M. Miller, The Use of Religion in Death Penalty Sentencing Trials, Law and Human Behavior 2006, vol. 30, s. 675–684.

⁶ State v. McCracken, 218 W.Va. 190, 192 (2005).

⁷ State v. Lloyd, 354 N.C. 76, 78 (N.C. 2001).

sma Świętego są cytowane w wersji z Biblii Tysiąclecia. Do oznaczenia poszczególnych ksiąg biblijnych przyjęto skróty stosowane w polskiej biblistyce. Z kolei przywoływane orzeczenia sądów USA są oznaczane zgodnie ze standardami stosowanymi w amerykańskim porządku prawnym.

W artykule skupiono się jedynie na prawnych aspektach posługiwania się argumentacją biblijną przez prokuratorów. Poza jego ramami pozostawiono inne pozajurydyczne kwestie, np. zagadnienie skuteczności – w sensie siły perswazyjnej – tej argumentacji z punktu widzenia założeń psychologii⁸.

2. Argumentacja prokuratora odwołująca się do Biblii

Odniesienia do Pisma Świętego wykorzystywane przez prokuratora w toku procesu karnego pełnią różną funkcję. Ze względu na łączoną z biblijnymi odniesieniami rolę można zaproponować następującą ich typologię.

Odwołania do Pisma Świętego:

a) przedstawiające przestępstwo jako czyn sprzeczny nie tylko z prawem państwowym, ale również z prawem Bożym

Najczęściej prokuratorzy przywołują Biblię w sprawach o zabójstwo. Ukazują niniejsze przestępstwo jako pogwałcenie piątego przykazania Dekalogu „Nie będziesz zabijał” (Wj 20:13). W przypadku zamordowania rodzica oskarżyciele sięgali do czwartego przykazania „Czczij ojca twego i matkę swoją, abyś długo żył na ziemi, którą Pan, Bóg twój, da tobie” (Wj 20:12) czy „Czczij swego ojca i swoją matkę, jak ci nakazał Pan, Bóg twój, abyś długo żył i aby ci się dobrze powodziło na ziemi, którą ci daje Pan, Bóg twój” (Pwt 5:16)⁹. Zabójca swoim zachowaniem narusza więc zarówno prawo świeckie, jak i prawo Boże¹⁰. W postępowaniach o kradzież czy oszustwo prokuratorzy czynili z kolei użytek z siódmego przykazania Bożego: „Nie będziesz kradł” (Wj 20:15) lub napomnienia „Nie pobierajcie nic więcej ponad to, ile

⁸ Por. M. Miller, J. Singer, A. Jehle, Identification of Circumstances under which Religion Affects Each Stage of the Trial Process, *Applied Psychology in Criminal Justice* 2008, nr 4, s. 135–171.

⁹ Zob. np. *State v. Hanson*, 176 N.W.2d 607 (Minn. 1970); *Lucas v. Com.*, 840 S.W.2d 212, 214 (Ky. 1992); *People v. Freeman*, 8 Cal.4th 450, 515 (Cal. 1994); *Robinson v. State*, 900 P.2d 389, 392 (Okla. Cr. App. 1995); *Com. v. Cook*, 544 Pa. 361, 381 (Pa. 1996); *Com. v. Messersmith*, 860 A.2d 1078, 1081 (Pa. Super. Ct. 2004); *Com. v. Neff*, 860 A.2d 1063, 1065 (Pa. Super. Ct. 2004); *Shere v. Sec'y.*, 537 F.3d 1304, 1307 (11 th Cir. 2008); *Lesko v. Wetzel* (W.D.Pa. Jan. 20, 2015).

¹⁰ *State v. Brown* 320 N.C. 179, 182 (N.C. 1987); *State v. Artis*, 325 N.C. 278, 330 (N. C. 1989); *Hammond v. State*, 264 Ga. 879, 886 (Ga. 1995); *State v. Braxton*, 352 N.C. 158, 217–218 (N.C. 2000).

wam wyznaczono” (Łk 3:13)¹¹. Natomiast oskarżony, który zdradził swoją małżonkę oraz zamordował jej matkę i rodzeństwo usłyszał słowa szóstego przykazania: „Nie będziesz cudzołożyl” (Wj 20:14)¹². W sprawach o przestępstwo przeciwko dziecku oskarżyciel przytaczał słowa Chrystusa „Wszystko, co uczyniliście jednemu z tych braci moich najmniejszych, Mnieście uczynili” (Mt 25:40)¹³.

b) ukazujące karę śmierci dla zabójcy jako dopuszczalną, a nawet nakazaną przez prawo Boże

Zwykle do wykazania biblijnej legitymacji dla retrybutywnego wymierzenia kary śmierci za zabójstwo przywoływane są fragmenty ze Starego Testamentu (Rdz 9:6; Wj 21:12–15 i 17; Lb 35:16–21 i 29–31; Kpł 24:17; Pwt 27:24), ewentualnie oskarżyciel przytacza zasadę „Oko za oko” (Wj 21:24; Kpł 24:20; Pwt 19:21)¹⁴. W sprawach o ojcobójstwo lub matkobójstwo prokurator cytował słowa: „Czcij ojca i matkę oraz: Kto złorzeczy ojcu lub matce, niech śmierć poniesie” (Mt 15:4), „Kto by uderzył swego ojca albo matkę, winien być ukarany śmiercią” (Wj 21:15) oraz „Ktokolwiek złorzeczy ojcu albo matce, będzie ukarany śmiercią: złorzeczył ojcu lub matce, ściągnął śmierć na siebie” (Kpł 20:9)¹⁵.

Niekiedy prokuratorzy czynią nawet egzegezę Dekalogu, wskazując, iż przykazanie „Nie będziesz zabijał” w zasadzie prawidłowo powinno brzmieć „Nie będziesz mordował”. Przy tej interpretacji skazanie na śmierć mordercy

¹¹ U.S. v. Amlani, 111 F.3d 705, 714 (9th Cir.1997); U.S. v. Bailey, 123 F.3d 1381, 1401 (11th Cir. 1997); U.S. v. Roach 502 F.3d 425, 433 (6th Cir. 2007); U.S. v. Hope (11th Cir. May 07, 2015).

¹² State v. Gibbs, 436 S.E.2d 321, 360 (N.C. 1993).

¹³ Com. v. Stokes, 576 Pa. 299, 307 (Pa. 2003); Com. v. Hughes, 581 Pa. 274, 350–361 (Pa. 2004); Com. v. Coffey (Pa. Super. Ct. May 29, 2013).

¹⁴ Spośród wielu spraw zob.: Thompson v. State, 581 So. 2d 1216, 1243 (Ala. Crim. App. 1991); Todd v. State, 261 Ga. 766, 776 (Ga. 1991); State v. Shurn, 866 S.W.2d 447, 464 (Mo. 1993); People v. Montiel, 855 P.2d 1277, 1309 (Cal. 1993); Ruiz v. Norris, 868 F. Supp. 1471, 1514 (E.D. Ark. 1994); People v. Mahaffey, 651 N.E.2d 1055, 1068 (Ill. 1995); Doss v. State, 709 So.2d 369, 399 (Miss. 1996); Com. v. Copenhefer, 553 Pa. 285, 319 (Pa. 1998); State v. Williams, 350 N.C. 1, 26 (N.C. 1999); People v. Welch, 20 Cal.4th 701, 761 (Cal. 1999); People v. Slaughter, 27 Cal.4th 1187, 1208–09 (Cal. 2002); Dycus v. State, 875 So. 2d 140, 171 (Miss. 2004); Lewis v. State, 277 Ga. 534, 536 (Ga. 2004); People v. Samuels, 36 Cal.4th 96, 134 (Cal. 2005); Crowe v. Head, 426 F.Supp.2d 1310, 1323 (N.D. Ga. 2005); People v. Vieira, 35 Cal.4th 264, 297 (Cal. 2005); People v. Zambrano, 41 Cal. 4th 1082, 1168 (Cal. 2007); Middlebrooks v. Bell 619 F.3d 526, 543 (6th Cir. 2010); People v. Williams, 49 Cal.4th 405, 465 (Cal. 2010); Simon v. Epps, 394 Fed.Appx. 138, 142 (5th Cir. 2010); People v. Fuiava 269 P.3d 568, 648 (Cal. 2012); People v. Tully, 282 P.3d 173, 246 (Cal. 2012).

¹⁵ Romine v. Head, 253 F.3d 1349, 1359 (11th Cir.2001); Buchanan v. State, 282 Ga. App. 298, 301 (Ga. Ct. App. 2006).

nie jest sprzeczne z Dekalogiem¹⁶, gdyż piąte przykazanie stanowi zakaz adresowany do jednostki, a nie władzy¹⁷. Obywatel, który działając w imieniu władzy zabija, np. żołnierz na wojnie czy policjant na służbie, nie narusza piątego przykazania¹⁸. Natomiast morderca uśmiercając drugiego człowieka sam pozbawia się ochrony własnego życia, skoro Pismo Święte mówi: „nie wydasz wyroku śmierci na niewinnego i sprawiedliwego” (Wj 23:7)¹⁹.

Oskarżyciele argumentują też, iż pomiędzy Starym Testamentem a Nowym nie istnieje rozbieżność w podejściu do kary śmierci. Nauczanie Jezusa o przebaczeniu i nadstawianiu drugiego policzka nie znosi Prawa Mojżeszowego w zakresie kary głównej: „Nie sądzicie, że przyszedłem znieść Prawo albo Proroków. Nie przyszedłem znieść, ale wypełnić” (Mt 5:17) oraz „Ktokolwiek więc zniósłby jedno z tych przykazań, choćby najmniejszych, i uczyłby tak ludzi, ten będzie najmniejszy w królestwie niebieskim” (Mt 5:19)²⁰. Ostatnia księga Biblii zajmuje takie samo stanowisko w kwestii kary śmierci, jak i pierwsza księga. Św. Jan w Apokalipsie przestrzega bowiem: „jeśli kto na zabicie mieczem [jest przeznaczony] – musi być mieczem zabity” (Ap 13:10)²¹. Wskazywanym przykładem z Nowego Testamentu aktualności kary śmierci jest kazus pozbawienia życia Ananiasza i Safiry, choć nie przez władzę publiczną (Dz 5:1–11)²². Karze śmierci przeciwny nie był też według oskarżycieli sam Chrystus, kiedy stwierdził do św. Piotra „wszyscy, którzy za miecz chwytają, od miecza giną” (Mt 26:52)²³.

W sprawach o zamordowanie dziecka prokuratorzy nie wahają się przywoływać słów Jezusa: „Lecz kto by się stał powodem grzechu dla jednego z tych małych, którzy wierzą we Mnie, temu byłoby lepiej kamień młyński zawiesić u szyi i utopić go w głębi morza” (Mt 18: 6, podobnie Łk 17:2; Mk 9:42). Ten sam cytat jest wykorzystywany przez oskarżycieli jako uzasadnienie potrzeby surowego ukarania ogólnie sprawców przestępstw na szkodę małoletnich, zwłaszcza oskarżonych o seksualne wykorzystanie dzieci²⁴.

¹⁶ Ferrell v. State, 686 So.2d 1324, 1327–1328 (Fla. 1996); State v. Holden, 346 N.C. 404, 433 (N.C. 1997); People v. Bradford, 14 Cal.4th 1005, 1062–63 (Cal. 1997); People v. Hughes 27 Cal. 4th 287, 391 (Cal. 2002); Manning v. Epps, 695 F. Supp.2d 323, 372 (N.D. Miss. 2009).

¹⁷ Bennett v. Angelone, 92 F.3d 1336, 1339 (4th Cir. 1996).

¹⁸ Bracy v. Gramley, 81 F. 3d 684, 685 (7th Cir. 1996).

¹⁹ People v. Williams, 45 Cal.3d 1268, 1325 (Cal. 1988).

²⁰ State v. Daniels, 337 N.C. 243, 278 (N. C. 1994); Melson v. State, 775 So. 2d 857, 892–93 (Ala. Crim. App. 1999); State v. Gell, 351 N.C. 192, 214 (N. C. 2000); podobnie Romine v. Head (1360).

²¹ Wilcher v. State, 863 So.2d 776, 823 (Miss. 2003).

²² People v. Bradford (1063).

²³ People v. Hughes (391); Carruthers v. State, 272 Ga. 306, 308 (Ga. 2000).

²⁴ Oakley v. State, 125 Tex.Crim. 258, 263 (Tex. Crim. App. 1934); Long v. State 883 P.2d 167, 177 (Okla. Crim. App. 1994); State v. Walls, 463 S.E.2d 738, 771 (N.C. 1995); State v. Holden (433); Com. v. Brown, 551 Pa. 465, 493 (Pa. 1998); State v. Bolton

W jednej ze spraw prokurator wprost zwrócił się do przysięgłych, aby zgodnie z prawem „zawiesili u szyi oskarżonego kamień młyński i wrzucili go do morza za skrzywdzenie tych małych”²⁵.

c) kwestionujące dopuszczalność okazania miłosierdzia zabójcom

Często wysiłki argumentacyjne prokuratora są ukierunkowane na wykazanie, iż zgodnie z Biblią morderca nie zasługuje na okazanie mu przez ławę przysięgłych miłosierdzia w postaci wymierzenia mu kary dożywotniego pozbawienia wolności. Przebaczenie nie oznacza darowania sprawcy należnej kary. Bóg przebaczył np. Mojżeszowi czy Królowi Dawidowi, ale nie odstąpił od kary dla nich²⁶. Podobnie Chrystus na krzyżu przebacza dobremu łotrowi i mówi mu, że jeszcze dziś będzie z nim w raju, ale jednocześnie nie chroni go przed poniesieniem kary śmierci. Jezus okazał miłosierdzie wobec jego duszy, ale nie zdecydował się – pomimo iż jako wszechmogący mógł to uczynić – zdjąć go z krzyża (Łk 23:39–43)²⁷. Zgodnie z Chrystusowym błogosławieństwem na miłosierdzie mogą rzekomo liczyć tylko ci, którzy sami je okazują innym. Jezus powiedział „Błogosławieni miłosierni, albowiem oni miłosierdzia dostąpią” (Mt 5:7), a nie „Błogosławieni nikczemni i brutalni, niegodziwi i okrutni, albowiem oni miłosierdzia dostąpią”²⁸. W opinii prokuratorów słowa Chrystusa „A Ja wam powiadam: Nie stawiajcie oporu złemu. Lecz jeśli cię kto uderzy w prawy policzek, nadstaw mu i drugi!” (Mt 5:39) oznaczają, iż nie powinniśmy indywidualnie brać zemsty w swoje ręce. Cytatu tego nie należy natomiast ich zdaniem odczytywać jako zakazywania społeczeństwu chronienia siebie przed przestępcami²⁹. W jednej ze spraw prokurator zadał nawet przysięgłym pytanie, czy sami nadstawiliby drugi policzek w zetknięciu z mordercą³⁰? Według oskarżyciela do przysięgłych decydujących o karze śmierci nie znajdują zastosowania słowa „Kto z was jest bez grzechu, niech pierwszy rzuci na nią kamień” (J 8:7), gdyż oni pełniąc swoją funkcję – a nie jako osoby prywatne – uchodzą za bezgrzesznych³¹.

(Tenn. Crim. App. 1999); State v. Walters, 588 S.E.2d 344, 367 (N.C. 2003); King v. State 857 So.2d 702, 732 (Miss. 2003); Ward v. Dretke, 420 F.3d 479, 496 (5th Cir.2005); Brathwaite v. People (V.I. Jan. 9, 2014).

²⁵ State v. Sidden, 491 S.E.2d 225, 230 (N. C. 1997). Podobnie King v. State, 282 Ga. 505, 507–508 (Ga. 2007).

²⁶ State v. Keesecker, 222 W. Va. 139, 149 (W. Va. 2008).

²⁷ People v. Ervin, 22 Cal.4th 48, 99 (Cal. 2000); State v. Haselden, 357 N.C. 1, 21–22 (N. C. 2003); People v. Lenart, 32 Cal.4th 1107, 1128 (Cal. 2004); Ward v. Dretke (496); People v. Letner And Tobin, 50 Cal.4th 99, 200 (Cal. 2010); People v. Tully (247); Farina v. Sec’y, 536 Fed.Appx. 966 (11th Cir. 2013).

²⁸ Cape v. Francis, 741 F.2d 1287, 1301 (11th Cir.1984); Rodden v. Delo, 143 F.3d 441, 447 (8th Cir. 1998); Com. v. Stokes (310).

²⁹ Minor v. State, 914 So. 2d 372, 426 (Ala. Crim. App. 2004).

³⁰ Com. v. Whitney, 511 Pa. 232, 243 (Pa. 1986).

³¹ State v. Davis, 353 N.C. 1, 28 (N. C. 2000).

d) ukazujące organy władzy publicznej jako reprezentantów Boga na ziemi

Często prokuratorzy w swej argumentacji łączyli *sacrum* i *profanum*. Nawiązując do rozdziału 13 Listu św. Pawła do Rzymian (Rz 13:1–7) przekonali, iż kompetencje funkcjonariuszy publicznych, włącznie z policjantami, prokuratorami i sędziami są nadane im przez Boga, jako Jego reprezentantom na ziemi. Zdarzało się nawet, że prokuratorzy wprost określali siebie „sługą Boga, który wyraża Jego gniew wobec źle czyniącego”³². Ławę przysięgłych mianowali z kolei „narzędziem Pana”³³ do rozstrzygnięcia czy „zgasić światło życia” oskarżonego (por. Prz 24:20)³⁴. Jej zadanie porównywano do „Boskiego osądu nikczemnych”³⁵, w ramach którego przysięgli są „związani obowiązkiem wobec Boga”³⁶. Ewentualnie prokuratorzy kompetencję sądów i ławy przysięgłych do skazywania sprawców na śmierć wywodzili z biblijnego przymierza Boga z Noe, określając władzę publiczną współczesnym Noe, który włada mieczem sprawiedliwości (Rdz 9:1–17)³⁷. Na gruncie tak pojmowanej legitymizacji władzy sprzeciw wobec ustanowionym przez nią prawom przedstawiano jako nieposłuszeństwo wobec samego Boga wymagające ukarania: „Ci zaś, którzy się przeciwstawili [władzy], ściagną na siebie wyrok potępienia” (Rz. 13:2).

Oponując argumentacji obrony, iż tylko Bóg może pozbawić życia zabójcy („Do mnie należy pomsta”, Rz 12:19), prokurator podnosił, iż kara główna nie jest pomstą. Przemawia za tym jego zdaniem biblijna chronologia, gdzie po tym, jak Bóg najpierw rezerwuje dla siebie pomstę, następują słowa mówiące, iż władza jest narzędziem Boga do wymierzania sprawiedliwej kary, w tym przy pomocy miecza. Skazywanie morderców na śmierć nie jest wchodzeniem w prerogatywy Boga do zemsty czy miłosierdzia, nie stanowi „zabawy w Boga, lecz jest czynieniem tego, co Bóg mówi”³⁸. Ława przysięgłych decydując o karze śmierci pełni rolę „Tronu Sądu”, działa z woli Boga a nie wbrew Bogu, skoro „zapłatą za grzech jest śmierć” (Rz 6:23)³⁹.

e) eksponujące religijną doniosłość oraz religijne konsekwencje przestępstwa i kary za nie

W argumentacji prokuratorów oskarżony dokonując morderstwa ośmielił się odgrywać rolę Boga, zapominając, iż to Bóg daje i odbiera życie. Mor-

³² Buttrum v. Black, 721 F. Supp. 1268, 1316 (N.D. Ga. 1989).

³³ State v. Middlebrooks, 995 S.W.2d 550, 559 (Tenn 1999).

³⁴ People v. Lucas, 333 P.3d 587, 706 (Cal. 2014).

³⁵ Lawrence v. State, 691 So. 2d 1068, 1074 (Fla. 1997).

³⁶ Coe v. Bell, 161 F.3d 320, 351 (6th Cir. 1998).

³⁷ Bennett v. Angelone (1346); Ford v. Schofield, 488 F.Supp.2d 1258, 64 (N.D. Ga.2007).

³⁸ Sandoval v. Calderon, 241 F.3d 765, 779 (9th Cir., 2001).

³⁹ Shere v. Secretary (M.D. Fla. Jul 11, 2007).

derstwo pogwałca zatem obok norm prawnych i społecznych, także normy prawa natury ustanowione przez Wszechmogącego dotyczące czasu narodzin, czasu życia i czasu umierania. Morderca wszedł w prerogatywy Boga czy ukształtowanej przez Boga natury, decydując o sposobie, miejscu i chwili śmierci ofiary. Sprawca swoim czynem zniszczył plan, jaki Bóg przewidział dla ofiary: „Wszystko ma swój czas, i jest wyznaczona godzina na wszystkie sprawy pod niebem. Jest czas rodzenia i czas umierania” (Koh 3:1–2)⁴⁰. Zło zabójstwa polega przy tym nie tylko na unicestwieniu ludzkiego życia, ale także na pozbawieniu ofiary możliwości „pojednania się z Panem”, przy zachowaniu takiej możliwości dla sprawcy⁴¹. W sprawie o seksualne wykorzystanie dzieci prokurator stwierdził, iż sprawca swoim zachowaniem stanął na przeszkodzie wypełnienia Chrystusowego wezwania: „Dopuszczcie dzieci i nie przeszkadzajcie im przyjść do Mnie; do takich bowiem należy królestwo niebieskie” (Mt 19:14)⁴². W innej sprawie prokurator zastanawiał się, czy oskarżony dał możliwość modlitwy swoim ofiarom, zanim poderżnął im gardło⁴³.

Przysięgłym, którzy nie uznają winnym sprawcy seksualnego wykorzystania dzieci prokurator zagroził, iż nie odziedziczą królestwa Bożego (Ga 5:21; Łk 18:15–17; Mk 10:13–16)⁴⁴. Z kolei przysięgłym, którzy pociągną przestępcę do odpowiedzialności obiecał nagrodę od Boga: „Szczęśliwi, którzy karzą [przestępców], spłynie na nich obfite błogosławieństwo” (Prz 24:25)⁴⁵. Niekiedy oskarżyciele wzywali przysięgłych do poprzedzenia podjęcia werdyktu modlitwą⁴⁶, czy też przywoływali dla nich pomocy Boga, stwierdzając np. „My naród stanu Connecticut prosimy was o czynienie sprawiedliwości, według słów waszej przysięgi, bez względu na osoby, tak wam dopomóż Bóg”⁴⁷.

Zdarzało się, iż wymierzenie oskarżonemu kary śmierci prokurator przedstawiał jako szansę uratowania duszy skazanego⁴⁸, ewentualnie wskazywał, iż śmierć w drodze egzekucji nie stanie na przeszkodzie osiągnięciu zbawienia i spotkaniu „z Panem w Niebie”⁴⁹. Mordercę charakteryzowano jako

⁴⁰ State v. Brown (206); Eldred v. Com. 906 S.W.2d 694, 707 (Ky 1994); Fontenot v. State, 1994 OK CR 42, 85 (Okla. Crim. App. 1994); Williams v. State, 710 So.2d 1276, 1301 (Ala. Crim. App. 1996); State v. Barrett, 343 N.C. 164, 182–183 (N.C. 1996); State v. Clemons, 946 S.W.2d 206, 230 (Mo. 1997).

⁴¹ State v. Brown (182).

⁴² People v. Bagarozzy, 132 A.D.2d 225, 234 (N.Y. App. Div. 1987).

⁴³ State v. Ahmed, 103 Ohio St.3d 27, 49 (Ohio 2004).

⁴⁴ People v. Pitts, 223 Cal.App.3d 606, 698–699 (Cal. Ct. App. 1990).

⁴⁵ State v. Bunning, 338 N.C. 483, 489 (N.C. 1994).

⁴⁶ State v. Clemons (230); Carr v. State, 267 Ga. 547, 556 (Ga. 1997); Romine v. Head (1361).

⁴⁷ State v. Camacho, 282 Conn. 328, 375 (Conn. 2007).

⁴⁸ People v. Sandoval, 4 Cal.4th 155, 193 (Cal. 1992).

⁴⁹ Farina v. Sec’y.

nie tylko aspołeczną osobę, ale „nikczemnego” człowieka, dla którego Biblia „nic nie znaczy”⁵⁰.

f) legitymizujące władze publiczne do prowadzenia niezależnej polityki karnej

Przeciwieństwem argumentów biblijnych wskazanych w punkcie d) są te, wywodzące kompetencje władz publicznych do wymierzania kar kryminalnych, w szczególności kary śmierci, z rozdziału kościoła od państwa. Źródłem tej fundamentalnej dla państw demokratycznych zasady ustrojowej oskarżyciele doszukiwali się w Piśmie Świętym. Sięgając do napomnienia Chrystusa „Oddajcie więc Cezarowi to, co należy do Cezara, a Bogu to, co należy do Boga” (Mt 22:21; Mk 12:17; Łk 12:25) tłumaczyli, że oskarżony „należy do Cezara”, czyli podlega karze śmierci według prawa stanowego lub federalnego, które jest „prawem Cezara”. W ich ocenie cytowane powyżej słowa wypełnił sam Jezus, ponosząc śmierć z mocy wyroku władzy Rzymian⁵¹.

g) przybliżające historyczną genezę poszczególnych czynów kryminalnych

Prokuratorzy powołując się na Pismo Święte wskazywali, iż wiele współcześnie występujących aspołecznych i przestępnych zachowań było znanych już w starożytności i natenczas surowo karanych. Przybliżając genezę zabójstw i kary śmierci oskarżyciel zauważył, iż pierwszą wzmianką w historii ludzkości o morderstwie jest kazus zabójstwa Abla przez swego brata Kaina⁵². W Biblii doszukiwano się też informacji o usprawiedliwionych zabójstwach, jak zabicie Goliata przez Dawida w samoobronie czy zabójstwa wroga dokonywane w ramach działań wojennych⁵³. W sprawie o seksualne wykorzystanie małoletniej prokurator podkreślając wielowiekowe społeczne potępienie dla sprawców przestępstw seksualnych nawiązał do historii zgwałcenia Diny, pomśczonego przez jej braci poprzez wymordowanie wszystkich mężczyzn z miasta, z którego pochodził napastnik (Rdz 34)⁵⁴.

W Biblii doszukiwano się też informacji o tym, iż czynniki kryminogenne, jak np. problemy psychologiczne sprawcy, znano już kilka tysięcy lat temu i nie wyłączały one odpowiedzialności karnej⁵⁵.

⁵⁰ Hooks v. State, 416 A.2d 189, 204 (Del. 1980).

⁵¹ State v. Laws, 325 N.C. 81, 120 (N.C. 1989); People v. Wash, 6 Cal.4th 215, 260 (Cal. 1993); People v. Jackson, 920 P.2d 1254, 1299 (Cal. 1996); Bennett v. Angelone (1346); Melson v. State (892); State v. Cummings, 352 N.C. 600, 628 (N. C. 2000); State v. Davis (28); Billings v. Polk, 441 F.3d 238, 249 (4th Cir. 2006).

⁵² Shell v. State, 554 So.2d 887, 899 (Miss. 1989); State v. Alston, 341 N.C. 198, 241 (N.C. 1995).

⁵³ Nixon v. State, 533 So.2d 1078, 1101 (Miss. 1987).

⁵⁴ Brathwaite v. People (V.I. Jan. 9, 2014).

⁵⁵ Berry v. State, 703 So.2d 269, 281 (Miss. 1997).

h) wyrażające uniwersalne zasady moralne czy ogólne prawidłowości ludzkiego postępowania

Biblijne cytaty nierzadko wykorzystywane są przez oskarżycieli do zobrażenia pewnych prawidłowości dotyczących ludzkiego zachowania. Przykładowo okoliczność, iż Judasz uchodził za przyzwoitego człowieka do momentu zdradzenia Jezusa za 30 srebrników, posłużyła prokuratorowi za argument, że dobra opinia o oskarżonym nie jest przesądzająca, gdyż nawet taka osoba może dopuścić się najcięższej zbrodni⁵⁶. Domniemanie faktyczne łączące winę oskarżonego z okolicznością ucieczki przez niego z miejsca zdarzenia lub aresztu wyrażano przy pomocy słów „Ucieka występny, choć go nikt nie goni, lecz prawy jest ufny jak młody lew” (Prz 28:1)⁵⁷. Wskazując na rolę emocji w popełnieniu wielu przestępstw prokurator w sprawie dotyczącej postrzelenia eksmałżonka żony oskarżonego charakteryzował motyw sprawcy przy pomocy Księgi Przysłów: „bo zazdrość pobudza gniew męża” (Prz 6: 34)⁵⁸.

Odniesienia biblijne wykorzystano do podkreślenia tego, że młody wiek czy trudne dzieciństwo sprawcy nie są okolicznościami usprawiedliwiającymi go. W reakcji na określanie oskarżonego przez obronę mianem „chłopca” czy przywoływanie jego niełatwego dorastania prokurator wskazywał, iż oskarżony dopuszczając się czynu jako osoba pełnoletnia „stał się mężem, wyżył się tego, co dziecięce” (1 Kor 13:11)⁵⁹.

W sprawie o seksualne wykorzystanie 12-letniej dziewczynki prokurator usprawiedliwiający jej problemy w trakcie przesłuchania ze zdefiniowaniem „prawdy” i „kłamstwa” zauważył, iż nie ona jedna nie rozumiała tych pojęć. Odwołał się do sceny procesu Jezusa i pytania Piłata skierowanego do Chrystusa „Co to jest prawda?”. Skoro Piłat nie wiedział czym jest prawda, gdy tymczasem prawda stała przed nim („Ja jestem drogą, prawdą i życiem”, J 14:6), to jak można oczekiwać znajomości prawdy od małoletniej pokrzywdzonej⁶⁰.

Ogólną zasadę konieczności odpowiedzialności człowieka za swoje czyny prokurator artykułował frazą „A co człowiek sieje, to i żąć będzie” (Ga 6:7–8), niekiedy przedstawiając ów cytat jako część prawa stanowego⁶¹.

⁵⁶ State v. Winfrey, 120 Ohio St.3d 1453 (Ohio 2008).

⁵⁷ Vaughan v. State, 470 N.E.2d 374, 379 (1984); People v. Mischley, 164 Mich App 478, 482 (Mich. Ct. App. 1987); Bussard v. Lockhart, 32 F.3d 322, 324 (8th Cir.1994); State v. Richardson, 995 S.W.2d 119, 126 (Tenn. Crim. App. 1998); State v. Call, 349 N.C. 382, 421 (N.C. 1998); People v. Eplett (Mich. Ct. App. Aug 07, 2012); Hager v. Com. (Ky. Ct. App. Dec 12, 2014).

⁵⁸ Watson v. Tims (N.D. Okla. Feb 01, 2013).

⁵⁹ Com. v. Spatz, 562 Pa. 498, 543–45 (Pa. 2000); Com. v. Stokes (310–11); Com. v. Hughes, (344).

⁶⁰ Brathwaite v. People (V.I. Jan. 9, 2014).

⁶¹ Williams v. State (1301); State v. Cribbs, 967 S.W.2d 773, 783 (Tenn. 1998).

Ewentualnie czynił użytek z cytatu „Szczęśliwy sprawiedliwy, bo pozyska dobro; zażywać będzie owocu swych czynów” (Iz 3:10)⁶² czy „Ciesz się prawy z czynów uczciwych” (Prz 21:15)⁶³. Innym razem prokurator sugerując, że nieukaranie sprawcy będzie tryumfem bezprawia sparafrazował Księgę Psalmów: „Jak długo występn, o Panie, jak długo będą się chełpić występn, będą pleść i gadać bezczelnie, i chwalić się będą wszyscy złoczyńcy? (Ps 94:3) oraz „O Boże, powstań, odbądź sąd nad ziemią” (Ps 82:8)⁶⁴. Zasadę, iż każdego człowieka, w tym oskarżonego, należy osądzać według jego czynów wyrażano słowami „Nie to, co wchodzi do ust, czyni człowieka nieczystym, ale co z ust wychodzi, to go czyni nieczystym” (Mt 15:11)⁶⁵, „Według słów twoich sądzę cię” (Łk 19:22)⁶⁶ czy „Poznacie ich po ich owocach” (Mt 7:16)⁶⁷.

i) stanowiące metaforyczną ilustrację okoliczności sprawy i stanowiska procesowego prokuratora

Niektóre biblijne odniesienia prokuratorów są zabiegiem czysto językowym czy oratorskim. Przy ich pomocy można w sposób barwny, obrazowy, wyrazisty, komunikatywny, scharakteryzować czyn przestępny oraz samego oskarżonego, co zwłaszcza istotne w argumentacji skierowanej do przysięgłych niebędących prawnikami.

Fakt, że oskarżony uściśnął dłoń ofiary w geście zgody, a później ją zastrzelił prokurator zestawiał z „pocałunkiem Judasza”, który ucałował Chrystusa zanim go wydał. W ten sposób dowodził, iż morderstwo było z premedytacją, a samo przywitanie się oskarżonego z ofiarą nieszczerze⁶⁸. Oskarżonej, która wspólnie z synem dokonała zabójstwa, prokurator zarzucił, iż potraktowała syna jako „baranka ofiarnego” i obdarzyła go „pocałunkiem Judasza”⁶⁹. Poczwórne dzieciobójstwo porównano do odpowiedzialności króla Heroda za „rzeź niewiniątek”, czyli uśmiercenie chłopców poniżej 2 lat⁷⁰. Słowa „Rzekł Bóg: Cóżże uczynił? Krew brata twego głośno woła ku mnie z ziemi!” (Rdz 4:10) z biblijnej historii Kaina i Abla posłużyły oskarżycielowi do ukazania roli dowodów rzeczowych, w tym dowodów z badań krwi, w ujawnieniu sprawcy morderstwa. W ten sposób prokurator podkreślił, iż chociaż zabójstwa dokonano skrycie i bez świadków, to jednak zgromadzone dowody „wołają” za ofiarę – którą na zawsze uciszono – że to oskarżony

⁶² U.S. v. Kirk, 41 M.J. 529, 533 (C.G.Ct.Crim.App. 1994).

⁶³ People v. Jorge, 171 A.D.2d 498, 488 (N.Y. App. Div. 1991).

⁶⁴ Esposito v. Humphrey (M.D. Ga. Dec 10, 2014).

⁶⁵ State of West Virginia v. Waddell (W. Va. 2014).

⁶⁶ People v. Milano (Mich. Ct. App. Apr 21, 2015).

⁶⁷ Wiley v. State, 750 So.2d 1193, 1201 (Miss. 2000).

⁶⁸ State v. Winfrey.

⁶⁹ State v. Phillips, 940 S.W.2d 512, 519 (Mo. 1997).

⁷⁰ Jackson v. State, 860 So.2d 653, 672 (Miss. 2003).

dopuścił się zbrodni⁷¹. Podobną funkcję pełniła parafraza cytatu „Kamień ze ściany zawoła, a belka budowy mu zawtóruje” (Ha 2:11)⁷². Wskazując, iż przestępstwo oskarżonego wbrew jego planom ujrzało światło dzienne, prokurator zacytował ewangelistę Marka: „Nie ma bowiem nic ukrytego, co by nie miało wyjść na jaw” (Mk 4:22)⁷³. Chcąc zwrócić uwagę na błahość motywów zabójstwa na tle rabunkowym prokurator stwierdził, iż oskarżony zabił „za mniej niż 30 srebrników”⁷⁴. Do potępienia oszustwa posłużyła oskarżycielowi parafraza słów „Nie pobierajcie nic więcej ponad to, ile wam wyznaczono” (Łk 3:13)⁷⁵. Z kolei kościół jako miejsce przestępstwa nazwano „domem Boga”⁷⁶.

Przekonując o zasadności wymierzenia kary śmierci oskarżonemu ze względu na mocne dowody prokurator użył biblijnego cytatu „zważono cię na wadze i okazałeś się zbyt lekki” (Dn 5:27)⁷⁷. W innej sprawie o zabójstwo dziecka oskarżyciel poczynił następujący wywód: „Co zrobiłby Jezus? On był cieślą i pasterzem. Miał stado owiec, gdy był młodym mężczyzną. Co zrobiłby Jezus, gdyby wilk napadł na jego stado? Mówię wam, że Jezus zrobiłby tak, aby wilk nie krzywdził jego stada. Chrystusowym stadem jesteśmy my wszyscy, między nami jest wilk, który zabił jedną z naszych owiec”⁷⁸. Osobę, którą nie przekonają silne dowody winy oskarżonego należy, w ocenie prokuratora, nazwać „niewiernym Tomaszem” (por. J 20:25)⁷⁹. Prokurator usprawiedliwiający powoływanie się na zeznania świadka z kryminalną przeszłością stwierdził: „Jeśli ścigasz diabła, to nie idziesz do nieba szukać aniołów, aby zeznawali, ale idziesz do piekła, szukać jego przyjaciół, innych diabłów do zeznawania”⁸⁰. Jeszcze innym razem oskarżyciel przekonany o swoich racjach posłużył się wobec ławy przysięgłych słowami „Chodźcie i spór ze Mną wiedźcie!” (Iz 18:1)⁸¹ oraz „W dobrych zawodach wystąpiłem, bieg ukończyłem, wiary ustrzegłem” (2 Tm 4:7)⁸².

W kilku sprawach prokuratorzy zwrócili uwagę na pewne drobne odrębności w relacji sceny ukrzyżowania Jezusa w czterech ewangeliach, np. co

⁷¹ State v. Alston (241); State v. Barden, 356 N.C. 316, 357 (N. C. 2002); State v. Camacho (379).

⁷² State v. Reid, 164 S.W.3d 286, 346 (Tenn. 2005).

⁷³ Hager v. Com.

⁷⁴ State v. Geddie, 478 S.E.2d 146, 160 (N. C. 1996); Williams v. Booker (E.D.Mich. Aug. 3, 2005).

⁷⁵ U.S. v. Bailey, 123 F.3d 1381, 1400 (11th Cir.1997).

⁷⁶ People v. Lewis, 39 Cal.4th 970, 1059–1060 (Cal. 2006).

⁷⁷ Com. v. Stokes (308).

⁷⁸ Minor v. State (427).

⁷⁹ Com. v. Stokes (308).

⁸⁰ State v. Hatcher (Tenn.Crim. App. Sept. 15, 2004).

⁸¹ Taylor v. State (Ga. Ct. App. February 19, 2009).

⁸² State v. Nesbit, 978 S.W.2d 872, 901 (Tenn. 1998). Prokurator wyraził też nadzieję, iż przysięgli będą mogli powiedzieć to samo po zakończeniu procesu.

do treści napisu umieszczonego na krzyżu (por. Mt 27:37; Mk 15:26; Łk 23:38; J 19:19). W ten sposób chcieli podkreślić, iż pewne nieścisłości w materiale dowodowym nie negują prawdy, iż oskarżony jest winny zarzucanego mu czynu, tak jak nieznaczne różnice między ewangelistami nie oznaczają, że nie doszło ukrzyżowania Chrystusa. Opisy tego samego wydarzenia mogą się różnić w szczegółach, zarazem pozostając zgodne co do jego istoty⁸³. Innym razem prokurator w reakcji na rozbieżności w zeznaniach świadków stawiające w wątpliwość ich wiarygodność przywołał cytat: „Według słów twoich sądzę cię” (Łk 19:22)⁸⁴.

Niekiedy *prima facie* biblijna argumentacja prokuratora jest taktowną, a zarazem humorystyczną repliką na religijnie naznaczone uwagi oskarżonego czy obrony. W odpowiedzi na stwierdzenie oskarżonego – któremu zarzucono, że dopuścił się przestępstwa oszustwa jako telemarketer – że przyszedł czas na 11 przykazanie „Nie będziesz telemarketerem”, prokurator odpowiedział, że wystarczy siódme przykazanie „Nie będziesz kradł”⁸⁵.

j) porównujące oskarżonego do jednoznacznie negatywnie postrzeganą postaci biblijnej

Często prokuratorzy czynili analogię pomiędzy oskarżonym a negatywnymi postaciami odnotowanymi w Biblii. Oskarżonego porównywano do sprawców napadu na mężczyznę z przypowieści o Dobrym Samarytaninie⁸⁶, diabła⁸⁷, „przedstawiciela Lucyfera czy Szatana”⁸⁸, „ucznia Szatana” i jednego z czterech jeźdźców z Apokalipsy⁸⁹, Kaina⁹⁰, wilka, który zabił owcę⁹¹, „złego” z modlitwy Ojciec Nasz⁹², „Księcia Ciemności” i „uosobienia zła”⁹³, „naczynia gniewu gotowego na zagładę” (por. Rz 9:22)⁹⁴, Goliata⁹⁵, Piłata⁹⁶,

⁸³ State v. Christeson, 50 S.W.3d 251, 269 (Mo. 2001); Moore v. U.S. (N.D. Miss. Oct 06, 2009); Powell v. State, 308 Ga. App. 489, 490 (Ga. Ct. App. 2011).

⁸⁴ People v. Milano.

⁸⁵ U.S. v. Amlani (714).

⁸⁶ Rodden v. Delo (447).

⁸⁷ State v. Hatcher (Tenn.Crim. App. Sept. 15, 2004).

⁸⁸ Fahy v. Horn, 516 F.3d 169, 201 (3d Cir. 2008).

⁸⁹ People v. Harrison, 35 Cal.4th 208, 247 (Cal. 2005).

⁹⁰ State v. Wangberg, 272 Minn. 210, 206 (Minn. 1965); Shell v. State (899); People v. Jackson (1299).

⁹¹ Minor v. State (427).

⁹² State v. Cauthern, 967 S.W.2d 726, 736 (Tenn. 1998); Cauthern v. Colson 736 F.3d 465, 474 (6th Cir.2013).

⁹³ Com. v. Whitney (246); Com. v. Henry, 569 A.2d 929, 939 (Pa. 1990).

⁹⁴ Hodges v. State, 912 So.2d 730, 752 (Miss. 2005); Manning v. State, 929 So.2d 885, 905 (Miss. 2006).

⁹⁵ Washington v. Gentry, 888 P.2d 1105, 1146 (Wash. 1995).

⁹⁶ Cheatham v. State, 900 P.2d 414, 426 (Okla. Crim. App. 1995). Prokurator stwierdził, iż oskarżony tak jak Piłat nie może zmyć krwi ofiary ze swoich rąk.

zdrajcy Judasza⁹⁷ czy ogólnie grzesznika⁹⁸. Niekiedy dla celów komparatystycznych przywoływano też pozytywnych biblijnych bohaterów, którym zdarzało się moralnie upaść, np. zaprzeczanie przez oskarżonego pewnym faktem zestawiano z trzykrotnym zaparciem się Jezusa przez św. Piotra⁹⁹.

Zwykle porównania nawiązywały do specyfiki stanu faktycznego sprawy i zachowania oskarżonego. Przykładowo guru religijnego oskarżonego o porwanie i zamordowanie pięciu wyznawców swojej sekty określono „fałszywym prorokiem”, który zgodnie z Biblią powinien być skazany na śmierć (Pwt 13:5)¹⁰⁰.

3. Argumentacja biblijna prokuratora jako przedmiot zarzutu odwoławczego

Zgodnie z ogólną zasadą prokurator może w toku postępowania argumentować w granicach obowiązującego prawa oraz faktów, co do których przeprowadzono dowody, a także w przedmiocie tego, co racjonalnie z nich wynika¹⁰¹.

Najczęściej odniesienia biblijne, czy szerzej religijne oskarżyciela, są kwestionowane przez oskarżonego w postępowaniu odwoławczym z powołaniem się na I, VI, VIII lub XIV poprawkę do Konstytucji USA. Argumentacji biblijnej zarzuca się zatem to, że przeczy ona zasadzie rozdziału kościoła od państwa (*Establishment Clause*). Obiekcje wobec *argumentum ad Scripturam* upatruje się też w tym, iż podważa on prawo oskarżonego do rozpoznania jego sprawy przez „bezstronną ławę” oraz prawo do „konfrontacji ze świadkami zeznającymi przeciwko niemu”. Podnosi się ponadto, że biblijne aluzje mogą kłócić się z zakazem „okrutnych lub wymyślnych kar”. W końcu biblijne odniesienia stawiają pod znakiem zapytania poszanowanie wymogów rzetelnego procesu (*due process*).

Zwykle wskazuje się na trzy przejawy pogwałcenia VI, VIII i XIV poprawki poprzez argumenty biblijne prokuratora. W argumentacji tego typu dostrzega się naruszenie ukierunkowanej dyskrecjonalności ławy przysięgłych (*channeled discretion*) przy podejmowaniu werdyktu, w szczególności odnośnie do kary śmierci¹⁰². Uwzględnienie i wyważenie przewidzianych prawem stano-

⁹⁷ Wright v. State, 279 Ala. 543, 550–551 (Ala. 1966); Quaid v. The State, 132 Ga. App. 478, 485 (1974); Miles v. U.S., 374 A.2d 278, 283 (D.C.Ct.App.1977); U.S. v. Frost, 914 F.2d 756, 770–771 (6th Cir. 1990); Cunningham v. Zant, 928 F.2d 1006, 1020 (11th Cir.1991).

⁹⁸ Street v. State, 636 So.2d 1297, 1303 (Fla. 1994); Gaede v. State, 801 N.W.2d 707, 711 (N.D. 2011).

⁹⁹ Wright v. State (550–551); U.S. v. Giry, 818 F.2d 120, 132 (1st Cir. 1987).

¹⁰⁰ State v. Lundgren, 653 N.E.2d 304, 319 (Ohio 1995).

¹⁰¹ Caldwell v. Mississippi, 472 U.S. 320, 329 (1985).

¹⁰² Zob. Godfrey v. Georgia, 446 U.S. 420, 428 (1980).

wym okoliczności łagodzących i zaostrzających (*mitigating and aggravating factors*) jest zastępowane lub zakłócanie sięgnięciem do źródła pozaprawnego, jakim jest Pismo Święte. Szkodliwość ingerencji biblijnych odniesień w prawidłowy proces oceny prawa i dowodów upatruje się zwłaszcza w kategoriowym charakterze biblijnych nakazów, np. zasada „oko za oko”. W argumentach religijnych widzi się nie tyle rację za określonym rozstrzygnięciem sprawy, co nakaz wydania takiego właśnie rozstrzygnięcia.

Po drugie, argumentacji biblijnej przypisuje się osłabienie poczucia odpowiedzialności przysięgłych za wydany werdykt. Jeśli rzekomo rozstrzygnięcie uprzednio określił sam Bóg, to i on wziął na siebie odium odpowiedzialności za trafność i konsekwencje wyroku. Jak podkreśla Sąd Apelacyjny dla 11 Okręgu skoro „ława przysięgłych jest uprawniona do wykonywania swej dyskrecjonalności w określaniu kary, źle czyni prokurator, podważając tę dyskrecjonalność, implikując, że on lub inna wysoka władza już podjęli staranną wymaganą decyzję”¹⁰³.

Po trzecie, w biblijnych odniesieniach prokuratora dostrzega się potencjał do rozbudzania emocji wśród przysięgłych, czyniąc ich werdykt rezultatem emocji i pasji, a nie „refleksyjnego osądu”¹⁰⁴.

Odwołanie się do Biblii czy szerzej religii przez prokuratora stanowiło przyczynę uchylenia wyroków w co najmniej 14 sprawach, w tym w 12 sprawach był to jedyny powód uwzględnienia apelacji oskarżonego. Ośmiokrotnie argumentacja biblijna prokuratora stała u podstaw uchylenia wyroku przez sądy stanowe¹⁰⁵, a sześciokrotnie przez sądy federalne¹⁰⁶. Jedynym sądem, który określił argumentację religijną oskarżyciela nakłaniającą do nałożenia kary śmierci jako błąd skutkujący automatycznie koniecznością uchylenia werdyktu (*per se reversible error*) jest Sąd Najwyższy Pensylwanii¹⁰⁷.

Praktykę orzecniczą sądów odwoławczych, które w argumentacji religijnej oskarżyciela doszukały się podstaw do wzruszenia wyroku należy ocenić niejednolicie. W niektórych sprawach zasadnie uchylono orzeczenie, w in-

¹⁰³ *Brookes v. Kemp* 762 F.2d 1383, 1410 (11th Cir. 1985). Zob. *People v. Wrest*, 3 Cal.4th 1088, 1107 (Cal. 1992).

¹⁰⁴ *Com. v. Chambers*, 528 Pa. 558, 585 (1991).

¹⁰⁵ *Oakley v. State*; *State v. Wangberg*; *Com. v. Chambers*; *Com v. Brown*; *Carruthers v. State*; *Meade v. State*, 431 So.2d 1031 (Fla. 4th DCA 1983); *People v. Hill*, 17 Cal.4th 800 (Cal. 1998); *State v. Ceballos*, 266 Conn. 364 (Conn. 2003). Zob. *M. H e n s o n*, Case Note, *Carruthers v. State: Thou Shalt Not Make Direct Religious References in Closing Argument*, *Mercer Law Review* 2001, vol. 52, s. 731–744.

¹⁰⁶ *Sandoval v. Calderon*; *Cauthern v. Colson*; *Romine v. Head*; *Farina v. Sec'y*; *U.S. v. Steinkotter*, 633 F.2d 719 (6th Cir. 1980); *Roybal v. Davis*, 148 F.Supp.3d 958 (S.D. Cal. 2015).

¹⁰⁷ Zob. *A. W a l k e r*, Comment, “The Murderer Shall Surely Be Put to Death”: The Impropriety of Biblical Arguments in the Penalty Phase of Capital Cases, *Washburn Law Journal* 2003, vol. 43, nr 1, s. 197–223; *B. D u f f y*, Barring Foul Blows: An Argument for a *per Se Reversible–Error* Rule for Prosecutors' Use of Religious Arguments in the Sentencing Phase of Capital Cases, *Vanderbilt Law Review* 1997, vol. 50, nr 5, s. 1335–1359.

nych sądy dokonały nadinterpretacji biblijnych czy religijnych odniesień prokuratora, przypisując im takie znaczenie bądź szkodliwe skutki, których one *in concreto* nie posiadały czy nie zrodziły. Za przykład drugiej kategorii spraw może posłużyć wyrok Sądu Najwyższego Connecticut w sprawie *State v. Ceballos*. Prokurator w odpowiedzi na słowa ofiary, iż Bóg ukarze ludzi, którzy kłamią, powiedział: „Oskarżonego w żaden sposób nie interesuje co Bóg zrobi mu. On martwi się, co wy ludzie uczynicie”. Broniąc wiarygodności pokrzywdzonej, stwierdził zaś, iż oskarżony chciał sprawić, aby przysięgli upatrywali w niej „czyste zło, córkę szatana”. Według sądu wypowiedź prokuratora nie tylko przywoływała religijne postacie, jak „Bóg” i „szatan”, ale także pojęcia boskiej kary za ziemskie występki. W zdaniu odrębnym sędzia Zarella zasadnie podniósł, że „wiele wyrazów i zwrotów tradycyjnie postrzeganych jako religijne w swej naturze albo wywodzące się z religijnych źródeł, stało się z upływem czasu integralną częścią języka angielskiego, i może być już nie uznawana tak przez prokuratorów jak i przysięgłych za posiadające czysto religijną treść czy pochodzenie”. Termin „szatan” nie ma wyłącznie religijnej treści, o czym świadczą słowniki językowe. Ważne jest to „jak” się używa pewnych wyrazów. Oskarżony w ocenie prokuratora chciał, abyśmy postrzegali świadka (ofiary) jako złą osobę, a nie szatana w sensie religijnym. Prokurator nie sugerował, iż oskarżony nie jest bogobojny, ale że ma bardziej pilny problem. Twierdzenie, iż cytowaną wypowiedzią prokurator przywołał pojęcia boskiej kary za ziemskie przewinienia jest nieuprawnione¹⁰⁸.

Orzecznictwo sądów odwoławczych w zakresie argumentacji biblijnej prokuratora jako zarzutu odwoławczego przejawia niejednorodność. Statystycznie najczęstszym stanowiskiem jest to, w myśl którego biblijne odniesienia oskarżyciela są kwalifikowane jako co prawda nieprawidłowe, ale zarazem finalnie nieszkodliwe lub w niewielkim stopniu szkodliwe. *Argumentum ad Scripturam* prokuratora uchodzi wówczas za błąd (*misconduct, error*), lecz nie powodujący uchylecia wyroku wydanego w postępowaniu obciążonym tego typu uchybieniem. W wielu sprawach biblijne cytaty prokuratora nie wzbudziły jednak zastrzeżeń sądów, które zakwalifikowały je jako dopuszczalną argumentację, powołując się najczęściej na szeroką swobodę oskarżyciela w doborze środków argumentacyjnych¹⁰⁹. Niekiedy tok rozumowania sądów znamionuje wewnętrzna niekonsekwencja, którą można streścić słowami „jestem za, a nawet przeciw”. Sądy „tłumaczą” bowiem cytaty biblijne na język świecki, w tym sensie, że prawidłowo wskazują, iż cytaty te mają *in concreto* wymowę czysto pozareligijną, a jednocześnie wciąż nie chcą otwarcie stwierdzić, że tego typu odniesienia są prawidłowe, określając je „niepotrzebnymi”, „źle dobranymi”, „melodramatycznymi”, „teatral-

¹⁰⁸ *State v. Ceballos* (425–431).

¹⁰⁹ Zob. *Johnson v. State*, 416 So.2d 383, 391 (Miss. 1982); *Carr v. State*, 655 So.2d 824, 853 (Miss. 1995); *Nelms & Blum Co. v. Fink*, 159 Miss. 372, 131 So. 817 (1930).

nymi” czy „nazbyt aktorską metodą wyrażania idei”¹¹⁰. Często sądy przestrzegają, iż prokuratorowi posługującemu się racjami biblijnymi w procesie blisko do naruszenia prawa, gdyż działa „na granicy oratorskiego sprytu”¹¹¹. Ewentualnie podkreślają też, że sięganie do *argumentum ad Scripturam* zagraża ekonomii procesowej, niepotrzebnie angażując wymiar sprawiedliwości do ponownego osądzenia osoby winnej¹¹².

Stosunkowo rzadko sądy sygnalizują możliwość pociągnięcia prokuratora do odpowiedzialności dyscyplinarnej w związku z jego argumentacją biblijną czy nałożenia na niego kary porządkowej w trakcie procesu¹¹³.

Sądy odwoławcze decydując o tym, czy religijna argumentacja prokuratora stanowiła błąd skutkujący potrzebą uchylecia wyroku, kierują się kilkunastoma głównymi kryteriami. Przy ich pomocy ustalają, czy racje przywołane przez oskarżyciela wyrządziły szkodę oskarżonemu, w sensie podważenia jego konstytucyjnego prawa do rzetelnego procesu. Analiza czyniona przez sądy odwoławcze ma charakter kontekstualny, czyli jest dokonywana z uwzględnieniem wszystkich okoliczności konkretnej sprawy. Do pewnego stopnia znamionuje ją nawet pewna „niuansowość”. Argumentacja biblijna prokuratora uchodzi za szkodliwą (*prejudicial*), gdy zważywszy na całokształt faktów sprawy zachodzi racjonalne prawdopodobieństwo, iż wpłynęła na wyrok sądu pierwszej instancji czy poprzedzający go werdykt ławy przysięgłych, tzn. jeśli przy braku kontestowanej argumentacji w sprawie oskarżonego zapadłby inny wyrok niż ten stanowiący przedmiot zaskarżenia. W przypadku, gdy w postępowaniu odwoławczym podniesiono kilka zarzutów bierze się pod uwagę łączny efekt błędów i uchybień prokuratora.

Istotna w ocenie szkodliwości biblijnych odniesień prokuratora jest ich natura oraz cel posłużenia się nimi. Krytycznie sądy zapatrują się zwłaszcza na przywoływanie tych biblijnych tekstów, które w swoim przesłaniu czy wymowie mają kategorię postać, np. ujmują karę śmierci dla sprawcy jako jedyną możliwą i nakazaną reakcję na dokonane przez niego zabójstwo. Sceptycyzm sądów odwoławczych budzi przedstawianie przez oskarżyciela fragmentów Pisma Świętego nie jako źródła historycznego, lecz jako aktualnie obowiązującego prawa religijnego wyrażającego przykazania i normy postępowania o charakterze *ius absolutum*. Sprzeciw wywołuje ukazywanie postanowień Biblii jako prawa wyższego rzędu czy ważniejszego wobec prawa stanowego bądź federalnego. Sądy odwoławcze potępiają sugerowanie, że to Pismo Święte stanowi właściwą dla ławy przysięgłych podstawę jej werdyktu. Z dezaprobatą spotyka się używanie religijnych odniesień, wpro-

¹¹⁰ Cheatham v. State (426); State v. Ahmed (49), State v. Winfrey; Gaede v. State (711); State of West Virginia v. Waddell; People v. Milano (Mich. App. 2015).

¹¹¹ Com. v. Henry (158). Podobnie Bonifay v. State, 680 So.2d 413, 418 (Fla. 1996).

¹¹² People v. Roldan, 35 Cal.4th 646, 733 (Cal. 2005).

¹¹³ State v. Middlebrooks (561); Com. v. Chambers (586).

wadzających przysięgłych w błąd co do obowiązującego prawa, czy też w celu wzbudzenia u nich płomiennych emocji i uprzedzeń przeciwko oskarżonemu. Ważnym czynnikiem jest to, czy dany cytat biblijny jest jednoznaczny w swej niekorzystnej dla oskarżonego interpretacji, czy też można go rozumieć na kilka sposobów, wśród których znaczeń znajdują się również te neutralne czy nawet korzystne dla oskarżonego. O sile oddziaływania religijnej argumentacji decyduje ponadto jej obszerność. Inny potencjał szkodliwości przypisuje się krótkim, marginalnym, pobocznym, czynionym *ad hoc* biblijnym uwagom prokuratora stanowiącym znikomą część całej jego argumentacji, a inny jego rozwiniętym religijnym wywodom jako świadomie zaplanowanej strategii argumentacyjnej, na podobieństwo „homilii”¹¹⁴. Pojedyncze, niezamierzone i treściowo ambiwalentne odniesienia biblijne „muszą być postrzegane łagodnie”¹¹⁵. Jak zauważa jeden z sądów, „krótkie aluzje do prawa biblijnego sprowadzają się do czegoś nieznacznie więcej niż frazesów”¹¹⁶. Nie bez znaczenia pozostaje to, czy sam prokurator wskazał na biblijny rodowód użytych argumentów, czy też sięgał do biblijnych fragmentów w ich dokładnym bądź sparafrazowanym brzmieniu bez podawania ich źródeł.

O sile oddziaływania racji religijnych przywołanych przez prokuratora na rozstrzygnięcie sprawy decyduje również siła materiału dowodowego przemawiającego przeciwko oskarżonemu oraz przebieg deliberacji ławy przysięgłych poprzedzającej jej werdykt. Prawdopodobieństwo, że to argumenty biblijne prokuratora zaważyły na wyroku jest większe w sprawach „na styku” (*close case*), gdy zgromadzone dowody ewidentnie nie świadczyły tylko na niekorzyść oskarżonego, a biblijna argumentacja dotyczyła kluczowych, a nie pobocznych wątków sprawy¹¹⁷. Do podobnych wniosków prowadzi początkowy brak jednomyślności ławy przysięgłych. Im dłużej trwały jej obrady i im więcej potrzeba było głosowań, aby przysięgli osiągnęli konsensus, tym większa skłonność sądu do wniosku, że racje religijne mogły ostatecznie ukierunkować rozstrzygnięcie sprawy. Przyjęciu takiej konkluzji sprzyja też okoliczność, iż przysięgli uczynili przedmiotem rozważań argumentację biblijną oskarżyciela.

Dużą wagę przykładają się do tego, czy argumentacja biblijna prokuratora została „sprowokowana” taką samą argumentacją obrońcy lub samego oskarżonego, tzw. „doktryna zaproszenia do odpowiedzi” (*invited response doctrine*). Niektóre sądy odwoławcze stoją na stanowisku, że poszanowanie zasady kontrydiktoryjności wymaga jednakowego traktowania obrońcy i prokuratora. Oskarżyciel jest zatem „uprawniony”, a nawet postawiony

¹¹⁴ Farina v. Sec'y.

¹¹⁵ Romine v. Head (1369).

¹¹⁶ People v. Roybal, 19 Cal.4th 481, 521 (Cal. 1998).

¹¹⁷ Gibson v. State, 501 P.2d 891, 900–901 (Okl.Crim. App. 1972).

w sytuacji „konieczności odpowiedzenia” na argumenty obrońcy, „nawet jeśli jego wypowiedź w innym wypadku byłaby niedopuszczalna”, tzw. doktryna podobnej odpowiedzi (*reply-in-kind*). Tego wymaga „przywrócenie właściwej równowagi” pomiędzy nimi¹¹⁸.

Inne sądy nie traktują argumentacji religijnej obrońcy jako okoliczności konwalidującej następczą religijną retorykę oskarżyciela. Jakkolwiek ich zdaniem biblijne uwagi adwokata nie skutkują automatycznym przyznaniem prokuratorowi „licencji na czynienie nieodpowiednich w przeciwnym wypadku argumentów”¹¹⁹, to jednak okoliczność tę trzeba wziąć pod uwagę w ocenie szkodliwości tych argumentów. Za błędne należy natomiast uznać usprawiedliwianie biblijnej argumentacji prokuratura jako wyprzedzającej strategii wobec – antycypowanej przez niego – możliwej biblijnej argumentacji obrony¹²⁰.

Sądy odwoławcze w ocenie szkodliwości biblijnej argumentacji prokuratora uwzględniają reakcję na nią w toku procesu przez obronę oraz sędziego rozpoznającego sprawę. Nie podniesienie przez obrońcę w czasie rozprawy sprzeciwu wobec religijnych uwag oskarżyciela sugeruje, iż nie traktowano ich natenczas jako zagrożenia dla poszanowania praw procesowych oskarżonego, zwłaszcza gdy sam obrońca również tego typu argumentacją się posługiwał. Z drugiej jednak strony, brak w takim przypadku sprzeciwu może być kwalifikowany jako nieefektywna obrona, co stanowi samodzielny zarzut odwoławczy. Ewentualną szkodliwość racji religijnych prokuratora osłabia czy znosi właściwa reakcja sędziego sądu pierwszej instancji, w postaci uwzględniania sprzeciwu obrońcy oraz zastosowania tzw. środków naprawczych (*curative measures*) polegających na poinformowaniu przysięgłych, aby danego argumentu oskarżyciela nie uwzględniali i potraktowali za niebyły, a werdykt oparli wyłącznie na przeprowadzonych dowodach i prawie z pominięciem jakichkolwiek zewnętrznych materiałów, do których zalicza się też Biblia. Na korzyść prokuratora przemawia również okoliczność, iż on sam polecił przysięgłym wydać werdykt według obowiązującego prawa.

Rygorizm w ocenie szkodliwości biblijnej argumentacji prokuratora zależy też od fazy postępowania, w trakcie której argumentacją tą posłużono się. Zwykle większą swobodę argumentacyjną sądy przyznają stronom postępowania w fazie decydowania o karze niż przy rozstrzygnięciu o winie oskarżonego.

¹¹⁸ U.S. v. Hope; Melson v. State (892). Podobnie People v. Sandoval (192); Davis v. State, 494 So.2d 851, 855 (Ala.Crim.App.1986).

¹¹⁹ U.S. v. Young, 470 U.S. 1, 12, (1984).

¹²⁰ State v. Hunt, 373 S.E.2d 400, 424 (N.C. 1988); State v. Bond, 478 S.E.2d 163, 182 (N.C. 1996); State v. Holden (433); State v. Haselden (24).

Nieostrość i ocenność powyżej podanych kryteriów sprawia, że w ich aplikowaniu do okoliczności konkretnej sprawy sądom przysługuje dość duży zakres dyskrecjonalności.

4. Ocena dopuszczalności argumentacji biblijnej prokuratora

O dopuszczalności lub niedopuszczalności w procesie karnym poszczególnych argumentów prokuratora powinna decydować ich treść i łączona z nimi funkcja, a nie ich rodowód. Samo źródło pochodzenia argumentu nie przesądza o jego szkodliwym wpływie dla poszanowania praw oskarżonego. Przejawem podwójnych standardów byłoby zakazywanie odniesień religijnych, ale już zezwalanie posiłkowania się analogicznymi odniesieniami niereligijnymi wywodzonymi np. z literatury czy historii. Charakter i stopień spoczywających na prokuratorach ograniczeń w posługiwaniu się argumentami biblijnymi musi korespondować z reglamentacją w sięganiu przez oskarżycieli do pozaprawnych argumentów niereligijnych. Różna natura poszczególnych typów argumentów biblijnych każe oceniać je różnie i poddać je dychotomicznej typologii na te aprobowane i te niewłaściwe.

Zbyt optymistyczne jest stanowisko, jakie prezentuje Gerald Uelman, dla którego najlepszym „lekarstwem” na biblijne uwagi prokuratora są biblijne odniesienia obrony. „Nie chodzi o to, czy Biblia wspiera czy potępia karę śmierci. Przysięgli są na tyle inteligentni, aby przyznać Biblii taką doniosłość, na jaką ona zasługuje. Prawnicy powinni mieć wolność w zwracaniu się do przysięgłych, jako że są oni rozumnymi istotami ludzkimi”¹²¹. Sprawa ludzkiego życia i śmierci jest zbyt poważna, aby można było blankietowo akceptować każdy biblijny argument oskarżyciela w *capital case*.

Pełnej swobody prokuratora w sięganiu do Pisma Świętego nie można uzasadniać posługiwaniem się biblijnymi odniesieniami przez obronę. Kontradyktoryjność amerykańskiego procesu karnego nie powinna przesłaniać tego, iż oskarżyciel w przeciwieństwie do obrońcy jest funkcjonariuszem władzy publicznej i ją reprezentuje.

Z drugiej jednak strony błędnym jest założenie, iż racje biblijne ze swej natury, jak żadne inne argumenty, wyzwalają emocje i uprzedzenia, sprawiając, że przysięgli „porzucają logikę”¹²². Zwykle przysięgli nie dają się „zwieść hiperbolicznej gwarze często używanej przez prawników podczas procesu”¹²³.

¹²¹ G. Uelman, The Nincompoops Aren't in the Jury Box, "Los Angeles Times", Nov. 19, 1991.

¹²² People v. Roldan (733).

¹²³ Quaid v. The State (485).

Nawiązując do poczynionej w artykule typologii argumentacji biblijnej prokuratora za ogólnie niedozwolone należy uznać argumenty opisane w punktach c)–e), natomiast za dozwolone argumenty scharakteryzowane w punktach f)–i). Ocena dopuszczalności argumentów wymienionych w punktach a)–b) zależy od ich treści i stojących u ich podstaw celów w konkretnej sprawie, z kolei dopuszczalność argumentu omawianego w punkcie j) jest warunkowana tym, jak na gruncie danej jurysdykcji sądy odnoszą się do analogicznych świeckich racji.

Po pierwsze, prokurator nie może wprost czy *implicite* wzywać przysięgłych bądź sąd do pominięcia obowiązującego prawa i wydania werdyktu czy orzeczenia na podstawie prawa Bożego, nawet jeśli rozstrzygnięcie to treściowo niekoniecznie przeczy prawu. Nie wolno mu twierdzić, iż prawo Boże jest ważniejsze od niekoherentnego z nim prawa stanowionego. Sceptycznie należy odnieść się do przekonywania, że Biblia wymaga konkretnego rozstrzygnięcia sprawy, zwłaszcza jeśli towarzyszy temu sugestia, iż woli Boga powinno stać się zadość niezależnie od wymogów ustawowych, np. wskazywanie przysięgłym w sprawie o zabójstwo, iż Pismo Święte wymaga od nich skazania oskarżonego na śmierć bez względu na ustawowo przewidziane okoliczności łagodzące¹²⁴. Argumentacja taka kłóci się z istotą świeckiego państwa prawa, sugerując, że to Bóg, a nie przysięgli czy sędzia biorą odpowiedzialność za rozstrzygnięcie sprawy. Rację mają te sądy odwoławcze, które sprzeciwiają się sięganiu do religijnych argumentów przedstawianych jako „prawo” bądź „przykazanie”, czyli wzorzec powinienego kategorycznego zachowania.

Po drugie, argumentacja biblijna nie może wprowadzać w błąd co do obowiązującego prawa. Oskarżyciel wykracza poza dozwoloną argumentację, gdy w oparciu o Pismo Święte twierdzi, iż niepoczytalność nie wyłącza odpowiedzialności karnej sprawcy¹²⁵. Niedopuszczalne jest, aby prokurator z ucieczką oskarżonego z miejsca zdarzenia łączył domniemanie nie tyle faktyczne co prawne jego winy¹²⁶. Podobnie jako zakazane należy uznać argumentowanie przy pomocy Pisma Świętego, iż miłosierdzie jest w stanie okazać tylko Bóg, a władza publiczna ma wymierzyć zabójcy karę śmierci bez żadnych „ale” i „jeśli”¹²⁷, skoro prawo nie traktuje kary śmierci jako jedy-

¹²⁴ Podobnie E. Brooks, Note, Thou Shalt Not Quote the Bible: Determining the Propriety of Attorney Use of Religious Philosophy and Themes in Oral Arguments, *Georgia Law Review* 1998–1999, vol. 33, s. 1174.

¹²⁵ *State v. Wangberg* (855); *Oakley v. State* (264); *People v. Eckles*, 83 Ill. App.3d 292, 300–301 (Ill App. Ct. 1980).

¹²⁶ Sędzia John Stevens w zdaniu odrębnym do jednego z wyroków Sądu Najwyższego USA zwraca uwagę, iż paremia z Księgi Przysłów (Prz 28:1) nie zawsze oddaje prawdę, a osobom niewinnym też zdarza się uciec z miejsca zdarzenia. *California v. Hodari D.*, 499 U.S. 621, 630 (1991).

¹²⁷ *Romine v. Head* (1361 i 1368). Zob. *Cobb v. Wainwright*, 609 F.2d 754, n.2 (5th Cir. 1980).

nej i obligatoryjnej za morderstwo. Nadużyciem jest też wzywianie do traktowania zeznań osób małoletnich jako prawdziwych, tylko z racji tego, iż Chrystus ukazywał dzieci jako osoby niewinne¹²⁸.

Po trzecie, prokuratorowi nie wolno przedstawiać funkcjonariuszy publicznych (oskarżyciela, przysięgłych, sędziego) jako reprezentantów czy narzędzie Boga, przy pomocy których wymierza On sprawiedliwość. Podkreślanie, że proces karny jest legitymowany a nie samozwańczy dlatego, że władza publiczna działa z woli Boga, przeczy konstytucyjnym zasadom ustrojowym. Oskarżyciel, sędzia czy przysięgły to nie „mściwy sługa Boga niosący gniew” dla czyniących zło¹²⁹. Nadużyciem jest argumentacja prokuratora sprowadzająca się do „teologicznych kwestii dotyczących uświęconej roli prokuratora jako narzędzia boskiej retribucji”¹³⁰.

Krytycznie należy odnieść się do zaakceptowanych przez sądy argumentów prokuratora w myśl których „Bóg zezwolił ludziom na posługiwanie się jego mieczem. Bóg dał nam Biblię i inne rzeczy, którymi mamy się kierować i jako społeczeństwo zgodziliśmy się, że to co czynimy poprzez Boga nie jest złem”¹³¹, czy „Nasze władze pochodzą od naszego Stwórcy”¹³².

Po czwarte, oskarżyciel powinien też unikać ukazywania prawa stanowego jako natchnionego przez Boga. Czym innym jest wskazywać na chrześcijańskie korzenie prawa czy poszczególnych instytucji prawnych, a czym innym sugerowanie, że prawo świeckie jest prawem Bożym lub mu podległym, np. nazwanie Biblii, w tym przykazania „Nie będziesz zabijał”, „prawem wyższym niż nasze prawo stanowe”¹³³.

Czasami trudno ustalić, do którego z komunikatów bliżej konkretnej wypowiedzi prokuratora, np. stwierdzenie, że „prawo ludzkie jest oparte na prawie Bożym, którego jednym z przykazań jest Nie będziesz zabijał”¹³⁴, „Biblia jest podstawą wszystkich naszych praw”¹³⁵ czy nazwanie Biblii „prawdziwą księgą prawa”¹³⁶ bądź „kamieniem węgielnym naszego prawa, prawa tej ziemi, prawa tego społeczeństwa”¹³⁷.

Prokurator może więc przekonywać, że prawo stanowe pozostaje treściowo zgodne z Biblią w przedmiocie dopuszczalności kary śmierci, zwłaszcza kiedy swoje uwagi adresuje do religijnych przysięgłych, którzy mogą obawiać się, że kara ta kłóci się z biblijnym nauczaniem. Nie wolno

¹²⁸ People v. Pitts (698–699).

¹²⁹ Sandoval v. Calderon (778).

¹³⁰ Farina v. Sec’y.

¹³¹ People v. Davenport, 11 Cal.4th 1171, 1223 (Cal. 1995).

¹³² Branch v. State, 882 So.2d 36, 77 (Miss 2004).

¹³³ State v. Wangberg (855).

¹³⁴ State v. Laws (120–121).

¹³⁵ Romine v. Head (1361).

¹³⁶ State v. Anderson and Woodley (Tenn.Crim.App. Sept. 20, 1995).

¹³⁷ Coe v. Bell (351).

mu natomiast twierdzić, iż oskarżony zasłużył na śmierć według Prawa Bożego, względnie, że wolą Boga jest skazanie go na śmierć.

Wbrew stanowisku sądów odwoławczych za niewłaściwą należy uznać wypowiedź prokuratora w brzmieniu: „Nasze ustawodawstwo, jak wicie jest rządzone przez prawa Boga i ludzi. Przedłożę wam prawo Boga. On wierzył w karę śmierci i znajdziecie ją wiele razy w Biblii”¹³⁸. Podobnie trudno zgodzić się ze stanowiskiem jednego z stanowych sądów najwyższych, że słowa prokuratora: „Przeklęty człowiek, który zabija niewinną osobę dla pieniędzy, a cały lud powinien powiedzieć amen. Nadszedł czas skazać tego człowieka, mordercę, na śmierć i pozwolić ludowi hrabstwa County powiedzieć amen” (parafraza Pwt 27:24) jedynie „zachęcały ławę do działania jako głos i sumienie wspólnoty”¹³⁹.

Po piąte, niedopuszczalne jest przekonywanie za nałożeniem kary czy konkretnej kary na oskarżonego celem zmiany jego religijnych przekonań i zbliżenia go do Boga. W swojej argumentacji prokuratorowi nie wolno zachęcać przysięgłych do kierowania się troską o duszę oskarżonego czy też odpowiedzialnością kary jako formą religijnej pokuty dla niego. Tego typu racje są pozbawione „świeckiego celu”¹⁴⁰. Podobnie niewłaściwe jest obiecywanie przysięgłym, że za podjęcie werdyktu rzekomo oczekiwanego przez Boga zostaną przez Niego nagrodzeni. Nadużyciem prokuratora jest sugerowanie, że przyjęcie wiary przez oskarżonego wymaga „sądzenia go według biblijnych standardów sprawiedliwości”¹⁴¹.

Prokurator jest natomiast legitymowany odnieść się do przekonań religijnych oskarżonego, ilekroć wcześniej sam oskarżony przywoływał swoje duchowe nawrócenie czy religijną aktywność jako okoliczności przemawiające na jego korzyść. Oskarżyciel nie powinien wprost twierdzić, że religijne nawrócenie oskarżonego zostało zmyślane. Wolno mu jednak kwestionować wpływ przekonań religijnych na zmianę życia oskarżonego. W ten pośredni sposób może podważyć szczerą rzekomą religijność oskarżonego, jej oportunistyczny charakter. W jednej ze spraw sąd za dopuszczalne potraktował sięgnięcie prokuratora do fragmentów biblijnych celem odparcia twierdzeń obrony, iż duchowe odrodzenie oskarżonego podczas pobytu w więzieniu – przejawiające się m.in. w lekturze Pisma Świętego – miało na niego wychowawczy i resocjalizacyjny wpływ. Prokurator mógł pokazać rozdźwięk między analizowaniem Biblii, a głośnymi zapewnieniami o życiu według niej.

Oskarżyciel nie powinien podczas procesu czynić też religijnych autodeklaracji, np. dzielić się z przysięgłymi swoim przeświadczeniem, iż Bóg prze-

¹³⁸ Ex Parte Waldrop, 459 So. 2d 959, 963 (Ala. 1984).

¹³⁹ State v. Gell (216).

¹⁴⁰ Brathwaite v. People (V.I. Jan. 9, 2014).

¹⁴¹ Ward v. Dretke (497).

baczy mu to, że domaga się kary śmierci dla oskarżonego¹⁴². Za niewłaściwe należy też uznać pytanie się oskarżonego i świadków, czy akceptują konkretne normy religijne¹⁴³.

Po szóste, dopuszczalne powinno być posługiwanie się biblijnymi odniesieniami w charakterze językowej metafory¹⁴⁴. Cytaty z Pisma Świętego są pomocnym narzędziem w artykułowaniu ludowej mądrości. Prokurator może sięgnąć do biblijnych przysłów, przypowieści czy historii do zobrazowania uniwersalnych zasad moralnych związanych z odpowiedzialnością człowieka za swoje czyny, do zilustrowania osobistych cnót i wad bądź społecznego ciężaru przestępstwa czy do wyeksponowania pewnych ponadczasowych prawidłowości dotyczących ludzkiego postępowania, jego motywów i następstw. Ich przesłanie często znajduje równoległe źródło także w tekstach niereligijnych. Wiele cytatów biblijnych stało się na przestrzeni wieków częścią świeckiej kultury Zachodu. Arbitralne i nieuprawnione byłoby zakazywać sięgania w toku procesu do sformułowań o religijnym rodowodzie, przy dopuszczalności świeckich aforyzmów o analogicznej funkcji. Dzięki tego typu argumentacji biblijnej przysięgłym może być łatwiej zrozumieć stan faktyczny sprawy oraz zawilości prawa.

Sądy odwoławcze prawidłowo wskazują, iż niniejsza kategoria odniesień biblijnych nie jest w swej wymowie czy w swym przesłaniu czysto religijnej natury, lecz na podobieństwo sięgania do historii, literatury, filozofii, anegdot, żartów, przysłów, osobistego doświadczenia. „Metaforyczna mowa zawsze była uznawana za dopuszczalne narzędzie w wojnie prawników”¹⁴⁵. Biblijne historie, opowieści, maksymy w kulturze Zachodu stanowią część wiedzy powszechnej. „To, że komentarze mają religijną konotację nie czyni argumentu ze swej istoty religijnego”¹⁴⁶. W jednej ze spraw prokurator porównał oskarżonego do „ucznia szatana” i „jeźdźca Apokalipsy” pomimo tego, iż prokurator był – jak sam oświadczył – osobą niereligijną¹⁴⁷.

Przykładowo biblijne słowa „Wszystko ma swój czas, i jest wyznaczona godzina na wszystkie sprawy pod niebem. Jest czas rodzenia i czas umierania, czas sadzenia i czas wrywania tego, co zasadzono” (Koh 3:1–2) mogłyby być „wykorzystane z powołaniem się na kilkanaście innych źródeł np. Shakespeare’a, Dickensa, musical «Hair», piosenkę The Byrds' «Turn, Turn,

¹⁴² Sanchez v. State, 2009 OK CR 31, 1006 (Okla. Crim. App. 2009). Sąd uznał tę uwagę za dopuszczalną, skoro prokurator nie zapewniał, że takie samo przebaczenie stanie się udziałem przysięgłych za wydanie werdyktu kary śmierci.

¹⁴³ Inaczej Shere v. Sec'y (1311).

¹⁴⁴ Tak też A. Levin, R. Levy, Persuading the Jury with Facts Not in Evidence: The Fiction–Science Spectrum, University of Pennsylvania Law Review 1956, vol. 105, s. 147.

¹⁴⁵ Taylor v. State, 49 SE 303 (Ga 1904).

¹⁴⁶ Jackson v. Epps (N.D. Miss. Sep 28, 2010).

¹⁴⁷ People v. Harrison (248).

Turn», chociaż zapewne nie z tą samą siłą przekonywania¹⁴⁸. Maksymę „A co człowiek sieje, to i żąć będzie” (Ga 6:8) uznano za „powszechną metaforę indywidualnej odpowiedzialności”¹⁴⁹, którą równie dobrze można ująć słowami „Kto sieje wiatr ten zbiera burzę”. Zdanie „Szczęśliwy sprawiedliwy, bo pozyska dobro; zażywać będzie owocu swych czynów” (Iz 3:10) potraktowano za „zdroworozsądkową obserwację ludzkiego doświadczenia, które zdało próbę czasu”¹⁵⁰. Sformułowanie „Ucieka występny, choć go nikt nie goni, lecz prawy jest ufny jak młody lew” (Prz 28:1) określono „poetycką wersją zdroworozsądkowego powiązania” ucieczki i winy¹⁵¹. Odwołanie się do Judasza i 30 srebrników potraktowano za „literacką aluzję”, w której termin Judasz „stał się częścią normalnego słownictwa” i jest definiowany jako „ten kto zdradza pod pozorem przyjaźni”¹⁵². Cytat „Komu wiele dano, od tego wiele wymagać się będzie” (Łk 12:48) według sądu „przypomina przysięgłym o ich obowiązku przestrzegania przysięgi i rozstrzygania sprawy z oddaniem, odwagą, uczciwością”¹⁵³. Słowa „Zaprawdę, powiadam wam: Wszystko, co uczyniliście jednemu z tych braci moich najmniejszych, Mnieście uczynili” (Mt 25:40) komunikują „podstawową tezę o równej sprawiedliwości na gruncie prawa”, to znaczy, że „prawo jest stosowane równo celem zapewnienia ochrony czy sprawiedliwości także tym najuboższemu, a nie tylko tym będącym u władzy”¹⁵⁴.

Nie bez racji jeden z sądów zauważył, że „Znaczej części naszej codziennej mowy i wyrażeń idiomatycznych można przypisać biblijne źródła. Zakazanie wszystkich takich fraz bazujące na ich etymologii mogłoby ostatecznie posłużyć do zakazania większości mowy, czy z pewnością większości mowy dotyczącej spraw moralnych, takich jak odpowiedzialność karna”¹⁵⁵. Mając to na uwadze należy zaakceptować posługiwanie się przez prokuratora „biblijnymi cytatami dla celów ilustracyjnych tak długo, jak nie przeinacza faktów i prawa”¹⁵⁶.

Po siódme, nie powinna budzić wątpliwości możliwość sięgania do Piśma Świętego jako źródła historycznego w celu ukazania starożytnego rodowodu poszczególnych instytucji prawnych oraz społecznych postaw do partykularnych czynów kryminalnych. Dopuszczalne jest więc przywołanie Biblii dla przybliżenia historii kary śmierci, uzasadnienia łączonej z nią funkcji odpłaty i odstraszenia oraz wielowiekowej społecznej aprobaty dla

¹⁴⁸ Eldred v. Com. (707).

¹⁴⁹ State v. Cribbs (784).

¹⁵⁰ U.S. v. Kirk (533).

¹⁵¹ Bussard v. Lockhart (324).

¹⁵² Gaede v. State (711).

¹⁵³ U.S. v. Bailey (1401).

¹⁵⁴ Com v. Coffey.

¹⁵⁵ Com. v. Spatz (544).

¹⁵⁶ People v. Eplett.

niej z jednoczesnym wskazaniem podobieństw i różnic pomiędzy prawem biblijnym a prawem stanowym. Pismo Święte w tej kwestii jest równie uprawnionym punktem komparatystycznego odniesienia, co np. kodeks Hammurabiego¹⁵⁷.

Po ósme, o dopuszczalności porównywania oskarżonego do biblijnych złych charakterów (np. Piłata, Heroda, ucznia szatana) powinno decydować to, czy w praktyce orzeczniczej danego stanu akceptuje się porównywanie sprawcy do analogicznych świeckich nikczemnych osób i kryminalistów, np. Adolfa Hitlera, Charlesa Mansona, Al Capone czy Saddama Husajna.

W końcu, niektóre biblijne uwagi prokuratora nie tylko, że nie podważają prawa oskarżonego do uczciwego procesu, co wręcz zachęcają przysięgłych do rzetelnego rozpoznania sprawy w oparciu o prawo i dowody bez kierowania się emocjami i sentymentami: „Nie sądźcie z zewnętrznych pozorów, lecz wydajcie wyrok sprawiedliwy” (J 7:24). Do zwrócenia przysięgłym uwagi na potrzebę odpowiedzialnego pełnienia funkcji posłużyła przestroga, aby nie postępowali jak faryzeusze, którzy „przecedzają komary, a połykają wielbłąda!” (Mt 23:24)¹⁵⁸. Niekiedy oskarżyciele sygnalizowali, iż Biblia w *capital cases* nie jest konkluzywnym narzędziem argumentacyjnym, gdyż można w niej znaleźć wypowiedzi zarówno za, jak i przeciwko karze śmierci¹⁵⁹. Ława przysięgłych powinna zatem kierować się wyłącznie prawem stanowym, gdyż kwestia kary śmierci to nie sprawa „po której stronie jest Bóg”¹⁶⁰. Prawidłowo niektóre sądy odwoławcze zinterpretowały zacytowanie przez prokuratora słów Chrystusa „Oddajcie więc Cezarowi to, co należy do Cezara” jako wyartykułowanie obowiązku przestrzegania przez przysięgłych świeckiego prawa¹⁶¹. Podobnie słowa „Ucieka występny, choć go nikt nie goni, lecz prawy jest ufny jak młody lew” – skierowane przez prokuratora do przysięgłych – zrozumiano jako „zachęcenie ławy przysięgłych do zaakceptowania swojego prawnego obowiązku i wydania rozstrzygnięcia, a nie scedowania tego zadania”¹⁶² na Boga.

Jednym z wyznaczników celu, dla którego prokurator posłużył się biblijnym odniesieniem jest sposób eksponowania przez niego źródła tego odniesienia. Jakkolwiek nie trzeba ukrywać biblijnego pochodzenia argumentu, to prokurator kilkakrotnie powtarzając, iż cytaty wywodzi się właśnie z Biblii, nie

¹⁵⁷ *Greene v. State*, 266 Ga. 439, 450 (Ga. 1996); *People v. Abilez*, 41 Cal.4th 472, 527(Cal. 2007); *People v. Garcia* (Cal. Ct. App., April 7, 2011).

¹⁵⁸ *Williams v. State* (1301).

¹⁵⁹ *State v. Rouse*, 339 N.C. 59, 94 (N. C. 1994); *State v. Walls* (61).

¹⁶⁰ *People v. Arias*, 13 Cal.4th 92, 179–180 (Cal. 1996).

¹⁶¹ *State v. Cummings* (629); *People v. Jackson* (1242).

¹⁶² *Walker v. State* 653 S.E.2d 439 (Ga. 2007).

tyłe posiłkuje się nim ze względu na jego wartość merytoryczną, co jego siłę perswazyjną zdaje się upatrywać w jego religijnym wymiarze.

5. Zakończenie

Kwestii dopuszczalności argumentacji biblijnej prokuratora nie można rozstrzygać w kategoriach zero-jedynkowego „tak” lub „nie”. Nietrafne jest stanowisko powszechnej i poniekąd blankietowej aprobaty dla sięgania przez oskarżyciela do Pisma Świętego, nie dostrzegające w tej praktyce żadnych niebezpieczeństw dla poszanowania prawa oskarżonego do rzetelnego procesu czy innych konstytucyjnych zasad prawa. Grozi ono przekształceniem procesu karnego w „rywalizację teologii”¹⁶³, w którym prokurator wytacza „piekielny ogień i siarczane mini kazanie”¹⁶⁴, ewentualnie skutkuje uczynieniem z sali rozpraw miejsca „modlitewnego spotkania”¹⁶⁵.

Zakazywanie prokuratorowi sięgania do niektórych biblijnych odniesień bynajmniej nie oznacza deprecjonowania ich roli poza procesem karnym, a jedynie to, że jakkolwiek „godne najwyższej osobistej uwagi”¹⁶⁶ czy „godne najwyższego szacunku we właściwym kontekście”, to jednak „nie mają miejsca w naszych niekościelnych sądach”¹⁶⁷.

Z drugiej jednak strony doszukiwanie się w biblijnej argumentacji prokuratora błędu skutkującego automatycznie uchynieniem wyroku też jest błędne, gdyż w sposób nieuprawniony zrównuje wszystkie odniesienia do Pisma Świętego niezależnie od ich natury i celów, którym służyły. Podejście takie nie uwzględnia różnorodności *argumentum ad Scripturam* oraz wysoce niejednolitego „potencjału” wpłynięcia poszczególnych z tych argumentów na przebieg postępowania sądowego i jego rozstrzygnięcie. Aprioryczne założenie, że każda aluzja do Biblii jest szkodliwa dla procesu orzeczniczego pozostaje kontrfaktyczne.

Szereg biblijnych odniesień jest jedynie *prima facie* religijnej natury. Jakkolwiek wywodzą się z świętej księgi judaizmu i chrześcijaństwa, to z upływem czasu uległy „zeświecczeniu”, stając się częścią laickiej kultury, w tym popkultury. Ewentualnie obok wymiaru religijnego pozyskały równoległy wymiar świecki. Zatem „nie każde odniesienie do Biblii jest odwołaniem się do religijnego autorytetu. Biblia jest nie tylko religijnym tekstem, ale uważa się ją ogólnie za literackie arcydzieło; rzeczywiście znajduje się ona pośród najstarszych i najlepiej znanych literackich dzieł w naszej kulturze”¹⁶⁸.

¹⁶³ State v. Debler, 856 S.W.2d 641, 656 (Mo. 1993).

¹⁶⁴ Romine v. Head (1369).

¹⁶⁵ State v. Ahmed (49).

¹⁶⁶ King v. State (732).

¹⁶⁷ Bennett v. Angelone (1346). Zob. Com. v. Chambers (586).

¹⁶⁸ People v. Harrison (248).

Przejawem ignorancji byłoby nie dostrzeganie tego, że nie tylko język w państwach cywilizacji Zachodu pozostaje pod wpływem Pisma Świętego i chrześcijaństwa, ale także i samo prawo. Nie bez powodu Sąd Najwyższy USA stwierdził, iż „religia chrześcijańska jest częścią *common law*”¹⁶⁹, a Amerykanie stanowią „chrześcijański Naród”¹⁷⁰. Jakkolwiek współcześnie pierwsze z powyższych sformułowań nie uchodzi za aktualne, to jednak wciąż w wielu instytucjach prawnych dostrzec można oddziaływanie chrześcijaństwa. Niektóre z nich wywodzą nawet swoje nazwy z Pisma Świętego, np. „prawo dobrego Samarytanina”.

Jak trafnie zauważa, sędzia Gary Lumpkin „sądy ze zbytnią fobią reagują na jakiegokolwiek odniesienia do Boga czy Biblii” Tymczasem, „gdy przeglądnijemy dzieła wielkich amerykańskich mówców i prawników, takich jak Abraham Lincoln, William Jennings Bryan a nawet agnostyka Clarence’a Darrowa, to znajdziemy w nich cytaty z Biblii i odniesienia do Boga”¹⁷¹.

Do argumentacji biblijnej prokuratora należy podchodzić racjonalnie, a nie emocjonalnie czy sentymentalnie. Niepożądana jest zarówno postawa laksyzmu, ale i rygoryzmu. O dopuszczalności sięgnięcia przez oskarżyciela do konkretnego fragmentu Pisma Świętego powinien decydować nie osobisty stosunek do świętej księgi judaizmu i chrześcijaństwa, ale kontekstualnie ustalona zgodność tego argumentu z zasadami ustrojowymi i prawami oskarżonego.

Biblical argumentation of prosecutors in the light of the U.S. courts' rulings

Abstract

This paper discusses a particular type of argumentation, i.e. biblical argumentation, used in criminal proceedings by U.S. prosecutors. It offers a typology of references public prosecutors make to the Holy Bible. It also outlines ruling practices of courts which examine a prosecutor' biblical arguments as a subject matter of defences in appeal. The present text proposes to classify the arguments into those permissible and impermissible in crimi-

¹⁶⁹ Vidal v. Girard's Executors, 43 U.S. 128, 177.

¹⁷⁰ Church of the Holy Trinity v. U.S., 143 U.S. 457 (1892).

¹⁷¹ Malone v. State, 2007 OK CR 34, 234 (Okla. Crim. App. 2007) (zdanie odrębne sędziego Lumpkina).

nal proceedings. It is claimed that, due to the internal variety of, and a range of functions attributed to argumentum ad Scripturam, it is by no way possible to see all instances, in which a prosecutor relays on the Holy Bible, as threats to a defendant's right to fair proceedings or to constitutional system principles.

Adam Sygit

Sporne kwestie na tle prawnokarnej ochrony znaków granicznych

Streszczenie

Redakcja przepisu penalizującego zachowania naruszające znaki graniczne – mimo wielowiekowej tradycji ustawodawczej i przekonania o jego „nieśmiertelnym bycie” – budzi ciągle rozliczne spory. Autor wylicza je i podejmuje próbę ich rozwiązania, która może być użyteczna dla ustawodawcy i praktyki prokuratorsko-sądowej. De lege ferenda poza usunięciem zastrzeżeń co do aktualnego brzmienia, Autor proponuje rozszerzenie ochrony znaków granicznych w ustawodawstwie karnym.

I.

Problematyka prawnokarnej ochrony znaków granicznych jest postępowana w naszym piśmiennictwie. Poza artykułami przyczynkarskimi Wójcika¹ i Stefańskiego², problem ten podejmowano co najwyżej w komentarzach kolejnych kodeksów karnych³, opracowaniach systemowych⁴ lub monografiach dotyczących przestępstw przeciwko dokumentom⁵. Nie była też przedmiotem poważniejszych badań empirycznych⁶. Usprawiedliwienia takiej sytuacji można doszukiwać się w stosunkowo małej liczbie stwierdza-

¹ L. Wójcik, Ochrona prawna znaków granicznych, Głos Sądownictwa 1938, nr 3, s. 192–199.

² R. A. Stefański, Przestępstwo niszczenia znaków granicznych – art. 277 k.k., Prokuratura i Prawo 2001, nr 10, s. 43–50.

³ Zob. np. Komentarze: L. Peiper, Komentarz do Kodeksu Karnego i Prawa o Wykroczeniach, Kraków 1936, s. 399–401; J. Nisenson, M. Siewierski, Kodeks Karny i Prawo o Wykroczeniach z komentarzem i orzecnictwem Sądu Najwyższego, Częstochowa 1945, wyd. V, s. 177–178; J. Wojciechowski, Kodeks Karny. Komentarz. Orzecznictwo, Warszawa 1997, s. 480–481; M. Mozgawa, Kodeks Karny. Praktyczny Komentarz, Zakamycze 2006, s. 532–533.

⁴ Przykładowo: L. Gardocki (red.), System Prawa Karnego, t. VIII, Warszawa 2013, s. 1066–1069.

⁵ Przykładowo: J. Błachut, Dokument jako przedmiot ochrony prawnokarnej, Warszawa 2011, s. 107–109; J. Piórkowska-Flieger, Fałsz dokumentu w polskim prawie karnym, Kantor Wydawniczy Zakamycze, Kraków 2004, s. 245–248.

⁶ Nie ogłoszono dotąd żadnych wyników badań aktowych dotyczących tego przestępstwa. Aktualnie badania takie przeprowadza Autor niniejszego opracowania.

nych w praktyce naruszeń przepisów chroniących znaki graniczne (art. 277 obecnego k.k.), skoro np. od 1999 r. ich roczna ilość nie przekracza dwustu przypadków⁷. W efekcie marginesowego traktowania przez naukę tego zjawiska – czeka na rozwiązanie wiele kwestii spornych, jakie rodzi nie tylko samo brzmienie art. 277 k.k. (o czym mowa w dalszej części artykułu), ale i jego miejsce w części szczególnej kodeksu karnego. Sytuacja taka jest tym bardziej niepokojąca, gdy uwzględnić, że przepisy penalizujące tego rodzaju zachowania, o niezmiennym w zasadzie brzmieniu, należą do najstarszych przestępstw w historii ustawodawstwa karnego⁸. Stan taki wymaga podjęcia strategicznych decyzji – albo depenalizacji tych zachowań (z racji malejącego odsetka ujawnianych przypadków), uznania ich za anachroniczne i porzucenie na cywilnoprawnej ochronie granic nieruchomości gruntowych – albo rozstrzygnięcia budzących niepokój spornych kwestii na tle obecnej redakcji art. 277 k.k. i w efekcie pozostawienie tego przepisu w ramach kodeksu. Publikacja ta ma ambicję ukazania problemu legislacyjnego, jaki rodzi ochrona prawnokarna znaków granicznych i przyczynienia się do jego rozwiązania.

II.

Oczywiste jest, że grunty rolne, (a szerzej ziemia), były dla człowieka zawsze najważniejszym dobrem gospodarczym⁹. Problem rozgraniczania i oznaczania ich granic zrodził się z chwilą rozdzielenia znanej początkowo zbiorowej formy ich własności. Przejście do własności indywidualnej wymagało wypracowania sposobów ich rozgraniczania. Dlatego też granice stały się zmaterializowaną w terenie linią oddzielającą grunty stanowiące odrębną własność i określającą ich zakres¹⁰. Dla jej zobrazowania stawiano początkowo kamienie (tzw. kudarru)¹¹. Przykładowo w Babilonii, były one także dowodem przejścia ziemi na własność indywidualną, a potem – że własność przeszła na nowego nabywcę¹². Każda własność i obrót ziemią był dodatkowo rejestrowany¹³. Stąd zrozumiałe jest, dlaczego już prawo antyczne za-

⁷ Zob.: <http://statystyka.policja.pl/st.kodekskarny,przestepstwa-przeciwko15/640000>.

⁸ Zob. np. opinię J. Śliwowskiego, *Prawo karne*, Warszawa 1975, s. 556, czy W. Wołodkiewicza (red.), *Prawo rzymskie, Słownik encyklopedyczny*, Warszawa 1986, s. 219.

⁹ D. Felczenloben, *Rozgraniczanie nieruchomości*, Warszawa 2010, s. 19.

¹⁰ D. Felczenloben, *Granice nieruchomości i sposoby ich ustalania*, Warszawa 2013, s. 24; tegoż, *Rozgraniczanie...*, *op. cit.*, s. 7.

¹¹ R. Taubenschlag, *Rzymskie prawo prywatne na tle praw antycznych*, Warszawa 1955, s. 114; D. Felczenloben, *Granice nieruchomości i sposoby ich ustalania*, s. 24–25.

¹² R. Taubenschlag, *Rzymskie prawo...*, s. 114, 116.

¹³ Rejestry znano np. w prawie Aleksandryjskim (R. Taubenschlag..., s. 116–117). W Anglii zwano je „księgami starszego sądu”, (D. Felczenloben, *Granice...*, s. 46), a w Egipcie – diastromata (D. Felczenloben, *Granice...*, s. 46). Szczytową ich formą stało się zakła-

braniało samowolnej zmiany granicy gruntów. Zakazy takie znało np. prawo staroizraelskie¹⁴, antyczne prawo rzymskie okresu królewskiego¹⁵, czy prawo staroasyryjskie¹⁶. Ich naruszanie surowo karano¹⁷. Wynikało to stąd, że np. dla Rzymian pogwałcenie prawa własności przez przesunięcie granicy gruntu, było nie tylko uszkodzeniem majątku, nieposzanowaniem wolności właściciela jako współobywatela i jednocześnie obrazą jego godności – ale przede wszystkim godziło w niewzruszalność (stałość) granic, które były pod ochroną bogów¹⁸. Właśnie ten sakralny charakter gruntu i jego granic uzasadniał tak wczesną penalizację tych zachowań¹⁹.

III.

Władający ziemią od dawna więc byli zainteresowani wizualizacją przebiegu granic wyznaczających zasięg prawa własności²⁰. Ta wizualizacja przeszła długą ewolucję. Przykładowo w dolinie Eufratu i Tygrysu ok. 4 tysiące lat p.n.e. punkty graniczne stabilizowano kamieniami (stelami) granicznymi²¹. W starożytnej Grecji oznaczano je głazami (zwanymi horoi)²². Według Prawa XII Tablic, aby granice nie były wątpliwe, należało zostawić wolne miejsca między gruntami, tzw. miedze²³. Środkiem ich przebiegała granica, dzieląc je na pasy o szerokości 2½ stopy²⁴. Zwyczaj oznaczania granic własności znany był też przez Słowian. Początkowo wykorzystywano w tym celu np. naturalne przeszkody terenowe (rzeki, jeziora, lasy, bagna,

danie ksiąg wieczystych, które w dziale I-O zawierają m.in. oznaczenia nieruchomości i jej położenia (R. Malina, M. Kowalczyk, Geodezja katastralna, Katowice 2011, s. 51–59).

¹⁴ Prawo Mojżesza, Księga Powtórzonego Prawa (B. Sygit, Historia prawa kryminalnego, Toruń 2007, s. 87).

¹⁵ W. Litewski, Rzymski proces karny, Kraków 2003, s. 24.

¹⁶ Zob. M. Schorr, Pomnik prawa staroasyryjskiego z XIV w. przed Chrystusem, Lwów 1923, kol. IV 11–19 § VIII, s. 36; kol. VII, 19–26, § XXI, s. 40.

¹⁷ Przykładowo według prawa asyryjskiego – sprawca musiał zapłacić potrójną wartość gruntu, o którą przesunął granicę – a ponadto ulegał innym karom (obcięcie palca, 100 plag, przymusowa służba wojskowa przez miesiąc (§ 36 kol. IV, 11–19, Pomnik..., s. 36).

¹⁸ cyt. za B. Łapicki, Prawo rzymskie, Warszawa 1948, s. 73.

¹⁹ B. Łapicki, *op. cit.*, s. 73.

²⁰ S. Rudnicki, Sąsiedztwo nieruchomości, Kantor Wydawniczy Zakamycze, Kraków 1999, s. 95.

²¹ J. Wołski, Kaster podatku gruntowego na ziemiach polskich, Przegląd Geograficzny, nr 73, poz. 1–2, s. 107–108 (cyt. za: D. Felcenloben, Granice..., s. 24).

²² Na kamiennych głazach umieszczano np. dane o posiadaczu gruntu, o długach zabezpieczonych na tym gruncie, cyt. za: D. Felcenloben, Granice..., s. 25.

²³ Pochodziło z 451–450 r. p.n.e. Tablice te nie zachowały się. Odtworzono je na podstawie informacji o nich w pamięci Rzymian (zob. B. Sygit, Historia prawa kryminalnego, Toruń 2007, s. 102; zob. też D. Felcenloben, Granice..., s. 29).

²⁴ D. Felcenloben, Granice..., s. 30; R. Taubenschlag, Rzymskie..., s. 137.

dukty, itd.), albo specjalnie usypywano wały graniczne, czy kopce²⁵. Z czasem formy tych oznaczeń uległy wzbogaceniu. Były one też wykorzystywane jako dowody w sporach o granice²⁶. Nazwano je znakami granicznymi²⁷. Aktualnie znaki te są pojęciem prawnym. Zgodnie z § 2 pkt 4 rozporządzenia Ministrów Spraw Wewnętrznych i Administracji oraz Rolnictwa i Gospodarki Żywnościowej z 14 kwietnia 1999 r. o rozgraniczeniu nieruchomości, Dz. U. Nr 45, poz. 453 – znak graniczny to znak z trwałego materiału umieszczony w punkcie granicznym lub trwały element zagospodarowania terenu znajdujący się w tym punkcie. Trzeba przy tym odnotować, że poza tym pojęciem – prawo zna również tzw. znak geodezyjny. Według art. 2 pkt 5 ustawy z dnia 17 maja 1989 r. – Prawo geodezyjne i kartograficzne (Dz. U. Nr 30, poz. 163 ze zm.), znaki geodezyjne, to znaki z trwałego materiału, określające położenie punktów osnowy geodezyjnej. Tym samym znaki geodezyjne nie są znakami granicznymi. To dwa oddzielne pojęcia²⁸. W konsekwencji niszczenie, uszkodzenie, czy przemieszczanie znaków geodezyjnych nie jest karane z art. 277 k.k., ale z art. 48 ust. 1 pkt 3 cyt. ustawy Prawo geodezyjne i kartograficzne. Mimo, że oba znaki nie są tożsame, w praktyce mogą się pokrywać, gdy znaki graniczne będą równocześnie punktami osnowy.

Rozpoznawanie znaku granicznego nie jest w praktyce trudne²⁹, utrwała się je bowiem na gruncie znakami naziemnymi, które wykonuje się z betonu, kamienia naturalnego lub innego trwałego materiału. Znaki graniczne mogą mieć też postać podziemną, do wykonania której używa się rurki drenarskie, butelki, płytki betonowe lub inne podobne przedmioty. W praktyce geodezyjnej ustawia się więc albo znaki graniczne naziemne i podziemne, albo tylko naziemne, albo tylko podziemne. Na terenach o utwardzonej nawierzchni nie jest wymagane umieszczanie znaków podziemnych. Utrwalanie punktów granicznych zaimpregnowanymi palami drewnianymi wykonuje się jedynie na terenach grząskich i podmokłych. Znaki graniczne rozmieszcza się w odległości dobrej widoczności z punktu na punkt, w odstępach nie większych niż 200 m. W przypadku granic naturalnych nieregularnych, znaki graniczne

²⁵ Granice państwa oznaczano dodatkowo tzw. słupami Chrobrego, Z. Gloger, Encyklopedia staropolska ilustrowana, Warszawa 1989, cyt. za: D. Felczenloben, Granice..., s. 50.

²⁶ Szerzej na temat zob. w pracy D. Felczenloben, Granice..., s. 50–52, 141–142, 213–214.

²⁷ O znakach granicznych już była mowa w uchwalonym w dniu 26 kwietnia 1818 r. Prawie o normalnym rozgraniczaniu nieruchomości gruntowych w kraju Królestwa Polskiego (zob. A. Karwicki, Proces graniczny, Wilno 1827, s. XXX; D. Felczenloben, Granice..., s. 127–128, 141–142). Znał je również pierwszy polski kodeks karny z 1818 r.

²⁸ Zd. Z. Śmiałowskiej-Uberman (Prawo geodezyjne i kartograficzne. Komentarz, Katowice 1999 r., s. 218) te pojęcia są równoznaczne („znak graniczny jest znakiem geodezyjnym”), ale przepisy dotyczące znaku geodezyjnego mogą mieć zastosowanie do znaku graficznego tylko wtedy, gdy „znaki graniczne będą równocześnie punktami osnowy”, tamże, s. 218.

²⁹ Budowę znaków i zasady ich rozmieszczania cyt. za Z. Śmiałowska-Uberman, *op. cit.*, s. 128.

osadza się w głównych punktach załamania granicy lub w ich pobliżu. Opisy rozmieszczenia punktów granicznych zamieszcza się w protokole granicznym lub w akcie ugody i nanosi je na szkic graniczny.

IV.

Poza cechami wizualnymi znaków granicznych (tzw. znaki graniczne naziemne), lub których istnienie można stwierdzić (tzw. znaki graniczne podziemne) kolejnymi są:

- 1) prawo ustanawiania ich jedynie przez osoby uprawnione przez prawo geodezyjne i kartograficzne oraz
- 2) umiejscowienie ich zgodnie ze stanem określonym w państwowym zbiorze geodezyjnym i kartograficznym oraz w dziale I ksiąg wieczystych.

V.

Funkcje i znaczenie znaków granicznych są traktowane w piśmiennictwie różnorodnie. Przede wszystkim dokumentują, utrwalają przebieg granicy, czyli linii rozgraniczającej nieruchomości gruntowe, określają ją, wytyczają, wizualizują, urzeczywistniają ją, czy wyznaczają³⁰. Mają znaczenie dowodu w sensie prawnym, szczególnie w postępowaniu granicznym co do przebiegu granicy w terenie³¹, mają podobną moc, jak dokumenty³², wreszcie są gwarantem pewności stanu prawnego nieruchomości³³. Przede wszystkim jednak: 1) znaki graniczne są konsekwencją i jednym z narzędzi urzeczywistniania w praktyce konstytucyjnego prawa ochrony własności (art. 64), 2) prawna granica, czyli ujawniona w księdze wieczystej, nie miałaby racji bytu bez umieszczenia znaku granicznego na gruncie, 3) znaki graniczne (a szczególnie ich stan lub usytuowanie), będą w postępowaniu karnym dowodem ich naruszenia. Omawiając pokrótce funkcje i znaczenie tych znaków nie sposób nie wspomnieć o wpływie stanu znaku granicznego na zapisy w państwowym zbiorze geodezyjnym i kartograficznym. Jest bezsporne, że wszelkie manipulacje przy znakach (ich usuwanie, zniszczenie, itp.), nie mają wpływu na treść zapisów w tych zbiorach, a więc nienaruszona zostaje ich

³⁰ Zob. np. S. Rudnicki, *op. cit.*, s. 76; Z. Śmiałowska-Uberman, *op. cit.*, s. 190.

³¹ Zob. np. M. Siewierski, *Kodeks Karny, op. cit.*, s. 227; D. Felczenloben, *Granice, op. cit.*, s. 249–250; L. Wójcik, *Ochrona, op. cit.*, s. 198; W. Wolter, w pr. zb. I. Andrejew, W. Świda, W. Wolter, *Kodeks Karny z Komentarzem*, Warszawa 1973, s. 824.

³² W. Wróbel, (w:) A. Zoll, *Komentarz. Kodeks Karny, cz. Szczegółowa*, t. II, Kraków 2008, s. 1367.

³³ J. Piórkowska-Flieger, (w:) *System prawa karnego*, pod red. L. Gardockiego, Warszawa 2013, s. 1068.

wiarygodność i nie zostanie unicestwiony stan prawny nieruchomości. Stałość bowiem granicy może podważyć tylko zmiana stanu prawnego nieruchomości³⁴. Naruszenie znaków granicznych i w efekcie niezgodność stanu faktycznego na gruncie z zapisami w zbiorach, będzie więc jedynie dowodem popełnienia przestępstwa, bez żadnych konsekwencji w zakresie uszczuplenia prawa własności w księgach wieczystych i na gruncie, skoro po ujawnieniu tego przestępstwa prawo przewiduje procedurę wznowienia znaków granicznych (art. 39 Prawa geodezyjnego i kartograficznego). W każdym razie trzeba przyznać, że bez tych znaków trudno byłoby w terenie właścicielom gruntów, czy władającym, znać przebieg granic swojej nieruchomości i w efekcie ustrzeżać się korzystania z cudzego gruntu. W praktyce geodezyjnej zaś domniemuje się, że znak graniczny wyznacza granice zgodnie z ich przebiegiem w zasobie geodezyjnym i kartograficznym. Dopiero zbadanie zgodności tego usytuowania daje pewność, że znak w istocie wyznacza te granice na gruncie.

VI.

Ranga znaków granicznych ma swoje konsekwencje. Artykuł 38 obecnego prawa geodezyjnego i kartograficznego nakłada na właścicieli (władających) nieruchomości obowiązek ich ochrony. Taki obowiązek i towarzyszące mu zakazy niszczenia znaków granicznych znano już w dawnych czasach, jak można sądzić od chwili wprowadzenia sposobów rozgraniczania gruntów. O tych zakazach mowa jest np. w Starym Testamencie³⁵, czy w instrukcji wydanej w Egipcie w ok. 1400 r. p.n.e.³⁶. Znajdujemy je również w naszym wcześniejszym ustawodawstwie³⁷. Naruszenie tych obowiązków i zakazu naruszania znaków granicznych pociągało za sobą sankcję karną. Zachowania te penalizowane były w naszych najstarszych pomnikach prawa karnego. Za „zaoranie cudzej miedzy” – trzeba było zapłacić według Księgi Elbląskiej karę „trzysta”³⁸, a według Statutów Kazimierza Wielkiego – karę „piętnadzieścia” oraz stracić ziarno, którym obsiano nie swoją ziemię³⁹. W późniejszych wiekach za naruszenie znaków granicznych groziła już nie

³⁴ D. Felcenloben, *Granice*, *op. cit.*, s. 246.

³⁵ „Nie przesuniesz miedzy swojego bliźniego postawionej przez przodków” (H. Witczyk (red.), *Księga Powtórzonego Prawa* (19,14), *Biblia dla każdego*, t. II, Kielce 1997, s. 238; B. Sygit, *Historia*, *op. cit.*, s. 87); D. Felcenloben, *Granice*, *op. cit.*, s. 29).

³⁶ „Nie usuwać kamieni granicznych na polach...” (D. Felcenloben, *op. cit.*, s. 26).

³⁷ Zob. np. L. Wójcik, *Ochrona...*, s. 192–194.

³⁸ Zob. art. 19 ust. 1 i ust. 2 Księgi Elbląskiej (Najstarszy zbiór prawa polskiego wydał i tłum. J. Matuszewski, Warszawa 1958, s. 198).

³⁹ Art. 96 Statutów Kazimierza Wielkiego, „Statuty Kazimierza Wielkiego”, przygot. T. K. Kubiczki, Łódź, 1992, s. 38.

tylko kara pieniężna, ale i kary cielesne. Karę taką znało wiejskie prawo karne XVII i XVIII w. za „zaoranie granic między wsiami, obsiewanie kopców granicznych i usuwanie znaków granicznych”⁴⁰. Zachowania takie penalizował pierwszy polski kodeks karny z 1818 r. (karząc karą zamknięcia w domu poprawy lub aresztem)⁴¹ i kodeksy państw zaborczych obowiązujące w kraju do 1932 r. Przykładowo Kodeks karny niemiecki z 1871 r. – groził karą więzienia oraz grzywną do 3 tys. marek, a Kodeks rosyjski z 1903 r. – aresztem lub grzywną do 500 rubli. Pierwszy, po odzyskaniu niepodległości, polski k.k. z 1932 r. karał za to przestępstwo (art. 190 §1) więzieniem do lat 5; k.k. z 1969 r. – karą pozbawienia wolności do lat 3 (art. 269), zaś obecny z 1997 r. karze karą grzywny, ograniczenia wolności, albo pozbawienia wolności do lat 2 (art. 277).

VII.

Czynności sprawcze, czyli sposób popełnienia tego przestępstwa odnoszony jest od dawna do zachowań, które ze swej istoty mają cechę spowodowania niszczenia tych znaków. Stąd ustawy używały takich określeń, jak niszczenie⁴², przesuwanie⁴³, usuwanie⁴⁴, zmienianie⁴⁵, naruszanie⁴⁶, ustawianie w niewłaściwym miejscu⁴⁷, zacieranie⁴⁸, zaoranie⁴⁹, itp. W naszych kodeksach od 1932 r. są to niezmiennie: „uszkadza”, „usuwa”, „przesuwa”, „czyni niewidocznym” i „fałszywie wystawia”. Kodeksy z 1969 r. i z 1997 r. – dodały do wymienionych jeszcze sposób „niszczenia”.

⁴⁰ R. Łaszewski, *Wiejskie prawo karne w Polsce XVI–XVIII w.*, Toruń 1988, s. 119.

⁴¹ Art. 270 karał zamknięciem w domu poprawy lub aresztem od roku do trzech lat tego – kto z pominięciem istniejącego prawa doprowadzał swoim działaniem do naruszenia cudzego spokojnego posiadania kierując się przy tym chęcią zawłaszczenia cudzej własności w celu zaspokojenia osobistych roszczeń lub pomniejszeniu doznanych krzywd. Z kolei art. 422 karał zamknięciem „w domu poprawy od dni ośmiu do miesięcy trzech, która w miarę przewrotności winowajcy i wielkości szkody, od miesięcy trzech do roku rozciągnięta być mogła”. – za znoszenie lub usuwanie znaków granicznych na cudzą szkodę (zob. B. Sygitt, *Historia prawa kryminalnego*, *op. cit.*; D. Felcenloben, *Granice*, *op. cit.*, s. 178; *Dziennik Praw Królestwa Polskiego* z 1818 r., t. V., Nr 20, s. 146–147).

⁴² Np. prawo starożytnego Rzymu, Kodeks Kar Głównych i Poprawczych 1847 (art. 1106), k.k. Rzeszy Niemieckiej z 1871 r. (§ 274 ust. 2).

⁴³ Np. *Constitutio Criminalis Carolina* (1532 r. – art. 194), k.k. austriacki z 1852 r (§ 199 pkt. e), prawo staroazyjskie (kol. VII, 19–26, § XXI, s. 40), prawo starożytnych Aten, *Stary Testament*, Kodeks Tagancewa z 1903 r. (art. 549 pkt 2).

⁴⁴ Kodeks karny austriacki (1852 r.), prawo starożytnego Rzymu okresu Królestwa.

⁴⁵ *Constitutio Criminalis Carolina*.

⁴⁶ Np. k.k. Rzeszy Niemieckiej z 1871 r.

⁴⁷ Np. k.k. Tagancewa 1903 r.

⁴⁸ Np. k.k. Rzeszy Niemieckiej z 1871 r.

⁴⁹ Statuty Kazimierza Wielkiego, *Księga Elbląska*, (art.19 ust.1 i 2), prawo karne wiejskie XVI – XVIII w.

VIII.

Określenie przedmiotu ochrony rodziło zawsze problemy. Stąd w doktrynie wyrażano rozbieżne poglądy. Głoszono, że penalizowanie takich zachowań chroni np.: znaki graniczne, a pośrednio granice⁵⁰; położenie (ustawienie) tych znaków⁵¹, istniejący stan faktyczny rzeczywistego posiadania⁵², rzetelność, autentyczność i nienaruszalność znaków granicznych⁵³, zaufanie do znaku jako dokumentu w zakresie niewzruszalności lub właściwego wystawienia⁵⁴, znaczenie dowodowe znaku granicznego i nienaruszanie jego właściwego związku z terenem⁵⁵, zgodność granic na gruncie z odpowiednimi dokumentami urzędowymi⁵⁶ czy pewność obrotu prawnego⁵⁷.

Stąd i ustawodawca miał problemy z umiejscowieniem tego przestępstwa w systematyce ustawowej. Jedni zaliczali je do przestępstwa fałszu, oszustwa i gwałtu publicznego⁵⁸, inni – przestępstwa przeciwko własności osób prywatnych⁵⁹, przeciwko interesom ekonomicznym⁶⁰, albo do przestępstw uszkodzenia majątku⁶¹, uszkodzenia znaków mienia i granicznych⁶², czy wreszcie przeciwko dokumentom (ich fałszowaniu⁶³ albo wiarygodności⁶⁴). Nasz ustawodawca od 1932 r. przestępstwa te zalicza do grupy czynów godzących w dokumenty (k.k. z 1932 r. i 1969 r.) lub w ich wiarygodność (k.k. z 1997 r.).

IX.

Prima facie można sądzić, że klarowna istota tego czynu przestępnego oraz wielowiekowa tradycja w jego penalizacji sprawiają, że nie ma jakichkolwiek niejasności, czy wątpliwości co do jego ustawowego brzmienia. Tymczasem – budzi ono wiele kwestii spornych, a mianowicie:

⁵⁰ L. Peiper, Komentarz do Kodeksu Karnego, *op. cit.*, s. 400.

⁵¹ J. Śliowski, Prawo karne, *op. cit.*, s. 557.

⁵² M. Siewierski, Kodeks Karny, *op. cit.*, s. 227.

⁵³ J. Śliowski, *op. cit.*, s. 557.

⁵⁴ O. Chybiński, (w:) O. Chybiński, W. Gutekunst, W. Świda, Prawo karne. Część szczególna. Wrocław – Warszawa 1971 r., s. 437.

⁵⁵ W. Wolter, w pr. zb. Kodeks karny, *op. cit.*, s. 824.

⁵⁶ L. Wójcik, Ochrona, *op. cit.*, s. 198.

⁵⁷ M. Siewierski, Kodeks karny, *op. cit.*, s. 1227; J. Nisenson, M. Siewierski, Kodeks Karny, *op. cit.*, s. 178.

⁵⁸ Np. Kodeks Karzący Królestwa Polskiego z 1818 r.

⁵⁹ Np. Kodeks Kar Głównych i Poprawczych z 1847 r.

⁶⁰ Np. Wiejskie prawo karne XVI – XVIII w..

⁶¹ Np. Landrecht Pruski z 1794 r.

⁶² Np. Kodeks Karny Tagancewa z 1903 r.

⁶³ Np. k.k. Rzeszy Niemieckiej z 1871 r.

⁶⁴ Np. polski k.k. z 1997 r.

1) Spór co do statusu „znaku granicznego” na gruncie art. 277 k.k. i umiejscowienia tego przestępstwa w rozdziale dotyczącym przestępstw przeciwko wiarygodności dokumentów. Jak już wspomniano, k.k. z 1932 r. jako pierwszy zamieścił to przestępstwo w rozdziale przestępstw przeciwko dokumentom (rozdział XXVIII), a kolejne – koncepcję tę powieliły. Tymczasem już poglądy pierwszych komentatorów tego k.k. wykazywały rozbieżności co do charakteru prawnego znaków granicznych⁶⁵. O ile dla jednych, np. M. Siewierskiego, J. Nisensona – znaki te były „swoistym rodzajem dokumentu, stanowiącym dowód w związku z miejscem, w którym znak ten był umieszczony”, to dla innych, np. J. Makarewicza – znak ten „nie był dokumentem sam w sobie, a ze znaku granicznego, którym najczęściej jest kawał kamienia ociosanego lub nieociosanego, z napisem lub bez – nie można wyciągać żadnych wniosków; bowiem znaczenie dowodowe ma nie sam znak graniczny, lecz fakt jego umieszczenia w pewnym miejscu”. Z kolei w orzecznictwie Sądu Najwyższego ograniczono pojęcie znaku granicznego do takiego, „który ustawiano w trybie wskazanym przez odnośne władze, urzędownie, albo przy udziale władzy”⁶⁶. W uzasadnieniu zaś projektu k.k. z 1931 r. podano, że „znak graniczny jest swoistym rodzajem dokumentu dowodzącym, gdzie kończy się własność jednej osoby, a zaczyna własność osoby drugiej (...) jest nie tylko dokumentem stwierdzającym prawo własności, jest także środkiem dowodowym w stosunkach międzynarodowych i może być środkiem dowodowym w procesie karnym (...) świadome przesunięcie, usunięcie znaku granicznego jest przestępstwem przeciwko obrotowi prawnemu”⁶⁷. W każdym razie w piśmiennictwie z lat 30. ubiegłego wieku uznano, że „powiązanie w k.k. z 1932 r. ochrony znaków granicznych z ochroną dokumentów było nowością”⁶⁸. Obecnie uznaje się, że takie umiejscowienie wynikało z tradycji, gdyż przestępstwo to od początków tworzenia rzymskich systemów prawnych było kwalifikowane jako swoisty fałsz zbliżający je do przestępstwa przeciwko dokumentom⁶⁹. Trzeba przyznać, że podobnie zachowania takie uznawano za „fałsz lub oszustwo” w pierwszym polskim kodeksie karnym z 1818 r. W każdym razie kontrowersje co do charakteru prawnego znaków granicznych sprawiły, że już w pierwszym projekcie zmian Kodeksu karnego z 1932 r. – czyli w projekcie z 1956 r. – przestępstwo ich naruszenia przeniesiono do rozdziału XXVIII dotyczącego m.in.

⁶⁵ Zob. poglądy M. Siewierskiego, W. Makowskiego, J. Makarewicza, J. Jarmontta, E. St. Rappaporta i L. Peipera cytowane w pracy L. Wójcika, *Ochrona, op. cit.*, s. 92–93.

⁶⁶ Zob. np. orzeczenie SN Nr 23 z 1918 r., czy Nr 101 z 1922 r. (cyt. za L. Wójcik, *op. cit.*, s. 193); Odnosiły się one do art. 549 § 2 Kodeksu rosyjskiego z 1903 r. (odpowiednika art. 190 § 1 polskiego k.k. z 1932 r.

⁶⁷ Zob. Motywy Projektu k.k., t. V, nr 4, Warszawa 1931 r., s. 115.

⁶⁸ L. Wójcik, *Ochrona, op. cit.*, s. 193; zob. Motywy Projektu k.k., t. V., nr 4, s. 119.

⁶⁹ J. Bła ch u t, *Dokument jako przedmiot, op. cit.*, s. 107.

falszerstwa znaków (art. 334)⁷⁰. Jednak już kolejne projekty zmian z 1963 r., 1966 r. i 1968 r. (sfinalizowane w k.k. z 1969 r.) i projekty zmian, które doprowadziły do uchwalenia k.k. z 1997 r. (a więc z 1981 r., 1989 r., 1990 r. – III, VI, VII, VIII i XI, 1993 r., 1994 r., 1995 r. i 1996 r.) przywróciły koncepcję umiejscowienia tego przestępstwa w rozdziale przestępstw przeciwko dokumentom lub ich wiarygodności. Stąd też w komentarzach i opracowaniach systemowych odżyły wątpliwości co do umieszczenia w obecnym k.k. tego przestępstwa w rozdziale przeciwko wiarygodności dokumentów⁷¹. Nie brak też głosów, że miejsce to jest trafne, jako że „znak graniczny stanowi dokument w znaczeniu prawnokarnym”⁷², lub że ma moc dowodową podobną do dokumentu⁷³. Dominuje jednak pogląd, że znaki graniczne nie stanowią dokumentu⁷⁴ lub nie są dokumentem w sensu stricto⁷⁵. Status znaku granicznego zależy niewątpliwie od funkcji, jaką spełnia. Nawiązując do wcześniejszych wywodów należy stwierdzić, że jego funkcją jest „pewność w zakresie stanu prawnego nieruchomości”, ale tylko, gdy potwierdzone zostanie jego usytuowanie w dokumentacji geodezyjnej i księdze wieczystej. Skutkiem działania sprawcy naruszającego znaki graniczne nie jest zmiana zapisów w zbiorach państwowego zasobu geodezyjnego i księdze wieczystej. „Zamach” na znaki nie godzi więc formalnie w granicę określoną dla danej nieruchomości w tych zbiorach. Pewność tę dają bowiem tylko zapisy w zbiorach i księdze wieczystej – a nie znaki graniczne. W efekcie bez potwierdzenia zgodności ustawienia znaku z danymi wynikającymi ze zbiorów nie można twierdzić, że stoi on zgodnie z przypisanym mu miejscem w dokumencie geodezyjnym dotyczącym ustawienia na gruncie. Dlatego, jeżeli będzie podejrzenie np. przesunięcia znaku granicznego, to aby to potwierdzić, niezbędne będzie odwołanie się do zapisów w tej dokumentacji i wykonania stosownych pomiarów przez uprawnionego geodetę. Brak tych znaków na linii granicy jedynie utrudnia stwierdzenie, gdzie faktycznie ona przebiega. Znak graniczny będzie więc dowodem: 1) działania sprawcy wymierzonego w ten znak, a więc dowodem, że został w istocie np. zniszczony, czy przesunięty, itp.; 2) przebiegu w terenie linii rozgraniczającej sąsiednie nieru-

⁷⁰ Zob. Projekt Kodeksu Karnego, Warszawa 1963, s. 67.

⁷¹ Zob. np. J. Piórkowska-Flieger, *Przestępstwa...*, *op. cit.*, s. 1067.

⁷² Zob. np. O. Chybiński, *op. cit.*, s. 437–438; i liczne orzeczenia sądowe, np. wyrok Sądu Okręgowego w Zamościu z dnia 14 maja 2013 r., (Lex nr 1718262), sygn. II Ka 29/13, czy wyrok Sądu Rejonowego w Łęczycy z dnia 4 grudnia 2015 r., sygn. II K 50/15 (Lex nr 1971211).

⁷³ Np. W. Wróbel, (w:) A. Zoll, *Komentarz*, *op. cit.*, s. 1367.

⁷⁴ J. Piórkowska-Flieger, *Przestępstwa*, *op. cit.*, s. 1067; teźe, *Falsz dokumentu w polskim prawie karnym*, Zakamycze 2004, s. 250; R. A. Stefański, *Przestępstwo*, *op. cit.*, s. 43; O. Górniok, (w:) O. Górnioki i inni, *Komentarz. Kodeks Karny*, t. II, s. 383.

⁷⁵ Np. A. Marek, *Komentarz. Kodeks Karny*, Warszawa 2010, s. 588; R. Zabłocki, (w:) A. Wąsek, A. Zabłocki, *Komentarz. Kodeks Karny*, t. II, s. 858.

chomości gruntowe. Trzeba przy tym zauważyć, że „znaki graniczne”, o których mowa w art. 277 k.k., to nie tylko znaki zdefiniowane w § 2 pkt 4 cyt. rozporządzenia, ale także tzw. „stałe znaki” (będące też znakami granicznymi), o których mowa w art. 152 Kodeksu cywilnego, w tym wszelkiego rodzaju słupy graniczne, głązy, kopce i miedze oznaczające granice między gruntami oraz wszelkiego rodzaju trwałe elementy zagospodarowania terenu usytuowane w punktach granicznych przez osoby do tego uprawnione⁷⁶. Utrzymywanie tego przestępstwa w rozdziale przestępstw przeciwko dokumentom jest więc ciągle dyskusyjne. Znaki graniczne nie są bowiem dokumentami, i co więcej, na gruncie art. 277 k.k. uszkodzenie znaków granicznych może być jednocześnie sposobem naruszania przebiegu granicy. Tak będzie np. w przypadku, gdy sprawca w zamiarze wykorzystania gruntu sąsiada – zniszczy znaki, ukryje, czy też je przesuwa.

2) Spór, czy byt tego przestępstwa wyczerpuje naruszenie co najmniej kilku znaków, czy też wystarczy jednego. Źródłem tego sporu jest użycie w art. 277 k.k. liczby mnogiej w odniesieniu do „znaku granicznego”. Z faktu tego, w piśmiennictwie wyrażono pogląd, że byt tego przestępstwa wyczerpuje zamach dopiero na co najmniej dwa znaki graniczne⁷⁷. Do takiego wniosku uprawnia – zdaniem twórcy tej koncepcji – wykładnia językowa, choć – jak sam przyznał – takie rozumienie tego przepisu z punktu widzenia wykładni celowościowej może budzić wątpliwości⁷⁸. Pogląd ten uznano za trudny do zaakceptowania, skoro:⁷⁹ a) ustawodawca niejednokrotnie posługuje się zwrotami pluralistycznymi mimo, że z kontekstu wynika, iż dla istoty przestępstwa wystarczy zaatakowanie tylko jednego dobra, jak to ma miejsce np. przy przestępstwie z art. 186 § 1, art. 194, czy art. 236 § 1 k.k.; b) nawet usunięcie jednego znaku (tzw. narożnikowego) może już stworzyć trudności z określeniem przebiegu granicy w terenie. Za koncepcją, że użycie w treści normy prawnej liczby mnogiej nie musi oznaczać, że ustawodawca używa jej w znaczeniu „co najmniej dwa”, opowiada się też orzecznictwo Sądu Najwyższego⁸⁰ oraz doktryna⁸¹. Nie negując poprawności takiej tezy należy zauważyć, że jest to w istocie „poprawianie” ustawodawcy. Jeżeli bowiem wolą ustawodawcy byłoby, aby byt przestępstwa wyczerpywał już tylko jeden znak graniczny, to zapewne napisałby to wprost. Jeżeli zaś pisze o „znakach”, tzn. że logicznie rozumując, w ocenie ustawodawcy dopiero ta

⁷⁶ D. Felcenloben, *Granice*, *op. cit.*, s. 250.

⁷⁷ J. Wojciechowski, *Kodeks Karny. Komentarz*. Orzecznictwo, Warszawa 1997, s. 481.

⁷⁸ J. Wojciechowski, *tamże*.

⁷⁹ Cyt. za R. A. Stefański, *Przestępstwo*, *op. cit.*, s. 45–46; zob. też J. Piórkowska-Flieger, *Przestępstwo*, *op. cit.*, s. 1069.

⁸⁰ Zob. uchwała Sądu Najwyższego z dnia 21 listopada 2001 r., sygn. I KZP 26/01 (Lex nr 1938675).

⁸¹ Zob. np. A. Zoll, w rozmowie z K. Sobczakiem: *Państwo prawa jeszcze w budowie*, Warszawa 2013, s. 60.

liczba uzasadnia penalizację takiego zachowania. Łatwiej jest przyjąć, że jeżeli ustawa używa liczby pojedynczej, to tym bardziej ma na względzie większą liczbę, niż odwrotnie. Choć trzeba przyznać, że k.k. zna przykłady, iż jeżeli ustawa używa liczby pojedynczej, to nie znaczy, że dany przepis odnosi się też do większej liczby (np. art. 148 § 1 k.k. dotyczy śmierci jednej osoby, a gdy śmierć poniesie więcej osób, zastosowanie ma odrębny przepis, a mianowicie § 3 art. 148 k.k.). Pewnym argumentem za trafnym użyciem liczby mnogiej w art. 277 k.k. może być fakt, że żadna granica nie jest oznaczona jednym znakiem granicznym, a np. usunięcie, czy zniszczenie tylko jednego (spośród wielu znaków), nie zaburzy obrazu przebiegu linii granicznej. Mimo wszystko, dla rozwiązania tego sporu, *de lege ferenda* należałoby użyć w art. 277 k.k. liczby pojedynczej.

3) Spór co do strony podmiotowej przestępstwa naruszenia znaków granicznych. Znamiona strony podmiotowej tego przestępstwa są w zasadzie niezmiennie od 1932 r. Od tego też okresu wyraża się dość powszechnie pogląd, że przestępstwo to jest umyślnym występkiem, który może być popełniony w zamiarze bezpośrednim lub ewentualnym⁸². Pogląd ten zakwestionował J. Śliwowski⁸³. Podniósł mianowicie, że gdy chodzi o „fałszywe wystawienie znaku granicznego”, to może być dokonane tylko z zamiarem bezpośrednim. Działaniu sprawcy przy takim zachowaniu towarzyszy bowiem zamiar wprowadzenia którejs z stron w błąd, a tego nie można przecież uczynić z zamiarem ewentualnym⁸⁴. Pogląd ten należy zaakceptować. Ma już zresztą swoich zwolenników⁸⁵.

4) Spór co do podmiotu tego przestępstwa. Dominuje pogląd, że jest to przestępstwo powszechne, a więc że jego podmiotem może być każdy, nie tylko właściciel lub posiadacz terenu oznaczonego znakiem granicznym⁸⁶. *Prima facie* pogląd ten wydaje się trafny, skoro ustawa nie uszczegóławia podmiotu, lecz używa określenia „kto”. Tymczasem wątpliwości w tym względzie mogą wynikać: 1) z brzmienia art. 38 prawa geodezyjnego i kartograficznego, który obowiązek ochrony znaków granicznych nakłada tylko na właścicieli lub inne osoby władające nieruchomościami (gruntami)⁸⁷; 2) z faktu, że „fałszywego wystawienia znaku granicznego” może (jak się wydaje) dokonać tylko osoba upoważniona do tej czynności, a więc geodeta. Ustosunkowując się do tej kwestii trzeba stwierdzić, że: ad 1) mimo, iż prawo geodezyjne i kartograficzne wyraźnie zawęża krąg osób odpowiedzialnych

⁸² Zob. np. O. Chybiński, *op. cit.*, s. 438; M. Mozgawa (red.), *Kodeks Karny. Praktyczny Komentarz*, Zakamycze 2006, s. 533.

⁸³ J. Śliwowski, *Prawo, op. cit.*, s. 558.

⁸⁴ Tamże.

⁸⁵ Zob. np. R. A. Stefański, *Przestępstwo, op. cit.*, s. 45. Zob. też J. Piórkowska-Flieger, *Przestępstwa, op. cit.*, s. 1069–1070.

⁸⁶ R. A. Stefański, *Przestępstwo, op. cit.*, s. 44.

⁸⁷ Z. Śmiałowska-Uberman, *Prawo, op. cit.*, s. 218.

za ochronę i w efekcie za zniszczenie znaku granicznego, to jednak uwzględniając treść art. 277 k.k. należałoby przyjąć, że sprawcą tego przestępstwa może być zarówno właściciel (władający) nieruchomości oznaczonej znakami granicznymi, jak i geodeta wykonujący prace pomocnicze, ziemne lub też ktokolwiek inny⁸⁸. Rację ma przy tym Marek, że „w praktyce będzie to właściciel gruntu, który chce wprowadzić korzystne dla siebie zmiany⁸⁹.”; ad.2) druga zaś wątpliwość wiąże się z tym, że jak zauważył Stefański⁹⁰, w doktrynie można odnotować poglądy, że sprawcą „fałszywego wystawienia znaków granicznych” może być tylko osoba powołana do pomiaru lub przeprowadzenia rozgraniczenia⁹¹. Poglądy takie pomijają fakt, że „ustawić znak graniczny w innym miejscu, niż wynika to z dokumentacji może też osoba pomagająca geodecie przy ich ustawianiu”⁹². Gdy chodzi natomiast o odpowiedzialność karną geodety za „fałszywe wystawienie znaku”, to na gruncie k.k. z 1969 r. przy przyjęciu, że znak graniczny był dokumentem w rozumieniu k.k. – odpowiadał z art. 192 k.k. (poświadczenie nieprawdy)⁹³. Aktualnie wobec innego uregulowania znamion poświadczenia nieprawdy (vide art. 271 k.k.) oraz dominującego poglądu, że znaki graniczne nie są dokumentami – kwalifikacja prawna z tego przepisu nie jest możliwa. Art. 277 obecnego k.k. mówi o „fałszywym wystawieniu”, a nie o „fałszowaniu znaku granicznego” i w efekcie ustawienie prywatnego oznaczenia granicy gruntu nie jest karane z tego przepisu, gdyż nie ma on wtedy cech znaku granicznego w rozumieniu obowiązującego prawa.

5) Spór co do tego, czy przestępstwo to ma rację bytu w aktualnej rzeczywistości i ewentualnie je zdepenalizować, czy też poprawić redakcję przepisu art. 277 k.k. i utrzymać jego karalność. Wątpliwość ta powstała w związku z koncepcją skreślenia tego przestępstwa z listy czynów zabronionych⁹⁴. Uzasadniono ją tym, że: 1) istnieje obecnie wiele innych sposobów ustalania granic nieruchomości (mapy geodezyjne, księgi wieczyste) i innych przedmiotów, które mogą stanowić dowód istnienia pewnych praw czy zobowiązań, 2) ustawodawca wyeksponował jedynie czyny skierowane przeciwko znakom granicznym, 3) znaki graniczne nie pełnią obecnie tej roli, co w poprzednich czasach, w których były duże trudności z ustalaniem dokładnych granic w razie braku znaku granicznego, gdy go zniszczono, 4) penalizowanie takich zachowań jest jedynie reminiscencją historyczną, co

⁸⁸ D. Felcenloben, *Granice...*, s. 250.

⁸⁹ A. Marek, *Komentarz do Kodeksu Karnego, Część szczegółowa*, Warszawa 2000, s. 288–290.

⁹⁰ R. A. Stefański, *Przestępstwo*, *op. cit.*, s. 45.

⁹¹ J. Śliwowski, *Prawo...*, *op. cit.*, s. 558; O. Górniok, (w:) O. Górniok, S. Hoc, S. M. Przyjemski, *Kodeks Karny. Komentarz*, t. III, Gdańsk 1999 r. s. 341.

⁹² R. A. Stefański, *Przestępstwo...*, *op. cit.*, s. 45.

⁹³ M. Siewierski, *Kodeks Karny*, *op. cit.*, s. 228.

⁹⁴ J. Błachut, *Dokument...*, *op. cit.*, s. 109.

nie jest wystarczające dla utrzymania tego czynu zabronionego⁹⁵. Jednocześnie za jego utrzymaniem przemawia to, że: 1) znaki graniczne są chronione przez prawo jako instrumenty realizacji konstytucyjnej (art. 64) i prawocywilnej (art. 140 kc) zasady wyłączności prawa własności. Nie penalizowanie zachowań naruszających te znaki godziłoby w funkcje i znaczenie znaków oraz osłabiło gwarancje prawa własności; 2) ochrona znaku granicznego skutkuje jednocześnie ochroną granicy nie tylko nieruchomości gruntowych, ale i granicy państwa. Skreślenie art. 277 k.k. pozbawiłoby prawokarnej ochrony tych znaków na granicy i samej granicy; 3) karalność zachowań naruszających znaki graniczne jest jednym z warunków utrzymania nieantagonistycznych stosunków sąsiedzkich⁹⁶; 4) rozmiary tego zjawiska wykraczają w istocie poza stwierdzaną rocznie liczbę tych przestępstw. W praktyce geodezyjnej ocenia się, że zachowań zmierzających przez naruszanie znaków granicznych do zajęcia cudzego gruntu jest niewiele w stosunku do zachowań nieostrożnych, nieumyślnych, które są niekaralne, a do których dochodzi w czasie prac na gruncie (np. budowa ogrodzenia, prace drogowe, inne prace inwestycyjne). Stąd należy rozważyć penalizację takich nieumyślnych zachowań, choć nierzadko zachowania te można oceniać jako popełnione w zamiarze ewentualnym, np. gdy można zarzucić, że przed podjęciem prac nie zapoznano się z usytuowaniem znaków granicznych, a po natknięciu się na nie na gruncie, jako przeszkody utrudniające prace – usuwa się je (np. podczas prac kosiarką na granicy gruntu). Taka jest rzeczywistość w obecnym stanie prawnym. Można przypuszczać, że całkowita bezkarność zachowań o których stanowi obecnie art. 277 sprawiłaby, że byłyby one nagminne, jako że sprawcy już bez skrępowań, jawnie i w pełni świadomie usuwaliby znaki graniczne, jako przeszkody w toku ich pracy – czyniąc ich ustawianie niecelowym; 5) bezkarność takich zachowań, nawet przy założeniu, że przepisy karne nie mają wszechwładnej mocy, aby powstrzymać od zachowań przestępnych, doprowadziłoby do rozprzestrzeniania się sporów o granice, skoro sprawca naruszenia znaków niczym by nie ryzykował. Ponadto prawnie określony obowiązek ochrony znaków granicznych byłby pozbawiony narzędzia jego egzekwowania. Przestępstwo to trudno też uznać za anachroniczne, skoro znaki graniczne nie tracą racji bytu, a przypadki ich niszczenia jednak się zdarzają. Dlatego też względy polityki kryminalnej przemawiają za utrzymaniem penalizacji tych zachowań, pod warunkiem: 1) nadania przepisowi art. 277 k.k. nowego brzmienia, które rozwiąże zgłaszane wątpliwości co do jego obecnej treści, 2) umiejscowienia tego czynu zabronionego w innym rozdziale kodeksu karnego.

⁹⁵ cyt. za J. Bła ch u t, tamże, s. 108–109.

⁹⁶ S. Rudnicki, Sąsiedztwo..., s. 76.

Disputable matters arising from the criminal law protection of boundary marks

Abstract

The wording of the provision penalizing behaviours violating boundary marks continues to stir up disputes despite ages of the regulatory tradition and conviction of the everlasting nature of the provision. This paper lists the disputes and tries to settle them in a way which may benefit the legislator and work of prosecutors and courts. In addition to removing objections, this paper formulates proposals de lege ferenda to extend the protection of boundary marks under criminal law.

Anna Madej

Oszustwo ubezpieczeniowe w kontekście oszustwa klasycznego

Streszczenie

Przedmiotem artykułu jest analiza oszustwa ubezpieczeniowego uregulowanego w art. 298 kodeksu karnego z 1997 z roku, w kontekście oszustwa klasycznego. Autorka omawia trudności terminologiczne związane z oszustwem ubezpieczeniowym, zwraca uwagę na rozbieżności w doktrynie w odniesieniu do stosowania instytucji zbiegu przepisów, a także przedstawia propozycje zmian obowiązującego porządku prawnego w zakresie przedmiotu rozważań.

Przestępczość ubezpieczeniowa, zarówno w zakresie ubezpieczeń majątkowych, jak i osobowych wykazuje na przestrzeni ostatnich lat stałą tendencję wzrostową. W 2015 r. pracownicy zakładów ubezpieczeń odnotowali 13129 czynów przestępczych na łączną kwotę 179 878 533 zł. W porównaniu z latami ubiegłymi oznacza to wzrost liczby przestępstw tego rodzaju o 43%, a tym samym wzrost ogólnej kwoty pieniężnej, której dotyczyły te czyny o 19%¹.

W przypadku przestępstw związanych z ubezpieczeniami osobowymi, odnotowano 836 czynów na szkodę zakładów ubezpieczeniowych, na łączną kwotę 11 343 955 zł. W porównaniu z rokiem ubiegłym liczba tych czynów wzrosła o 57%, co wskazuje na istotność problemu².

Oszustwo ubezpieczeniowe stypizowane jest w art. 298 k.k.³ Ustawodawca nie używa wprost nazwy przestępstwa, podobnie zresztą jak i innych czynów zabronionych. Znalezienia właściwej nazwy podejmują się komentatorzy tej ustawy. W literaturze występuje spór dotyczący stosowanej w sto-

¹ Państwowa Izba Ubezpieczeń, Raport „Analiza danych dotyczących przestępstw ujawnionych w 2015 r. w związku z działalnością zakładów ubezpieczeń – członków Polskiej Izby Ubezpieczeń, Warszawa 2016, s. 18, https://piu.org.pl/wpcontent/uploads/2017/04/PIU_raport_o_przestepczosci_z_2015.pdf (dostęp w dniu 20 marca 2017 r.).

² *Ibidem*, s. 8.

³ Art. 298 k.k. „Kto, w celu uzyskania odszkodowania z tytułu umowy ubezpieczenia, powoduje zdarzenie będące podstawą do wypłaty takiego odszkodowania, podlega karze pozbawienia wolności od 3 miesięcy do lat 5. § 2. Nie podlega karze, kto przed wszczęciem postępowania karnego dobrowolnie zapobiegł wypłacie odszkodowania”.

sunku do tego typu przestępstwa terminologii. Większość autorów (P. Kardas⁴, O. Górniok⁵, K. Buczkowski⁶, B. Sałata⁷, E. Kędra⁸) posługuje się dla określenia czynu z art. 298 k.k. pojęciem „oszustwo ubezpieczeniowe” bądź „oszustwo asekuracyjne,” podkreślając jednocześnie, iż nazwa ta nie odpowiada w pełni zakresowi zachowania przestępczego przewidzianego dla tego rodzaju występku. Przepis ten określa bowiem szczególny rodzaj oszustwa ubezpieczeniowego, a tym samym stanowi czynność przygotowawczą do oszustwa klasycznego przewidzianego w art. 286 k.k.⁹ Stanowisko to jest częściowo zgodne z treścią uzasadnienia do obowiązującego kodeksu karnego, gdzie stwierdzono, że przestępstwo z art. 298 k.k. to szczególny rodzaj oszustwa ubezpieczeniowego, odnoszącego się wyłącznie do ubezpieczenia majątkowego, mającego charakter czynności przygotowawczej do popełnienia klasycznego oszustwa z art. 286 k.k.¹⁰ Według J. Bojarskiego oraz T. Oczkowskiego w przypadku czynu z art. 298 § 1 k.k., nazwa „oszustwo ubezpieczeniowe” oparta jest na bezpośrednim odwołaniu się do samej istoty czynności wykonawczych. Mamy tutaj do czynienia z uproszczoną techniką kryminalizacji, polegającą na stworzeniu typu przestępstwa z abstrakcyjnego zagrożenia instytucji ubezpieczeniowej i z poszerzeniem kryminalizacji na przedpole zasadniczego czynu, jakim jest w tym wypadku wypłata nienależnego odszkodowania na skutek wprowadzenia w błąd co do zaistnienia występkę ubezpieczeniowego¹¹. Ł. Pohl twierdzi, że czyn stypizowany w art. 298 k.k. stanowi przestępstwo *sui generis* „upozorowania wypadku ubezpieczeniowego”¹². W uzasadnieniu swojego stanowiska podnosi, że należy wziąć pod uwagę względy natury logicznej, które wykluczają zastosowanie w jednym akcie prawnym, jakim jest kodeks karny, jednego terminu na określenie dwóch różnych zachowań, tj. czynu z art. 298 k.k. i 286

⁴ Por. P. Kardas, (w:) A. Zoll (red), Kodeks karny. Część szczególna. Komentarz do art. 278–363 Kodeksu karnego, t. 3, Warszawa 2006 s. 21, E. Kędra, Oszustwa asekuracyjne i inne przestępstwa na szkodę ubezpieczycieli (cz. I), Wiadomości ubezpieczeniowe 1994, nr 4–6.

⁵ O. Górniok (red.), Prawo karne gospodarcze, C.H. Beck, Warszawa 2003, s. 93.

⁶ K. Buczkowski, Przestępstwa gospodarcze. Poradnik wraz z przykładami aktów oskarżenia oraz wykazem i tekstami aktów prawnych, Warszawa 2000, s. 5.

⁷ B. Sałata, Oszustwa ubezpieczeniowe. Wybrane zagadnienia, Prok. i Pr. 1999, nr 5, s. 43.

⁸ E. Kędra, Oszustwa asekuracyjne i inne przestępstwa na szkodę ubezpieczycieli (cz. I), (w:) Wiadomości ubezpieczeniowe, 1994, nr. 4–6, s. 73–74.

⁹ T. Stępień, K. Stępień, Przestępstwa przeciwko obrotowi gospodarczemu, TNOiK „Dom Organizatora”, Toruń 2001, s. 39.

¹⁰ Por. Nowe kodeksy karne z 1997, z uzasadnieniem, Warszawa 1997, s. 210.

¹¹ J. Bojarski, T. Oczkowski, Oszustwo ubezpieczeniowe, (w:) R. Zawłocki (red.), System prawa karnego, t. 9., Przestępstwa przeciwko mieniu i gospodarcze, Warszawa 2011, s. 550.

¹² Por. Ł. Pohl, Przestępstwo tzw. Oszustwa ubezpieczeniowego art. 298 k.k. Uwagi zasadnicze, RPEiS 2001, nr 4, s. 79–81.

k.k. Ponadto wskazuje, iż czyn z art. 298 § 1 k.k. nie stanowi oszustwa, ponieważ w jego typizacji nie występują znamiona konstytutywne dla oszustwa z art. 286 k.k.¹³ Wydaje się, że powyższe stanowisko Ł. Pohla w zakresie zachowania odrębnego typu przestępstwa z art. 298 k.k. jest słuszne. Samo spowodowanie zdarzenia może wyjść poza kontrolę sprawcy i wywołać zagrożenie dla życia i zdrowia innych osób, co przemawia także za jego oddzielną kryminalizacją.

Potrzeba oddzielnej typizacji wynika z rosnącego problemu oszustw ubezpieczeniowych, a art. 298 § 1 k.k. wyraźnie odwołuje się do technik działania sprawców, co lepiej może służyć zapobieganiu tego rodzaju wyłudzeniom.

Przedmiot ochrony art. 298 § 1 k.k. w sposób najbardziej kompleksowy określili P. Kardas¹⁴ oraz O. Górniok¹⁵, którzy wskazali, że celem tego przepisu jest ochrona ponadindywidualnych interesów społecznych, związanych z utrzymaniem funkcjonalnej oraz socjalnej sprawności instytucji ubezpieczeniowych, a tym samym interesów majątkowych poszczególnych ubezpieczycieli realizujących zadania w zakresie systemu ubezpieczeń”. Takie ujęcie przedmiotu ochrony wydaje się być zasadne, gdyż dobrem prawnie chronionym przez art. 298 k.k. są przede wszystkim interesy społeczne, mające na celu utrzymanie sprawnego funkcjonowania ubezpieczalni, w tym ich renomy i wypłacalności, co w dużej mierze przedkłada się na zwiększenie poczucia bezpieczeństwa ubezpieczonych, tj. w przypadku wystąpienia zdarzenia będą fundusze na wypłatę odszkodowania.

Przedmiotem czynności wykonawczej w przypadku omawianego przestępstwa ubezpieczeniowego jest przedmiot umowy ubezpieczeniowej, na który składa się każda rzecz bądź zespół rzeczy wchodzących w zakres ubezpieczonego mienia, których uszkodzenie bądź utrata mogą stanowić podstawę do wypłaty odszkodowania z tytułu umowy ubezpieczenia.

Umowa ubezpieczenia uregulowana jest w tytule XXVII Księgi III kodeksu cywilnego, przy czym w artykułach 805–820 znajdują się przepisy ogólne, artykuły 821–828 dotyczą ubezpieczeń majątkowych, a artykuły 829–834 ubezpieczeń osobowych. Sama definicja umowy ubezpieczenia zawarta jest w art. 805 k.k., w którym przewiduje się, że przez umowę ubezpieczenia ubezpieczyciel zobowiązuje się, w zakresie działalności swego przedsiębiorstwa, spełnić określone świadczenia w razie zajścia przewidzianego

¹³ Por. Ł. Pohl, Karnomaterialna charakterystyka przestępstwa upozorowania oszustwa ubezpieczeniowego na podstawie Kodeksu karnego z dnia 6 czerwca 1997 r., (w:) Materiały konferencyjne z V Ogólnopolskiej Konferencji Przestępczość ubezpieczeniowa, Szczecin 2002, s. 86–87.

¹⁴ Por. P. Kardas, (w:) Kodeks karny..., s. 635.

¹⁵ O. Górniok, Przestępstwa przeciwko obrotowi gospodarczemu w projekcie kodeksu karnego i noweli do obowiązującego kodeksu karnego, Przegląd sądowy 1994, nr 10, s. 76.

w umowie wypadku ubezpieczeniowego, a ubezpieczający zobowiązuje się zapłacić składkę. Oznacza to, że w razie zapłacenia przez ubezpieczonego składki, ubezpieczyciel zobowiązuje się do ponoszenia ryzyka ubezpieczeniowego i w przypadku zajścia określonego w umowie wypadku ubezpieczeniowego do wypłaty określonej sumy pieniężnej¹⁶.

W powyższej definicji nie ma określenia wypadku ubezpieczeniowego, a w szczególności relacji pomiędzy wypadkiem ubezpieczeniowym a zdarzeniem.

Samego pojęcia „wypadek” kodeks cywilny nie definiuje. Dookreślają go zaś ogólne warunki ubezpieczenia, umowa ubezpieczenia bądź też przepisy prawa, przy czym należy pamiętać, że kodeks cywilny używa określenia „wypadek” w znaczeniu „wypadek ubezpieczeniowy”, tj. zdarzenie objęte ochroną ubezpieczeniową, którego wystąpienie powoduje po stronie ubezpieczyciela obowiązek wypłaty należnego odszkodowania bądź innego świadczenia przewidzianego umową (art 805 § 2 pkt 2 k.c.). W przypadku ubezpieczeń na życie zdarzeniem takim jest śmierć osoby ubezpieczonej bądź też dożycie przez nią odpowiedniego wieku. W odniesieniu do ubezpieczeń od następstw nieszczęśliwych wypadków jest to trwałe uszkodzenie ciała ubezpieczonego, rozstrój zdrowia bądź śmierć. W takim przypadku wypadek jest definiowany jako zdarzenie wywołane nagłą przyczyną zewnętrzną¹⁷. Wypadek w wyżej wymienionym znaczeniu od zdarzenia różni się tym, że wypadek to zdarzenie losowe, zaś wynik zachowania się sprawcy, o którym mowa w art. 298 § 1 k.k. to zdarzenie umyślnie przez niego spowodowane. Wypadek określony w umowie ubezpieczenia, nie stanowi zdarzenia w rozumieniu art. 298 § 1 k.k. Jeżeli zdarzenie jest wynikiem zachowania się sprawcy, to nie stanowi ono wypadku ubezpieczeniowego¹⁸. O tym, czy dane zdarzenie, które sprawca wywołał stanowi podstawę odszkodowania decydują kryteria obiektywne, oparte na cechach szczególnych wypadku określonego w umowie ubezpieczenia¹⁹.

Poza zakresem penalizacji art. 298 § 1 k.k. pozostaną te stany faktyczne, gdzie rzeczywiście dojdzie do zdarzenia, stanowiącego podstawę do wypłaty odszkodowania, a bezprawne zachowanie sprawcy ograniczy się do kłamliwego określenia np. poniesionej szkody, bez jednoczesnego pozorowania jej wystąpienia. Można by posłużyć się przykładem, gdzie sprawca kłamliwie twierdzi, że ukradziono mu rzeczy, których w rzeczywistości nie posiadał

¹⁶ M. Orlicki, J. Pokrzywniak, Umowa ubezpieczenia. Komentarz do nowelizacji kodeksu cywilnego, Wolters Kluwer, Warszawa 2008, s. 28.

¹⁷ Por. <http://www.serwis-ubezpieczeniowy.pl> (dostęp w dniu 1 czerwca 2015 r.).

¹⁸ R. Zawłocki, (w:) A. Wąsek (red.), Kodeks karny..., *op. cit.*, s. 1263.

¹⁹ R. Zawłocki, Oszustwa gospodarcze. Analiza przepisów art. 297 i 298 k.k., Monitor prawniczy 2003, nr 6, s. 263.

bądź też oszacuje wartość utraconych rzeczy na większą niż rzeczywiście. Takie czyny będą penalizowane przez art. 286 § 1 k.k.

Zachowanie sprawcy przestępstwa określonego w art. 298 k.k. polega na spowodowaniu zdarzenia będącego podstawą do wypłaty odszkodowania, na podstawie zawartej umowy ubezpieczenia. W związku z powyższym, jest to każde działanie, z którego skutkiem łączy się wypłata odszkodowania. Za oszustwo ubezpieczeniowe uważa się każde bezpodstawne żądanie wypłaty odszkodowania bądź też otrzymanie takiego odszkodowania drogą oszustwa. Przepis art. 298 k.k. penalizuje natomiast oszustwo ubezpieczeniowe już na etapie samego spowodowania zdarzenia, będącego podstawą do wypłaty odszkodowania, przy czym skutek w postaci otrzymania tego odszkodowania leży już poza znamionami przestępstwa z art. 298 k.k. Wypłata odszkodowania przez ubezpieczyciela bądź osiągnięcie przez sprawcę korzyści majątkowych nie są wymagane dla bytu rozważanego przestępstwa. Jedynym warunkiem do zaistnienia przestępstwa z art. 298 k.k. jest skutek w postaci spowodowania przez sprawcę zmian w świecie zewnętrznym, w postaci zdarzenia będącego podstawą wypłaty odszkodowania²⁰.

W celu pociągnięcia sprawcy do odpowiedzialności karnej za dokonanie oszustwa ubezpieczeniowego konieczne jest uprzednie zawarcie umowy ubezpieczenia. Fakt, iż umowa ubezpieczenia musi obowiązywać w momencie dokonania czynu, powoduje, iż spod działania przepisu art. 298 § 1 k.k. wyłączone są zachowania polegające na zawarciu antydatowanej umowy ubezpieczenia, obejmujące swoim zasięgiem te zdarzenia, które w rzeczywistości w momencie ich wystąpienia nie były objęte ochroną ubezpieczeniową.

Rozważenia wymaga, czy w art. 298 k.k. jest mowa o umowie ubezpieczenia w kontekście odszkodowania, w ramach ubezpieczenia majątkowego, czy także osobowego. Wiele argumentów przemawia za tym, że poprzez ograniczenie znamion przestępstwa określonego w art. 298 § 1 k.k. do spowodowania zdarzenia będącego podstawą do wypłaty odszkodowania, zamiarem ustawodawcy było wyłączenie z zakresu przepisu świadczeń z ubezpieczeń osobowych²¹. Umowami ubezpieczenia, w których ubezpieczyciel zobowiązuje się do świadczenia w formie odszkodowania, są w zasadzie tylko umowy o ubezpieczenie majątkowe²², nie zaś osobowe, na co wskazuje art. 805 § 2 k.c. Zgodnie z jego treścią pokrywanie kosztów następstw nieszczęśliwych wypadków na podstawie umowy ubezpieczenia osobowego nie stanowi odszkodowania, lecz tzw. inne świadczenia.

²⁰ Por. G. Wiciński, Oszustwo ubezpieczeniowe, *Prokuratura i Prawo* 1997, nr 7–9, s. 33 i nast.

²¹ A. Pyka, Oszustwo..., *op. cit.*, s. 17, *Prok. i Pr.* 2000, nr 2, s. 49.

²² Z. Radwański, J. Panowicz-Lipska, *Zobowiązania, część szczegółowa*, Warszawa 1996, s. 277.

Cechą ubezpieczeń majątkowych jest wyrównanie uszczerbku w mieniu ubezpieczonego, zaś cechą ubezpieczeń osobowych wypłata określonego świadczenia pieniężnego, np. renty bądź innego świadczenia określonego jako suma ubezpieczeń wypłacana z chwilą wystąpienia określonego w umowie zdarzenia²³. Należy jednak wskazać, że rację ma P. Kardas, kiedy twierdzi, że w pewnych przypadkach świadczenia wypłacane przez ubezpieczyciela z polis osobowych mogą mieć także charakter odszkodowawczy²⁴. Dotyczyć to może takich przypadków, jak np. zwrot kosztów leczenia, zakupu protez bądź zwrot kosztów przekwalifikowania²⁵. Są to jednak przypadki marginalne²⁶. Pojęcie „odszkodowania”, o którym mowa w art. 298 § 1 k.k. nie obejmuje też wypłat z tytułu reasekuracji ryzyka ubezpieczeniowego z uwagi na brak bezpośredniego stosunku prawnego pomiędzy ubezpieczającym (ubezpieczonym), a zakładem reasekuracji, a także wypłaty z Ubezpieczeniowego Funduszu Gwarancyjnego. W związku z powyższym można stwierdzić, że świadczenia z tytułu umowy ubezpieczenia osobowego nie należą do zakresu penalizacji art. 298 § 1 k.k., lecz art. 286 k.k. Pogląd ten prezentują m.in. Z. Niezgodą²⁷ oraz A. Pyka²⁸. Z uwagi na fakt, że w doktrynie zajmowane jest stanowisko, w myśl którego oszustwo ubezpieczeniowe nie jest ograniczone jego rodzajem, R. Zakrzewski²⁹, Ł. Pohl³⁰ postulują wprowadzenie poprawki mającej na celu ujednoczenie prawa karnego, w zakresie majątkowych, jak i osobowych umów ubezpieczenia. Choć nie oznacza to konsekwencji karnych w momencie ubiegania się sprawcy o nie należne świadczenie, to dopuszczalna ochrona ubezpieczeń osobowych wydaje się nie być wystarczająca. Stąd też wynika, iż właściwym byłoby ujęcie ubezpieczeń osobowych w kręgu karnoprawnej ochrony przepisu art. 298 k.k. w taki sposób, aby ochrona ta względem ubezpieczeń osobowych nie była mniejsza aniżeli wobec ubezpieczeń majątkowych. Pożądane byłoby doprecyzowanie, że pojęcie „odszkodowanie” dotyczy wyłącznie odszkodowań z tytułu ubezpieczeń majątkowych, zaś dodane znamię „wypłata świadczenia” odnosi się do ubezpieczeń osobowych. Jednoznaczne objęcie kryminalizacją w przepisie art. 298 k.k., także ubezpieczenia osobowego

²³ *Ibidem*, zob. także S. Noworyta, Przepęczność ubezpieczeniowa, *op. cit.*, s. 40.

²⁴ P. Kardas, (w:) C. Bogdan, K. Buchała, Z. Cwiakalski, M. Dąbrowska-Kardas, P. Kardas, J. Majewski, M. Rodzyńkiewicz, M. Szewczyk, W. Wróbel, A. Zoll, Kodeks..., *op. cit.*, s. 329.

²⁵ *Ibidem*.

²⁶ Tak A. Partyka, Oszustwo..., *op. cit.*, s. 17.

²⁷ Z. Niezgodą, Niektóre aspekty prawnokarnej, *op. cit.*, s. 134.

²⁸ A. Pyka, Oszustwo asekuracyjne, *Monitor Prawniczy* 1999, nr 9, s. 17.

²⁹ R. Zakrzewski, Ochrona obrotu gospodarczego w nowym kodeksie karnym, *Przegląd Ustawodawstwa Gospodarczego* 1997, nr 11, s. 4.

³⁰ Ł. Pohl, Przepęstwo tzw. oszustwa ubezpieczeniowego (art. 298 k.k.), *Ruch Prawniczy, Uwagi zasadnicze Ekonomiczny i Socjologiczny* 2001, nr 1/2-4, s. 83.

wyeliminowałoby nieuzasadnione różnicowanie ochrony ubezpieczeń osobowych oraz ubezpieczeń majątkowych.

Kolejny problem wiąże się z tym, czy zdarzenie „pozorowane” wypełnia ustawowe znamiona art. 298 k.k. Użyte w przepisie znamię czasownikowe „powoduje” nabiera sensu wówczas, gdy połączymy go ze znamieniem skutku w postaci „zdarzenia”. W związku z tym powstają wątpliwości dotyczące zwrotu „powoduje zdarzenie”, tj. czy zdarzenie dające podstawę do wypłaty odszkodowania musi być rzeczywiście spowodowane, czy też wystarczy jego upozorowanie.

W doktrynie prezentowane są dwa stanowiska w zakresie wykładni tego pojęcia. Część autorów uważa, że na płaszczyźnie językowej spowodowanie zdarzenia jest zupełnie czymś innym od jego upozorowania, dlatego też chodzi o realne i rzeczywiste wystąpienie zdarzenia, które może stanowić podstawę do żądania wypłaty odszkodowania zgodnie z treścią zawartej umowy ubezpieczenia³¹. O spowodowaniu zdarzenia można mówić np. w przypadku wzniesienia pożaru warsztatu samochodowego, który nie przynosi dochodu bądź celowego uszkodzenia ubezpieczonego mienia. W konsekwencji, w myśl tego stanowiska, gdy w grę wchodzi tylko upozorowanie, nie dochodzi do wywołania zdarzenia, będącego podstawą do wypłaty odszkodowania, gdyż zdarzenia jako takie w ogóle nie występują. Sprawca stwarza jedynie pozory jego wystąpienia, tym samym wprowadzając ubezpieczyciela w błąd³².

R. Góral, J. Wojciechowski oraz P. Kardas są zdania, że zdarzenia opisane w art. 298 k.k. muszą być rzeczywiście spowodowane, a nie pozorowane. Pozorowanie może być natomiast podstawą do przypisania sprawcy usiłowania popełnienia klasycznego oszustwa określonego w art. 286 k.k.³³ Również W. Jaroch stoi na stanowisku, że upozorowanie wypadku ubezpieczeniowego należy uznać za wprowadzenie ubezpieczyciela w błąd. Jest to zatem etap realizacji oszustwa z art. 286 k.k.³⁴

W literaturze pogląd odmienny jest reprezentowany m.in. przez O. Górniok, według której w opisywanym przypadku nie ma znaczenia, czy sprawca powoduje zdarzenie w rzeczywistości, czy jedynie je pozoruje. Wynika to z przekonania, że zdarzeniem jest wywołanie jakiegokolwiek zmiany stanu rzeczywistego, co znaczy, że będzie nim także pozorowanie wystąpienia

³¹ A. Marek, Komentarz KK, s. 639; J. Wojciechowski, Ustawa o ochronie obrotu gospodarczego z komentarzem, Warszawa 1995, s. 28; A. Pyka, Oszustwo, s. 15; P. Kardas, ZoII, Kodeks karny. Część szczególna, t. III, 2008, s. 638–639; R. Góral, Kodeks karny. Praktyczny komentarz, 2007, s. 521; M. Malinowski, Przepięstwo oszustwa, s. 84.

³² Tamże.

³³ R. Góral, Kodeks karny. Praktyczny komentarz, Wydawnictwo Zrzeszenie Prawników Polskich, Warszawa 1998, s. 521.

³⁴ W. Jaroch, Przepiępczość na rynku ubezpieczeń, Poltex, Warszawa 2002, s. 41.

wypadku komunikacyjnego³⁵. Według O. Górniok nie jest natomiast „powodowaniem zdarzenia” w rozumieniu art. 298 k.k. preparowanie śladów jego rzekomego wystąpienia, np. uszkodzenie pojazdu, które ma dowodzić, że zderzył się on z innymi pojazdami, czy zniszczenie jakiegoś pomieszczenia dla wywołania przekonania, że dokonano kradzieży z włamaniem³⁶. Nie jest nim także sytuacja, w której sprawca domaga się odszkodowania za rzeczywiście zaistniały wypadek losowy, przy czym kłamliwie określa wysokość spowodowanej szkody i przedstawia zawyżoną wartość roszczenia³⁷. Zdaniem tej autorki takie działanie będzie stanowić znamię klasycznego oszustwa z art. 286 k.k.

Stanowisko, że konsekwencją istniejącego ujęcia znamion strony przedmiotowej art. 298 k.k. jest konieczność rzeczywistego wystąpienia zdarzeń, które mają stanowić podstawę do wypłaty odszkodowania, a nie zdarzeń upozorowanych wydaje się być bardziej przekonujące, zwłaszcza biorąc pod uwagę istnienie art. 286 k.k. i na tyle ogólne ujęcie znamion tego przepisu, że można przyjąć, że penalizacja ta dotyczy także oszustwa ubezpieczeniowego.

Przestępstwo oszustwa ubezpieczeniowego z art. 298 k.k. należy do przestępstw o charakterze materialnym. Za takim stanowiskiem opowiada się m.in. J. Wojciechowski, który twierdzi, że dla bytu przestępstwa z art. 298 k.k. niezbędne jest powstanie skutku działania sprawcy pod postacią zaistnienia określonego zdarzenia³⁸. Zdarzenie stanowiące podstawę do wypłaty odszkodowania z tytułu umowy ubezpieczenia, będące wynikiem karalnego zachowania się sprawcy należy uznać za znamię skutku z art. 298 k.k. Zanim ono nastąpi można ewentualnie mówić o usiłowaniu jego spowodowania.

Praktyka w zakresie przestępczości ubezpieczeniowej zna również przypadki, gdzie działanie sprawcy, powodującego zdarzenie ubezpieczeniowe wcale nie prowadzi do osiągnięcia przez niego korzyści majątkowej. Dzieje się tak wówczas, gdy suma wypłaconego odszkodowania jest niższa od składek, które ubezpieczający będący sprawcą uiszczał przez cały okres trwania umowy. Jeżeli sprawca ma świadomość takiego stanu rzeczy, a pomimo to powoduje zdarzenie będące podstawą wypłaty odszkodowania z tytułu umowy ubezpieczenia, to chociaż w rzeczywistości nie działa on w celu uzyskania odszkodowania z tytułu ubezpieczenia, należy przyjąć, że wypełnił warunek podmiotowy przewidziany w art. 298 § 1 k.k. Nie jest bo-

³⁵ O. Górniok, *Prawo karne gospodarcze*, s. 94; G. Wiciński *Oszustwo ubezpieczeniowe*, *Prok. i Prawo* 1997, nr 7–8, s. 27; Ł. Pohl, *Przestępstwo tzn. Oszustwa ubezpieczeniowego* (art. 298 k.k.), s. 85.

³⁶ O. Górniok, *Prawo karne gospodarcze*, t. 10, C.H. Beck 2003, s. 94.

³⁷ H. Pracki, *Przestępstwa gospodarcze w nowym kodeksie karnym – Komentarz do art. 278–363*, t. III, Kantor Wydawniczy Zakamycze, Kraków 1999.

³⁸ J. Wojciechowski, *Kodeks karny...*, *op. cit.*, s. 522.

wiem istotne, czy motywem sprawcy jest uzyskanie premii asekuracyjnej, czy też odszkodowania pozwalającego mu na odzyskanie wpłaconych na poczet ubezpieczenia składek.

Według T. Oczkowskiego³⁹ wadliwość konstrukcji przestępstwa z art. 298 § 1 k.k. polega na tym, że ustawodawca, z pewnością chcąc odwołać się do istoty umowy ubezpieczenia, przesunął jednocześnie penalizację na etap przygotowania do dokonania zwykłego oszustwa. Tym samym zawężono zakres strony przedmiotowej czynu zabronionego. Określenie czynności wykonawczych oszustwa ubezpieczeniowego jako działań skierowanych przeciwko majątkowi ubezpieczonego, wyznaczałoby z pewnością szerszy zakres penalizacji.

Przestępstwo oszustwa ubezpieczeniowego jest przestępstwem powszechnym. W praktyce co do zasady sprawcami przestępstwa ubezpieczeniowego są strony umowy ubezpieczenia, co nie oznacza, iż sprawcą nie może być osoba trzecia wywołująca zdarzenie w celu otrzymania odszkodowania przez osobę trzecią, która nie jest stroną takiej umowy⁴⁰. W treści przepisu występuje zaimek „kto”, który wskazuje na prewencyjny charakter art. 298 k.k. Z tego przepisu wynika, że ustawodawca nie wymaga, aby sprawca przestępstwa był w jakikolwiek sposób związany umową ubezpieczeniową. Sprawcą może być każda osoba powodująca zdarzenie, mogące stanowić podstawę do wypłaty odszkodowania, także dla innego podmiotu, nie dla niej samej. Działanie sprawcy musi być ukierunkowane na pozyskanie odszkodowania, przy czym on sam nie musi być jego beneficjentem. Przetępcze działanie podmiotu trzeciego na rzecz osoby ubezpieczonej stanowi zachowanie równie karygodne, jak działanie samego beneficjenta odszkodowania. R. Zawłocki podkreśla, że korzyścią z przestępstwa jest również korzyść dla innej osoby (por. art.115 § 4 k.k.)⁴¹. Odszkodowanie mogą otrzymać: ubezpieczający, tj. osoba, która opłaca składkę, ubezpieczony (osoba, której majątkowi zagraża wypadek ubezpieczeniowy) bądź inna osoba będąca uprawniona do wypłaty odszkodowania na jej rzecz. Spowodowanie zdarzenia będącego podstawą do wypłaty odszkodowania dla innej osoby wypełnia znamiona art. 298 § 1 k.k.⁴² Praktyka ukazuje wiele przypadków, gdzie m.in. sprawca zdarzenia twierdzi wobec ubezpieczyciela, że zdarzenie będące podstawą do wypłaty odszkodowania stanowi wypadek ubezpieczeniowy i przedstawia własnych świadków. Osoby te będące świadkami odpowiadają wówczas z art. 233 k.k., za składanie fałszywych zeznań, zagrożone również poważną karą. Osoby, które pomagają sprawcy

³⁹ T. Oczkowski, Oszustwo jako przestępstwo majątkowe i gospodarcze, Zakamycze 2004, s. 185.

⁴⁰ R. A. Stefański (red), Kodeks karny Komentarz, Warszawa 2015, s. 1774.

⁴¹ R. Zawłocki, (w:), A. Wąsek (red.), Kodeks karny..., *op. cit.*, s. 1266.

⁴² E. Usowicz, Oszustwa ubezpieczeniowe, *Gazeta Prawna* 2002, nr 62, s. 25.

spowodować zdarzenie będące podstawą do wypłaty odszkodowania, odpowiadać będą za pomocnictwo do przestępstwa z art. 298 k.k. (art. 18 § 3 k.k. w związku z tym przepisem).

Za przestępstwo ubezpieczeniowe z art. 298 k.k. odpowiada tylko osoba, powodująca umyślnie zdarzenie będące podstawą do wypłaty odszkodowania. Sprawca musi działać z zamiarem bezpośrednim, kierunkowym, co podkreśla ustawodawca, wymagając by sprawca działał w celu uzyskania odszkodowania. Godzenie się na to, aby zdarzenie zaistniało, tzn. wystąpienie zamiaru ewentualnego, nie jest wystarczające dla wypełnienia znamion podmiotowych przestępstwa z art. 298 § 1 k.k.

Celem sprawcy przestępstwa ubezpieczeniowego jest zaktualizowanie konkretnego umownego obowiązku zakładu ubezpieczeń⁴³. Zarówno cel w postaci uzyskania odszkodowania, jak i świadomość okoliczności, że powoduje się zdarzenie, które będzie podstawą do wypłaty odszkodowania z umowy ubezpieczenia, muszą zaistnieć łącznie⁴⁴. R. Zawłocki⁴⁵ oraz P. Kardas⁴⁶ słusznie zauważają, że osoba powodująca zdarzenie, będące podstawą do wypłaty odszkodowania, poprzez swoją lekkomyślność bądź nieostrożność, nie podlega karze, z uwagi na dekompletację znamion strony podmiotowej.

W doktrynie pojawia się spór co do tego, czy oszustwo ubezpieczeniowe z art. 298 § 1 k.k. pozostaje w zbiegu przepisów z art. 286 k.k., tj. oszustwem klasycznym. G. Wiciński i K. Buczkowski uważają, że art. 286 k.k. może ulegać zbiegowi z art. 298 k.k. ale tylko wtedy, kiedy sprawca wystąpił z roszczeniem odszkodowawczym, w związku z wystąpieniem zdarzenia, które sam popełnił⁴⁷. Odmienne zdania jest P. Kardas, który przyjmuje, że w przypadku, gdy sprawca spowodował zdarzenie, a następnie wystąpił z roszczeniem o wypłatę odszkodowania, występuje wielość czynów karalnych (tj. spowodowanie zdarzenia i wyłudzenie bądź usiłowanie wyłudzenia odszkodowania). Niemniej sprawca poniesie odpowiedzialność tylko za jeden czyn (to znaczy wyłudzenie), gdyż należy zastosować konstrukcję współukarania przestępstwa uprzedniego⁴⁸. Z poglądem tym nie zgadzają się m.in. R. Zawłocki oraz Ł. Pohl. Autorzy Ci wprawdzie również uważają, że każdy z tych czynów stanowi odrębne przestępstwo, optują jednak za przyjęciem w takim przypadku koncepcji realnego zbiegu przestępstw. Ł. Pohl uzasadnia to następująco: „szczególny charakter przestępstwa upo-

⁴³ R. Zawłocki, (w:) A. Wąsek (red.), Kodeks karny..., *op. cit.*, s. 1267.

⁴⁴ M. Malinowski, Przesłpstwo oszustwa ubezpieczeniowego, *Prokuratura i Prawo* 2007, nr 10, s. 87.

⁴⁵ R. Zawłocki, (w:) A. Wąsek (red.), Kodeks karny..., *op. cit.*, s. 1267.

⁴⁶ P. Kardas, (w:) Zoll (red.) kodeks karny, *op. cit.*, 446.

⁴⁷ Por. G. Wiciński, Oszustwo ubezpieczeniowe, *Prokuratura i Prawo* 1997, nr 7–8, s. 33.

⁴⁸ P. Kardas, (w:) Zoll (red.), Kodeks karny, część szczególna, Tom. III, komentarz do art. 278–363, Kantor Wydawniczy Zakamycze, Kraków 2006, wyd. 2, s. 706.

zorowania wypadku ubezpieczeniowego wymaga bowiem jego uwzględnienia w kwalifikacji prawnej, gdyż samo przestępstwo oszustwa nie oddaje (...) specyfiki stosunków ubezpieczeniowych, w które uderza"⁴⁹. Jak słusznie zauważa O. Górniok, odmienna kwalifikacja niesłaby za sobą zagrożenie dla „pewnych dóbr społecznych”, rzeczywiście spowodowanych przez sprawcę zdarzeniem⁵⁰. Dlatego popiera ona stanowisko R. Zawłockiego oraz Ł. Pohla co do wystąpienia realnego zbiegu przestępstw.

Ustawodawca w art. 298 § 2 k. k. wprowadził klauzulę niekaralności wobec sprawcy przestępstwa, który przed wszczęciem postępowania karnego dobrowolnie zapobiegł wypłacie odszkodowania. Przewidziana klauzula stanowi swego rodzaju odmianę czynnego żalu. Poprzez sformułowanie „zapobiegnięcia wypłaty odszkodowania” należy rozumieć wszelkie zachowania sprawcy, który spowodował zdarzenie będące podstawą do wypłaty odszkodowania, to znaczy jego działania lub zaniechania, w konsekwencji których odszkodowanie nie zostało wypłacone przez zakład ubezpieczeń. Kodeks karny nie wymaga, aby zapobieżenie wypłacie odszkodowania było wyłącznie rezultatem zachowania się sprawcy, co oznacza, że sprawca może posłużyć się w tym celu inną osobą. Wskazując na „inną osobę” należy mieć na uwadze kogoś, kto posiada szczególne umiejętności oraz kompetencje w celu zapobieżenia wypłaty odszkodowania⁵¹. Pojęcie „zapobiegnięcia wypłaty odszkodowania” obejmuje swym zakresem w szczególności sytuacje, gdzie sprawca nie zgłosił do zakładu ubezpieczeń zdarzenia oraz nie doprowadził do oszacowania rozmiarów szkody, nie złożył wniosku o wypłatę odszkodowania bądź w sposób wyraźny odstąpił z jego pobrania, czy też rozwiązał umowę ubezpieczenia. Zapobiegnięcie wypłacie odszkodowania to także działanie sprawcy polegające na nakłonieniu podmiotu, na rzecz którego sprawca spowodował dane zdarzenie, aby nie zgłaszał szkody ubezpieczycielowi, nie składał wniosku o wypłatę odszkodowania, a także w sposób wyraźny zrezygnował z jego pobrania.

Klauzula niekaralności nie ma zastosowania do tych przypadków, kiedy brak jest dobrowolności ze strony sprawcy, np. kiedy ubezpieczyciel sam wstrzyma wypłatę odszkodowania, do wypłaty nie dojdzie z przyczyn niezależnych od sprawcy bądź gdy podmiot, na rzecz którego sprawca spowodował zdarzenie sam bez wiedzy i woli sprawcy poweźmie czynności zapobiegające wypłacie odszkodowania. Pojęcie „dobrowolności” należy interpretować zgodnie ze znaczeniem jakie nadaje mu się w związku z instytucją czynnego żalu (art. 15 § 1, art. 17 § 1, art. 131 § 1 i 2 k.k.) z uwagi na speł-

⁴⁹ Ł. Pohl, *Przestępstwo...*, s. 128.

⁵⁰ O. Górniok, *Przestępstwa...*, s. 41; por. też e, *Kodeks...*, s. 1216.

⁵¹ Por. SN w wyroku z dnia 19 sierpnia 1974 r., sygn. I KR 35/74, OSNKW 1974, nr 12, poz. 225.

nienie podobnych funkcji przez te przepisy⁵². Przesłanką czynnego żalu jest „dobrowolność” w zapobiegnięciu wypłaty odszkodowania, która nastąpić musi jeszcze przed wszczęciem postępowania karnego, tj. postępowania *in rem*, jednakże nie odnosi się to do postępowań karnoskarbowych i podatkowych⁵³. Przesłanka ta zostaje spełniona w momencie, kiedy sprawca decyduje się na naprawienie szkody na skutek dokonania swobodnego, nieprzymuszonego wyboru. O dobrowolności w zapobiegnięciu wypłaty odszkodowania decyduje zatem nieskrępowana wola sprawcy, bez względu na motywację którą się kieruje w momencie podejmowania takiej decyzji.

Przepis art. 298 § 2 k.k. nie ma także zastosowania do sytuacji, w której sprawca bądź podmiot ubezpieczony pobierze odszkodowanie, a następnie je zwróci, w wyniku działań podjętych przez sprawcę. Zwrot pobranego odszkodowania może jedynie stanowić przesłankę do nadzwyczajnego złagodzenia kary na podstawie art. 60 § 2 pkt.1 k.k., szczególnie gdy wraz ze zwrotem odszkodowania sprawca pojedna się z pokrzywdzonym.

Zakres czynów, które mogą zostać uznane za przestępstwo ubezpieczeniowe jest niezwykle szeroki, gdyż obejmuje różnego rodzaju zachowania przestępne, które często nawet nie są związane z ubezpieczeniami.⁵⁴ Dlatego też opracowanie systematyki metod popełniania przestępstwa ubezpieczeniowego nie jest proste. Inna jest specyfika działań sprawców w zakresie ubezpieczeń komunikacyjnych, a inna w przypadku osób chcących wyłudzić np. zwrot kosztów leczenia. Najogólniejszy katalog przestępstw ubezpieczeniowych został zawarty w materiałach Europejskiego Komitetu Ubezpieczeń (CEA) w Paryżu. Katalog ten wyróżnia czyny m.in z zakresu⁵⁵:

- umyślnego spowodowania szkody przez ubezpieczonego bądź przy pomocy osób trzecich w celu wyłudzenia odszkodowania,
- zgłaszania roszczeń w związku ze szkodą, która nie zaistniała,
- zawarcia umowy po zaistnieniu szkody oraz fałszywe przedstawienie okoliczności jej zajścia,
- dokonania wielokrotnego ubezpieczenia u kilku ubezpieczycieli, w celu pobrania odszkodowania od każdego z nich,

⁵² P. Wawszczak, Konstrukcja przestępstwa asekuracyjnego, *Monitor Ubezpieczeniowy*, nr 37, kwiecień 2007, s. 4.

⁵³ R. A. Stefański (red.), *Kodeks karny Komentarz*, Warszawa 2015, s. 1775.

⁵⁴ Przykładem może być fałszerstwo dokumentów, które samo w sobie stanowi czyn z art. 270 k.k., zaś może ono posłużyć jako jedna z metod popełnienia przestępstwa ubezpieczeniowego, w przypadku posłużenia się takim dokumentem w trakcie procedury likwidacji szkody.

⁵⁵ R. Fulneczek, *Oszustwa...* Ten sam podział przytacza S. Stypułkowski, *Przestępczość ubezpieczeniowa. Skala zjawiska. Metody stosowane przez zakłady ubezpieczeń w celu jego ograniczenia*, (w:) *Materiały konferencyjne z III Ogólnopolskiej konferencji, Przestępczość ubezpieczeniowa*, Szczecin 2000, s. 17.

- dokonanie nadubezpieczenia, tj. (zawarcie ubezpieczenia na sumę powyżej wartości ubezpieczonego mienia, w celu uzyskania wyższego odszkodowania w przypadku zaistnienia szkody),
- zawyżania rozmiarów szkody.

Najczęściej spotykaną klasyfikacją jest podział mechanizmów przestępczego działania sprawców w oparciu o rodzaje ubezpieczeń, gdzie w takim wypadku wyróżnia się przestępczość⁵⁶:

- w ubezpieczeniach komunikacyjnych (OC) i (AC), w ramach, których występują takie metody jak:
 - a) złożenie fałszywych oświadczeń co do zaistniałego zdarzenia, gdzie w ramach tej formy metody działania sprawców mogą polegać na upozorowaniu kolizji z innym pojazdem, gdzie szkoda powstała bez uczestnictwa drugiego pojazdu lub kolizji ze zwierzęciem, gdzie wyłącznie winnym jest właściciel. Metoda ta jest wykorzystywana w szczególności, gdy chodzi o przejęcie odpowiedzialności przez osobę posiadającą pojazd o niskiej wartości, gdzie utrata niżki z tytułu OC nie będzie tak znaczna, jak w przypadku niżki AC kierującego pojazdem o znacznej wartości.
 - b) antydatowanie polisy (najczęściej w przypadku ubezpieczenia AC). Stosowanie tej metody wymaga już współdziałania z pracownikiem zakładu ubezpieczeń.
 - c) upozorowanie kradzieży pojazdu samochodowego, w efekcie czego będzie dokonana wypłata odszkodowania z AC. W ramach stosowania tego rodzaju metody można przytoczyć np. sprzedaż pojazdu podmiotowi trzeciemu i zgłoszenie jego kradzieży, bądź celowe zniszczenie pojazdu przez właściciela
 - d) wyłudzenie nienależnego odszkodowania z tytułu naprawy pojazdu. Metoda ta związana jest z zawyżeniem kosztów naprawy pojazdu, tj. przedstawienie fałszywych fv, w zakresie wymiany części czy robocizny.

W ubezpieczeniach mienia od kradzieży lub ognia możemy spotkać się z najczęstszymi mechanizmami przestępczości, w tym takim jak:

- podpalenie ubezpieczonego mienia,
- pozorowanie kradzieży z włamaniem bądź rabunku.

W ubezpieczeniach na życie i od następstw nieszczęśliwych wypadków wyróżnia się następujące metody⁵⁷:

- zabójstwo,
- samobójstwo,
- samookaleczenie,
- upozorowanie śmierci,

⁵⁶ W. J a r o c h, *Przestępczość...*, s. 92.

⁵⁷ Por. W. M ą d r z e j o w s k i, *Odpowiedzialność za wyłudzenie związane z ubezpieczeniem umowy leasingu*, *Mon. Prawn.* 1996, nr 2.

- fałszowanie zranienia bądź choroby. Szczególnie dotyczy to ubezpieczeń zdrowotnych i od następstw nieszczęśliwych wypadków, związanych z pokryciem kosztów leczenia.

Różnorodność metod stosowanych przez sprawców w celu uzyskania odszkodowania, często też ich niezwykła pomysłowość wskazuje na fakt, że ten rodzaj przestępczości może być dla nich opłacalny, przy niewielkim zagrożeniu karą i ryzyku jej poniesienia. Tylko odpowiednie rozpoznanie metod popełniania przestępstwa ubezpieczeniowego pozwoli na ich skuteczne zwalczanie. Dlatego też tak ważne jest szkolenie funkcjonariuszy policji w rozpoznawaniu oraz właściwym kwalifikowaniu czynów ukierunkowanych na wyłudzenie odszkodowań.

Z analizy danych dotyczących przestępstw ubezpieczeniowych ujawnionych w 2015 roku, przygotowanej przez Polską Izbę Ubezpieczeń wynika, że najwięcej nieprawidłowości wykrywanych jest w ubezpieczeniach komunikacyjnych, gdzie około 11 tys. z 13 tys. ujawnionych nieprawidłowości dotyczy ubezpieczenia OC komunikacyjnego⁵⁸. Wartość tych czynów to ponad 140 mln. zł. Wyłudzenie w zakresie szkód osobowych stanowi ponad 32% ogólnej kwoty wszystkich wyłudzeń, co stanowi wartość 58 mln zł. W przypadku wyłudzeń w komunikacji z 2015 r., największą wartość miały przypadki związane z NNW oraz OC rolnika. Na dalszych pozycjach znalazły się szkody związane z ubezpieczeniem mieszkań i domów. Według analizy Państwowej Izby Ubezpieczeń, aż 80% czynów zmierzających do wyłudzenia odszkodowania (OC i AC komunikacyjne, OC osobowe, OC rolników) zakwalifikowane było jako usiłowanie wyłudzenia kwoty odpowiadającej sumie ubezpieczenia (art. 13 k.k. w zw. z art. 286 k.k.), zaś 20% jako jego dokonanie (art. 286 k.k.)⁵⁹.

Wszystkie te dane świadczą o tym, że ubezpieczalnie są w posiadaniu nie tylko coraz to szerszej wiedzy w zakresie zwalczania przestępczości ubezpieczeniowej, ale także nowoczesnych środków zmierzających do wykrywania takich działań.

Przestępczość ubezpieczeniowa widoczna jest na każdym rynku ubezpieczeniowym, nie tylko w Polsce. O wielkiej skali przestępczości ubezpieczeniowej świadczą dane pochodzące z rynków ubezpieczeniowych Europy Zachodniej. Według tamtejszych statystyk 14% przypadków zgłaszanych do ubezpieczycieli zaliczyć można do kategorii oszustw ubezpieczeniowych, a 35% posiadaczy ubezpieczeń pojazdów próbuje wprowadzić w błąd towa-

⁵⁸ Państwowa Izba Ubezpieczeń, Raport „Analiza danych dotyczących przestępstw ujawnionych w 2015 r. w związku z działalnością zakładów ubezpieczeń – członków Polskiej Izby Ubezpieczeń, Warszawa 2016, s. 19, https://piu.org.pl/wpcontent/uploads/2017/04/PIU_raport_o_przestepczosci_za_2015.pdf (dostęp w dniu 20 marca 2017 r.).

⁵⁹ Polska Izba Ubezpieczeń, Raport..., *op. cit.*, s. 22–23.

rzystwa ubezpieczeniowe⁶⁰. Problem tego rodzaju przestępczości dotyczy także Europy Środkowej oraz Wschodniej, stąd też całkiem wytłumaczalne są decyzje ubezpieczalni w zakresie podejmowania działań ograniczających wystąpienia tego rodzaju zjawisk nie tylko poprzez skuteczniejsze wykrywanie oszustw, ale także inicjowanie działań ustawodawczych mających na celu użycie do zwalczania takich oszustw narzędzi właściwych dla prawa karnego.

Kryminalizowanie oszustw ubezpieczeniowych występuje w wielu krajach, aczkolwiek ich sposób ujęcia w poszczególnych kodeksach karnych jest zróżnicowany. Na przykład kodeks Republiki Austrii z dnia 23 stycznia 1974 r. penalizuje oszustwo asekuracyjne w § 151 (*Versicherungsmisbrauch*)⁶¹. Przepis ten podobnie jak ustawodawstwo polskie traktuje to przestępstwo jako powszechne. Jego sprawcą może być każdy, kto w zamiarze uzyskania ubezpieczenia bądź innego świadczenia dopuszcza się:

- zniszczenia, uszkodzenia, usunięcia lub kradzieży rzeczy ubezpieczonej,
- uszkodzenia ciała, narażenia zdrowia swojego bądź innej osoby poszkodowanej, o ile czyn ten nie posiada charakteru oszustwa (§ 146), poważnego oszustwa (§ 147) lub jeżeli sprawca z popełnienia oszustwa nie uczynił sobie stałego źródła dochodu⁶². Należy pozytywnie ocenić powyższy sposób ujęcia tego przestępstwa, który wyraźnie wskazuje do czego on się odnosi oraz odróżnia je od oszustwa (§ 146, § 147) przewidzianego również w austriackim kodeksie karnym.

Oszustwo asekuracyjne w austriackim kodeksie karnym obejmuje także wyłudzenie świadczeń ubezpieczeniowych z tytułu ubezpieczeń osobowych, czego brakuje w ustawodawstwie polskim. Przestępstwo z § 151 ust. 1 austriackiego kodeksu karnego sankcjonowane jest karą pozbawienia wolności do sześciu miesięcy bądź grzywny do 360 stawek dziennych. Kary te w porównaniu z sankcjami przewidzianymi w art. 298 polskiego k.k. są stosunkowo niskie. Trudno jednak dokonać oceny tych zagrożeń bez analizy porównawczej z sankcjami grożącymi za inne przestępstwa. Podobnie jak w prawie polskim, ustawodawstwo austriackie przewiduje instytucję czynnego żalu (§ 151 ust. 2), dającą sądowi możliwość odstąpienia od wymierzenia kary wobec sprawcy, który dobrowolnie przed pobraniem odszkodowania powiadomił właściwe organy o popełnionym przez siebie przestępstwie⁶³.

⁶⁰ Oszustwa ubezpieczeniowe na terenie Europy Środkowej, Grupa Generali, <http://prnews.pl/ubezpieczenia/oszustwa-na-terenie-europy-srodkowej-48529>.

⁶¹ https://www.jusline.at/151_Versicherungsmi&brauch_StGB.html (dostęp w dniu 2 kwietnia 2017 r.).

⁶² O. Górniok, O tzw. oszustwach gospodarczych w projekcie k.k., *Przegląd Prawa Karnego* 1992, nr. 6.

⁶³ Kodeks karny (*Strafgesetzbuch*) BGBl nr 60/1794, z późn.zm., za: <http://www.legislationonline.org/documents/section/criminal-codes/country/44> (dostęp w dniu 1 marca 2017 r.).

Podobne uregulowania prawne zawarte są w obowiązującym w tym zakresie § 272 kodeksu karnego Królestwa Norwegii z 1902 r. (*Straffeloven*)⁶⁴. Przepis ten stanowi: „Kto niszczy lub uszkadza przedmiot objęty ubezpieczeniem albo w inny sposób pozoruje zdarzenie stanowiące podstawę do roszczenia z tytułu ubezpieczenia w celu uzyskania przez niego lub inną osobę kwoty ubezpieczenia, podlega karze pozbawienia wolności na okres nie przekraczający 6 lat”. Obok kary pozbawienia wolności można także orzec grzywnę. Tutaj możemy zauważyć, iż w porównaniu do regulacji austriackiej kara z tytułu oszustwa ubezpieczeniowego jest znacznie surowsza, a nawet bardziej zbliżona do polskiego kodeksu karnego. Kodeks Królestwa Norwegii sankcjonuje także odpowiedzialność osoby współdziałającej w jakimkolwiek przestępstwie wymienionym w § 272 na tym samym poziomie co sprawcy. Przestępstwo to ma charakter przestępstwa powszechnego, a strona przedmiotowa obejmuje zarówno zniszczenie lub uszkodzenie przedmiotu objętego ubezpieczeniem, jak i podanie nieprawdziwych informacji związanych z roszczeniami odszkodowawczymi, próbę uzyskania odszkodowania za zdarzenia, które nie nosiły cech wypadku ubezpieczeniowego, a także w przypadku domagania się wypłaty ubezpieczenia za rzecz nieubezpieczoną albo taką, która nie ulega uszkodzeniu. Przepis ten przewiduje także odpowiedzialność karną już na etapie zawierania samej umowy ubezpieczenia tj. podanie fałszywych danych oraz na etapie zgłaszania szkody, tj. zawyżenie jej wartości.

Nieco odmiennie odpowiedzialność za oszustwo ubezpieczeniowe unormowana jest w kodeksie karnym Republiki Chorwacji z 1997 r.⁶⁵ Artykuł 225 tego kodeksu przewiduje dwie formy popełnienia przestępstwa, w zależności od rodzaju dobra objętego przedmiotem ubezpieczenia: mienia bądź zdrowia osoby fizycznej. Zgodnie z treścią § 1 powyższego przepisu karze grzywny samoistnej bądź pozbawienia wolności do lat 3 podlega ten, kto w celu uzyskania odszkodowania niszczy, uszkadza lub ukrywa przedmiot, który został ubezpieczony od zniszczenia, uszkodzenia, utraty bądź kradzieży. Takiej samej karze (§ 1) podlega ten, kto w celu uzyskania odszkodowania pieniężnego z tytułu uszkodzenia ciała, pogorszenia stanu zdrowia, wyrządził sobie taką szkodę bądź pogorszył stan zdrowia (art. 225 § 2 kodeksu karnego Chorwacji). Konstrukcja powyższego przepisu wskazuje zawsze na działania sprawcy z winy umyślnej. Niemniej jednak, o ile w sytuacji wyłu-

⁶⁴ *Straffeloven*_ The general Civil Penal Code, Act of 22 May 1092, No. 10, uwzględniające zmiany opublikowane do Act of 21 December 2005, No. 131, nieoficjalne tłumaczenie angielskie za: http://www.ub.uio.no/ujur/ulovdata/lov-19020522-010_eng.pdf (dostęp w dniu 1 marca 2017 r.).

⁶⁵ Narodne Novine, nr 110 z dnia 21 października 1997 r. z późn. zm., nieoficjalne tłumaczenie angielskie, http://www.vsrh.hr/Customa Pages/Static/HRV/Files/Legislation__Criminal - Code.pdf (dostęp w dniu 2 marca 2017 r.).

dzenia odszkodowania z ubezpieczenia majątkowego musi on działać w zamiarze bezpośrednim, o tyle jeśli chodzi o oszustwo w przypadku ubezpieczenia od szkody na osobie wydaje się, że może również działać w zamiarze ewentualnym w zakresie samego uszkodzenia ciała, co w efekcie końcowym i tak będzie uznane za zamiar bezpośredni, gdyż sprawca działa w celu uzyskania odszkodowania.

Nieco odmiennie uregulowane jest przestępstwo ubezpieczeniowe w niemieckim kodeksie karnym (StGB – *Strafgesetzbuch*). Polega ono na tym, że sprawca uszkadza, niszczy bądź czyni niezdatną do używania rzecz ubezpieczoną, celem przysporzenia sobie bądź komuś innemu korzyści z odszkodowania. W tym wypadku przestępstwo oszustwa ubezpieczeniowego (§ 265 StGB), ma charakter komplementarny w stosunku do oszustwa klasycznego. Jest ono ujęte dosyć wąsko i co ważne ma charakter komplementarny oraz subsydiarny tzn. karalność tego czynu następuje wówczas wtedy, gdy nie stanowi ono klasycznego oszustwa z § 263 StGB.

Przystępując do odpowiedzi na tytułowe pytanie, czy przestępstwo asekuracyjne z art. 298 k.k. jest tożsame czy odmiennie z oszustwem klasycznym z art. 286 k.k. należy uznać, pomimo tego, że w obu przypadkach używa się nazwy „oszustwo”, że są to dwa różne typy przestępstw i tak powinny pozostać. Przemawia za tym kilka argumentów. Po pierwsze, formalny, związany z faktem, że w art. 298 § 1 k.k. brak jest odwołania do charakterystycznych dla oszustwa klasycznego znamion skutku w postaci rozporządzenia mieniem, a także znamienia osiągnięcia korzyści majątkowej, będącego celem działania sprawcy. Zarówno w przestępstwie asekuracyjnym, jak i w oszustwie klasycznym zauważyć można różne przedmioty ochrony. Szkodliwość zachowań z art. 298 § 1 k.k. nie polega na wyrządzeniu szkody w mieniu, ale przejawia się w spowodowaniu zagrożenia dla interesów instytucji ubezpieczeniowych, będącego przejawem zachowania się sprawcy. Oszustwo klasyczne zaś chroni instytucje ubezpieczeniowe przed zamachami na mienie, polegającymi na wprowadzeniu w błąd co do istotnej okoliczności, mającej wpływ na dokonanie wypłaty odszkodowania z tytułu umowy ubezpieczenia, a tym samym do doprowadzenia do niekorzystnego rozporządzenia mieniem przez ubezpieczyciela. Elementem odróżniającym te dwa typy przestępstwa jest także przedmiot czynności wykonawczej, na które skierowane jest zachowanie człowieka. I tak w przypadku oszustwa klasycznego, jest to psychika człowieka, gdzie sprawca posługuje się różnymi metodami próbując oddziaływać na nią, zaś w przypadku oszustwa ubezpieczeniowego jest to przedmiot umowy ubezpieczeniowej.

Jak już wcześniej wspomniano, konstrukcja znamion przestępstwa oszustwa asekuracyjnego odpowiada w swej istocie czynności przygotowawczej do popełnienia oszustwa klasycznego, która nie może być traktowana jeszcze jako usiłowanie wyłudzenia odszkodowania. Przepis art. 298 § 1 k.k.

został ujęty jako przestępstwo *sui generis* karalnego przygotowania do oszustwa klasycznego. W przypadku, gdy po spowodowaniu zdarzenia będącego podstawą do wypłaty odszkodowania, sprawca poweźmie czynności zmierzające do wypłaty odszkodowania i uzyska odszkodowanie, wówczas jego zachowanie wypełniać będzie znamiona oszustwa klasycznego (art. 286 § 1 k.k.).

Opowiadając się za celowością utrzymania art. 298 k.k., nie sposób zaprzeczyć, że jego redakcja wymaga zmian. Jak już wykazywano brak jest zgodności co do tego, czy przepis ten dotyczy jedynie ubezpieczeń majątkowych, czy także ubezpieczeń osobowych i ewentualnie w jakich przypadkach. Dodatkowo pojawiają się trudności co do interpretacji pojęcia zdarzenia oraz pojęcia wypadku. Ponadto, słusznie zwraca się uwagę, że niezwykle trudne jest udowodnienie sprawcy spowodowania celowego zdarzenia objętego ochroną ubezpieczeniową jeszcze przed złożeniem wniosku o odszkodowanie, a zwłaszcza udowodnienie, że rzeczywiście działał on z zamiarem bezpośrednim, ukierunkowanym na uzyskanie odszkodowania z umowy ubezpieczenia, gdyż tylko takiej sytuacji dotyczy właśnie art. 298 k.k.

Z tego względu konieczne jest wprowadzenia odpowiednich zmian legislacyjnych, przy czym pomocne mogą być uregulowania obowiązujące w innych krajach. Warto w szczególności rozważyć wprowadzenie do art. 298 § 1 k.k. bardziej szczegółowego opisu strony przedmiotowej czynu zabronionego (choćby w sposób jaki przedstawia to austriacki kodeks karny z 23 stycznia 1974 r. w § 151), gdzie szeroko opisuje on znamiona strony przedmiotowej czynu zabronionego, wskazując na ich istotę, tj. zniszczenie, uszkodzenie bądź usunięcie rzeczy ubezpieczonej⁶⁶. Przepis ten wyraźnie podkreśla (czego brakuje w ustawodawstwie polskim), że za przestępstwo uznaje się nie tylko spowodowanie rzeczywistych zdarzeń, ale także czynności wykonawcze w postaci usunięcia mienia, a także pozorowanie zdarzeń dających podstawę do żądania wypłaty odszkodowania. Według austriackiego kodeksu karnego dokonany czyn nie musi polegać na rzeczywistym spowodowaniu zdarzenia, wystarczy zaś, że sprawca zniszczy, uszkodzi bądź usunie rzecz ubezpieczoną, za co także poniesie taką samą odpowiedzialność. Powyższe uregulowanie może stanowić cenną inspirację dla ustawodawstwa polskiego w zakresie chociażby rozszerzenia znamion strony przedmiotowej, co z pewnością usunęłoby różnice poglądów co do tego, czy do wypłaty odszkodowania wystarczające jest spowodowanie zdarzenia czy jego upozorowanie.

Należałoby także zastanowić się, czy nie powinno się wyraźnie zaznaczyć, że przepis art. 298 k.k. dotyczy zarówno ubezpieczeń majątkowych, jak i osobowych oraz wszystkich związanych z nimi świadczeń (podobnie jak

⁶⁶ Por. O. Górniok, O tzw. oszustwach..., *op. cit.*, s. 18.

to ma miejsce w wyżej wymienionym kodeksie Austrii oraz kodeksie karnym Chorwacji). Ponadto, podobnie jak w prawie niemieckim, gdzie karalność oszustwa ubezpieczeniowego następuje tylko wtedy, gdy nie stanowi ono klasycznego oszustwa z § 263 StGB⁶⁷, należałoby wskazać, że art. 298 k.k. ma charakter komplementarny w stosunku do oszustwa klasycznego.

Rozważenia wymaga też podwyższenie sankcji za oszustwo ubezpieczeniowe, w szczególności gdy mamy do czynienia np. z umyślnym spowodowaniem lub upozorowaniem kolizji drogowych, w których narażone na niebezpieczeństwo lub naruszenie są dobra o wielkiej wartości, takie jak życie i zdrowie człowieka, kiedy to adekwatną karą byłoby pozbawienie wolności do lat 10. Można się spodziewać, że zaproponowane zmiany przepisu art. 298 k.k. co do podwyższenia sankcji karnej z 5 lat do 10 lat pozbawienia wolności przyczyniłyby się do tego, że sprawcy rozważyliby, czy warto ryzykować popełnienie przestępstwa. Sankcja z pewnością powinna odstraszać przestępców, a uregulowania prawne, szczególnie poprzez szerokie i klarowne ujęcie zakresu strony przedmiotowej, nie powinny pozostawiać wątpliwości co do tego za co i na jakiej podstawie potencjalny sprawca poniesie odpowiedzialność. Warto byłoby także rozważyć przyjęcie podobnej zasady jak obowiązująca w kodeksie karnym Królestwa Norwegii, gdzie odpowiedzialność karna dotyczy każdego w takim samym zakresie, niezależnie od tego, czy ktoś jest pomocnikiem, czy sam dokonał przestępstwa.

Jasne regulacje prawne nie budzące wątpliwości interpretacyjnych, wysokie sankcje karne, wyposażenie ubezpieczalni w odpowiednie środki techniczne ułatwiające wykrywanie przestępstw, a także ścisła współpraca pomiędzy ubezpieczalniami, bankami oraz policją byłyby z pewnością skutecznymi narzędziami do walki z przestępczością ubezpieczeniową, pozwalającymi na istotne ograniczenie jej rozmiarów.

Insurance frauds in the context of classic frauds

Abstract

This paper explores insurance frauds under Article 298 of the Penal Code of 1997, in the context of classic frauds. It discusses terminological difficulties around insurance frauds, drawing attention to discrepancies among

⁶⁷ J. Skorupka, Wybrane zagadnienia konstrukcji typów szczególnych przestępstwa oszustw, *Monitor Prawniczy* 2004, nr 14, s. 637.

views of legal academics and commentators as to the application of “concurrency of provisions”. The also formulates proposals to amend the existing legislation as far as insurance frauds are concerned.

Blanka Julita Stefańska

Przestępstwo niepłacenia alimentów w hiszpańskim prawie karnym

Streszczenie

Przedmiotem artykułu jest przestępstwo niepłacenia alimentów w hiszpańskim prawie karnym. Jego istota polega na niepłaceniu jakiegokolwiek rodzaju świadczenia ekonomicznego, np. kompensacyjnego, odszkodowawczego, alimentacyjnego, na rzecz współmałżonka lub dzieci, ustanowionego w ugodzie zatwierdzonej przez sąd albo w orzeczeniu sądowym, w wypadku zobowiązania okresowego przez 2 miesiące następujące po sobie lub 4 miesiące nienastępujące po sobie (art. 227 ust. 1 h.k.k.), a w przypadku zobowiązania jednorazowego świadczenia, na jego niewykonaniu w chwili wymagalności zapłaty (art. 227 ust. 2 h.k.k.). Przedstawione jest kształtowanie się tego przestępstwa w hiszpańskim prawie karnym oraz zawarta jest analiza znamion tego przestępstwa w aktualnym stanie prawnym. Rozważania koncentrują się wokół przedmiotu ochrony, strony przedmiotowej, podmiotu, strony podmiotowej i zagrożenia karnego. Poszczególne problemy są omawiane z odwołaniem się w szerokim zakresie do doktryny i judykatury.

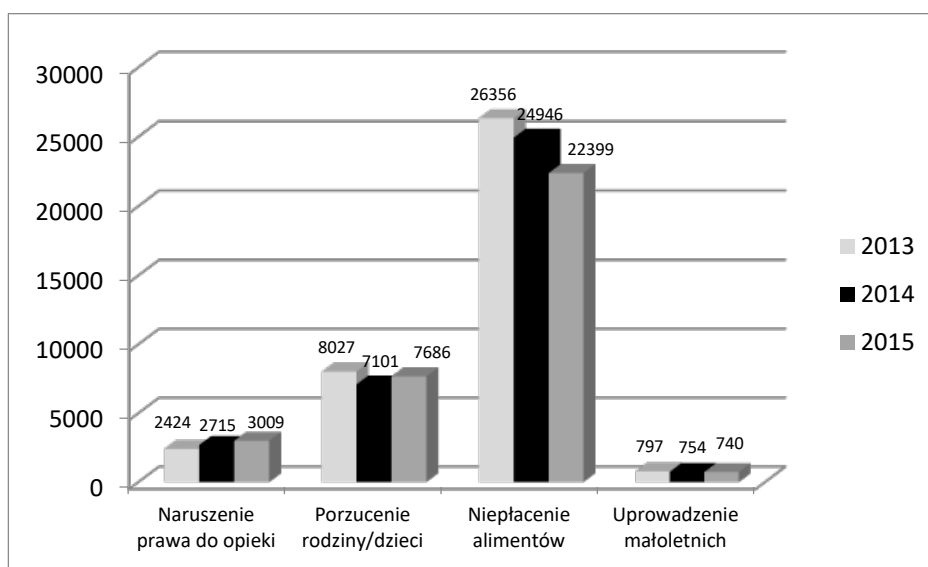
I. Wprowadzenie

Przestępstwo niepłacenia alimentów (art. 227 h.k.k.¹) w Hiszpanii należy do tych przestępstw, które znacznie wzrosły w ostatnich latach². W literaturze przyczyny tego stanu upatruje się w trudnej sytuacji gospodarczej w Hiszpanii, która odbiła się na sytuacji ekonomicznej gospodarstw domowych, w wyniku której rodzic, nieposiadający prawa do opieki (mężczyzna lub kobieta) przestaje płacić alimenty na swoje dzieci, mimo zobowiązania

¹ Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal (BOE núm. 281 de 24 de Noviembre de 1995), dalej zwany h.k.k.

² A. López Contreras, El delito de impago de pensiones alimenticias. Breve guía jurídica, <http://noticias.juridicas.com/conocimiento/articulos-doctrinales/4895-el-delito-de-impago-de-pensiones-alimenticias-breve-guia-juridica/> (data pobrania: 16 stycznia 2017 r.).

do tego orzeczeniem sądowym³. W sprawozdaniu Prokuratury Generalnej za 2016 r. wykazano, że spośród przestępstw przeciwko rodzinie, tak jak w latach ubiegłych, na dużo wyższym poziomie niż pozostałe przestępstwa z tej grupy rodzajowej, kształtuje się przestępstwo niepłacenia świadczeń, a znacznie poniżej znajdują się pozostałe przestępstwa takie jak: uprowadzenie małoletniego (art. 225 bis h.k.k.), porzucenie rodziny, w tym dzieci (art. 226 – art. 233 h.k.k.), naruszenie prawa do opieki (art. 223–225 h.k.k.). Poniższe wykresy obrazują wszczęte postępowania przygotowawcze (wykres 1), postępowania sądowe (wykres 2) oraz skazania (wykres 3)⁴.



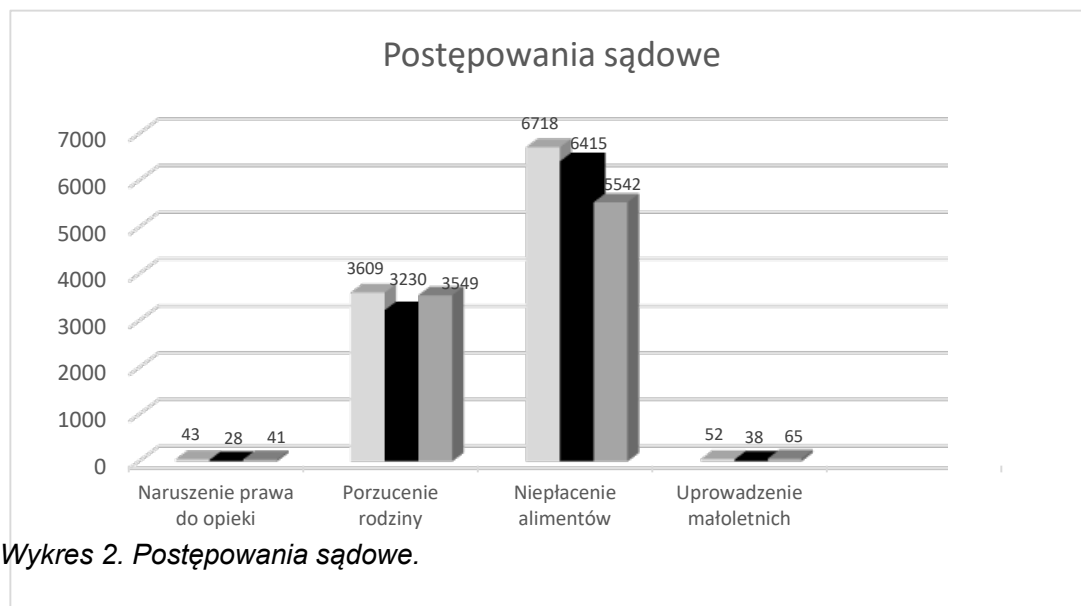
Wykres 1. Wszczęte postępowania przygotowawcze.

Od 2014 r. liczba postępowań przygotowawczych o przestępstwa niepłacenia alimentów wykazuje spadek w niewielkim stopniu, który w 2015 r. wyniósł 10,75%. Spadku tego doszukuje się w ogólnej poprawie sytuacji ekonomicznej po kryzysie w poprzednim okresie (2008–2014)⁵.

³ A. López Contreras, El delito de impago de pensiones alimenticias. Breve guía jurídica, <http://noticias.juridicas.com/conocimiento/articulos-doctrinales/4895-el-delito-de-impago-de-pensiones-alimenticias-breve-guia-juridica/> (data pobrania: 16 stycznia 2017 r.).

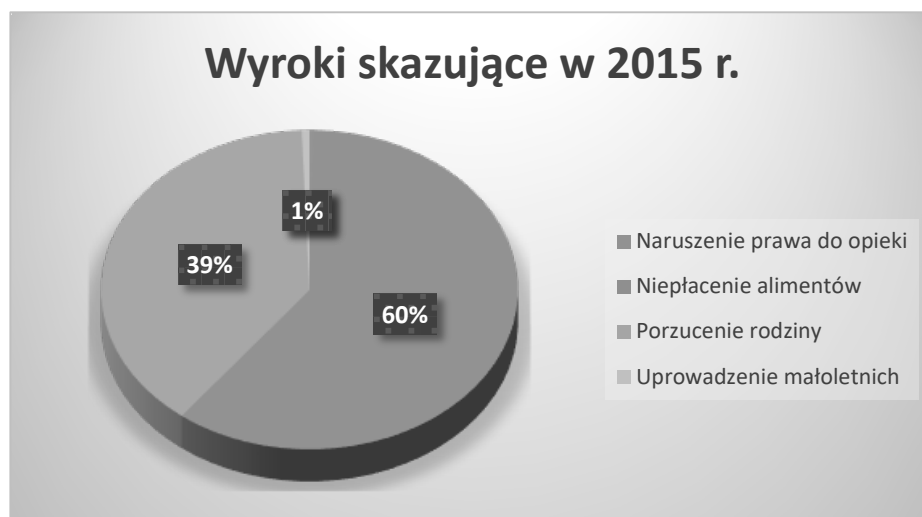
⁴ Źródło: Memoria de Fiscalía General del Estado 2016, https://www.fiscal.es/memorias/memoria2016/FISCALIA_SITE/index.html (data pobrania 7 lutego 2017 r.).

⁵ Memoria de la Fiscalía General del Estado del año 2016, https://www.fiscal.es/memorias/memoria2016/FISCALIA_SITE/index.html (data pobrania: 7 lutego 2017 r.).



Wykres 2. Postępowania sądowe.

Z powyższego wykresu jednoznacznie wynika, że odnotowano spadek postępowań sądowych o niepłacenie alimentów, a wzrost postępowań o pozostałe przestępstwa przeciwko rodzinie.



Wykres 3. Wyroki skazujące.

W 2015 r. za przestępstwa przeciwko rodzinie zostało wydanych 7.096 wyroków, co stanowi 2,88% wszystkich wyroków skazujących. Najwięcej wyroków jest wydanych za niepłacenie alimentów (60%) i porzucenie rodziny (39%).

Pokrzywdzeni mogą domagać się wypłaty alimentów na drodze cywilnej, jednakże najczęściej wybierają postępowanie karne, mając nadzieję, iż szybciej w ten sposób osiągną zamierzony skutek, w wyniku zobowiązania oskarżonego do zapłacenia zaległych alimentów (art. 227 ust. 3 h.k.k.).

Ustawodawstwo hiszpańskie restrykcyjnie podchodzi do uchylania się od alimentów, czego przykładem jest ustawa 7/2012 z dnia 23 listopada 2012 r. przeciwko przemocy wobec kobiet we Wspólnocie Walenckiej, która w art. 3 ust. 4 za przejaw przemocy wobec kobiet uznaje tzw. przemoc ekonomiczną, którą definiuje jako wszelkie ograniczenia, prawnie nieuzasadnione lub dyskryminacyjne w rozporządzaniu swoim mieniem, majątkiem lub prawami ekonomicznymi w ramach związku lub po jego zakończeniu⁶, np. niepłacenie alimentów.

II. Kształtowanie się przestępstwa niepłacenia alimentów w Hiszpanii

Przestępstwo niepłacenia alimentów zostało wprowadzone po raz pierwszy do hiszpańskiego kodeksu karnego z 1973 r.⁷ ustawą 3/1989 z dnia 1 lipca 1989 r. o aktualizacji kodeksu karnego⁸. W preambule tej ustawy penalizację tego zachowania uzasadniano potrzebą ochrony członków rodziny słabszych ekonomicznie w zakresie niewykonywania obowiązków pomocy przez zobowiązaną do tego osobę. Dodany nowelą art. 487 bis został umieszczony w księdze II „Przestępstwa i kary za nie”, tytule XII „Przestępstwa przeciwko wolności i bezpieczeństwu”, rozdziale III „O porzuceniu rodziny i dzieci”. Zachowanie sprawcze polegało na zaprzestaniu płacenia w ciągu 3 kolejnych miesięcy albo 6 miesięcy nienastępujących po sobie, jakiegokolwiek świadczenia ekonomicznego na rzecz współmałżonka lub dzieci ustanowionego w ugodzie zatwierdzonej przez sąd albo w orzeczeniu sądowym o separacji, rozwodzie lub unieważnieniu małżeństwa. Przepis ten

⁶ Ley 7/2012, de 23 de noviembre, de la Generalitat, Integral contra la Violencia sobre la Mujer en el Ámbito de la Comunitat Valenciana (D.O.C.V. núm. 6912 de 28 de noviembre de 2012).

⁷ Decreto 3096/1973, de 14 de septiembre, por el que se publica el Código Penal, texto refundido conforme a la Ley 44/1971, de 15 de noviembre (BOE núm. 297, de 12 de diciembre de 1973).

⁸ Ley Orgánica 3/1989, de 21 de junio, de actualización del Código Penal (BOE núm. 148, de 22 de junio de 1989).

przewidywał karę aresztu więzszego⁹ oraz grzywnę w wysokości od 100.000 do 500.000 peset.

Kodeks karny z 1995 r. przejął typizację tego zachowania, zmieniając jedynie znamiona strony przedmiotowej oraz zagrożenie karne¹⁰. W pierwotnym brzmieniu zostały zmniejszone okresy niepłacenia świadczeń do 2 kolejnych miesięcy oraz do 4 miesięcy nienastępujących po sobie. Zostało również zmodyfikowane zagrożenie karne za to przestępstwo, do którego wprowadzono karę aresztu od ośmiu do dwudziestu weekendów¹¹.

Ustawą 15/2003 z dnia 25 listopada 2003 r. o zmianie ustawy 10/1995 z dnia 23 listopada 1995 r. – kodeks karny¹², wobec zniesienia kary aresztu weekendowego, zmieniono zagrożenie karne za to przestępstwo na karę więzienia od 3 miesięcy do 1 roku albo grzywnę od 6 do 24 miesięcy¹³.

III. Przedmiot ochrony

Przestępstwo to znajduje się w dziale 3 „O porzuceniu rodziny, małoletnich lub osób niepełnosprawnych potrzebujących szczególnej ochrony”, roz-

⁹ Trwającego od 1 miesiąca i 1 dnia do 6 miesięcy (art. 30 cyt. kodeksu).

¹⁰ Art. 227 h.k.k. aktualnie stanowi: „1. Kto przestaje płacić w ciągu dwóch miesięcy następujących po sobie lub czterech miesięcy nienastępujących po sobie jakiegokolwiek rodzaj świadczenia ekonomicznego na rzecz swojego małżonka lub dzieci, ustanowionego w ugodzie zatwierdzonej sądownie lub w orzeczeniu sądowym w przypadku separacji prawnej, rozwodu, orzeczenia nieważności małżeństwa, ustalenia ojcostwa, lub sprawy o alimenty na rzecz swoich dzieci, podlega karze więzienia od trzech miesięcy do roku lub grzywnie od sześciu do 24 miesięcy. 2. Tej samej karze podlega ten, kto przestaje płacić jakiegokolwiek inne świadczenie ekonomiczne ustanowione łącznie lub jednorazowo w wypadkach przewidzianych w powyższym ustępie. 3. Naprawienie szkody wyrządzonej przestępstwem oznacza zawsze zapłatę zaległych kwot”.

¹¹ Kara aresztu weekendowego trwała 36 godzin i odpowiadała 2 dniom pozbawienia wolności. Odbywana była w czasie piątku, soboty i niedzieli w ośrodku penitencjarnym położonym najbliżej miejsca zamieszkania skazanego. W wypadkach uzasadnianych okolicznościami sąd mógł zarządzić odbywanie tej kary w innych dniach tygodnia (art. 37 cyt. kodeksu). Ustawą 15/2003 z dnia 25 listopada 2003 r. o zmianie ustawy 10/1995 z dnia 23 listopada 1995 r. – kodeks karny (Ley Orgánica 15/2003, de 25 de noviembre, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, BOE núm. 283 de 26 de Noviembre de 2003) kara ta została zniesiona i zastąpiła ją kara krótkotrwałego więzienia (od 3 miesięcy do 5 lat), kara prac na cele społeczne bądź kara odbywana w miejscu zamieszkania.

¹² Ley Orgánica 15/2003, de 25 de noviembre, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal (BOE núm. 283 de 26 de Noviembre de 2003).

¹³ W myśl art. 50 ust 1–3 h.k.k. kara grzywny polega na nałożeniu na skazanego sankcji pieniężnej (ust. 1). Kara grzywny jest wymierzana, o ile ustawa nie stanowi inaczej, według systemu stawek dziennych (ust. 2). Minimalny wymiar kary grzywny wynosi 10 dni, zaś maksymalny – 2 lata, a w przypadku wymierzenia grzywny osobom prawnym maksymalny jej wymiar to 5 lat (ust. 3).

działu III „O przestępstwach przeciwko prawom i obowiązkom rodzinnym”, tytułu XII „Przestępstwa przeciwko stosunkom rodzinnym”, księgi II „Przestępstwa i kary za nie”.

Mimo że intytucja działu 3 sugeruje, iż jego rodzajowym przedmiotem ochrony jest dobro rodziny, kwestia przedmiotu ochrony art. 227 h.k.k. wywołała spory w doktrynie i judykaturze.

W literaturze jest prezentowany pogląd że *sui generis* przedmiotem ochrony art. 227 h.k.k. jest bezpieczeństwo i dostatek beneficjentów świadczeń alimentacyjnych¹⁴.

Przyjmuje się też, że przepis ten chroni skuteczne wywiązywanie się z obowiązków rodzinnych ustanowionych w ustawodawstwie cywilnym w małżeństwie oraz w stosunkach rodzice – dzieci, sankcjonując niewykonanie obowiązku opieki i solidarności, które rodzą się w zacieśnionych więziach rodzinnych¹⁵.

Twierdzi się także, że przestępstwo to chroni życie, zdrowie, nienaruszalność fizyczną oraz dostatek beneficjenta świadczeń, jednakże supozycję tę poddano krytyce, wskazując, iż ustawodawca spenalizował zwyczajne niewykonywanie orzeczenia sądowego ustanawiającego świadczenia alimentacyjne, podkreślając przesłanki czasowe. Słusznie uznano, że przestępstwo to nie zależy od tego, czy poziom życia beneficjentów świadczeń jest wysoki czy niski, a nawet gdyby był wyższy od poziomu życia zobowiązanego do płacenia alimentów, to i tak znamiona tego przestępstwa byłyby wypełnione¹⁶.

W doktrynie na pierwszy plan wysuwa się niewykonywanie orzeczenia sądowego, co w rzeczywistości jest szczególną formą przestępstwa przeciwko wymiarowi sprawiedliwości; w istocie powoduje ono nieskuteczność orzeczeń sądowych¹⁷.

W orzecznictwie uznaje się, że:

- „Przedmiot ochrony nie ogranicza się do osobistego bezpieczeństwa najsłabszych ekonomicznie członków rodziny w odróżnieniu od pozostałych rodzajów przestępstw porzucenia rodziny, a zawiera w nim interes państwa w wykonywaniu orzeczeń sądowych i poszanowaniu zasady autorytetu, tak jak ma to miejsce w przypadku przestępstwa nieposłuszeństwa z art. 237 kodeksu karnego z 1973 r. (art. 556 obowiązującego kodeksu karnego)”¹⁸;

¹⁴ F. Muñoz Conde, *Derecho Penal Parte Especial*, Valencia 2015, s. 283.

¹⁵ A. Calderón, J. A. Choclán, *Código Penal Comentado*, Barcelona 2005, s. 500.

¹⁶ F. Muñoz Conde, *Derecho Penal...*, s. 282.

¹⁷ F. Muñoz Conde, *Derecho Penal...*, s. 282.

¹⁸ Sentencia núm. 856/02 de Audiencia Provincial de Madrid, sección 16, de 20 de diciembre de 2002, <http://www.poderjudicial.es/search/contenidos.action?action=contentpdf&datasematch=AN&reference=3283791&links=art.%20227&optimize=20030527&publicinterface=true> (data pobrania: 5 lutego 2017 r.).

- „Wspomniany przepis ma na celu chronić najłabszych ekonomicznie członków rodziny w zakresie niewywiązywania się z obowiązku pomocy przez zobowiązanego. Zobowiązanie wynikające z obowiązku uiszczenia świadczenia ekonomicznego wskazanego przez sąd cywilny na rzecz współmałżonka lub dzieci uzasadnione jest obowiązkiem alimentacyjnym z artykułu 142 kodeksu cywilnego”¹⁹;
- „Przestępstwo stypizowane w artykule 227 kodeksu karnego jest wydzielone z ogólnego typu przestępstwa porzucenia rodziny i wprowadza do kodeksu szczególny rodzaj typu podstawowego, którym ustawodawca próbuje chronić najłabszych ekonomicznie członków rodziny w zakresie niewywiązywania się z obowiązku pomocy przez zobowiązanego na mocy orzeczenia sądowego lub ugody zatwierdzonej sądownie w przypadkach przewidzianych w tym przepisie”²⁰;
- „Przestępstwo to atakuje dobro prawnie chronione przepisem, którym jest bezpieczeństwo rodzinne obejmujące utrzymywanie ekonomiczne członków rodziny potrzebujących takiej pomocy, ale także godzi w szacunek i poważanie decyzji sądowych uważanych za przejaw zasady władzy; zachowania takie jak osądzone wyrażają wyraźnie bunt wobec władzy państwa”²¹;
- „Dobrem prawnie chronionym przez typ nie jest (...) wierzytelność jako taka, tylko rodzina w zakresie zachowań polegających na jej porzuceniu”²²;
- „Charakter przestępstwa oraz tytuł kodeksu, w jakim się znajduje wskazują, że nie chodzi o sankcjonowanie zwykłego niewywiązywania się z zobowiązania cywilnego, a porzucenia obowiązków wspierania rodziny przejawiającego się tym, że sprawca, w związku lub w wyniku postępowania małżeńskiego, dobrowolnie przestaje je wypełniać przez niepłacenie ustanowionych świadczeń”²³;

¹⁹ Sentencia núm. 778/2005 de Audiencia Provincial de Madrid, sección 17 de 12 de julio de 2005, <http://www.poderjudicial.es/search/contenidos.action?action=contentpdf&database=AN&reference=1131136&links=&optimize=20051117&publicinterface=true> (data pobrania: 19 lutego 2017 r.).

²⁰ Sentencia núm. 32/2013 de Audiencia Provincial de Las Palmas, sección 1, de 4 de marzo de 2013, <http://www.poderjudicial.es/search/contenidos.action?action=contentpdf&database=AN&reference=6722224&links=&optimize=20130529&publicinterface=true> (data pobrania: 19 lutego 2017 r.).

²¹ Sentencia núm. 576/2001 del Tribunal Supremo de 3 de abril de 2001, <http://www.poderjudicial.es/search/contenidos.action?action=contentpdf&database=TS&reference=3203302&links=&optimize=20030808&publicinterface=true> (data pobrania: 19 lutego 2017 r.).

²² Sentencia núm. 185/2001 del Tribunal Supremo, de 13 de febrero de 2001, <http://www.poderjudicial.es/search/contenidos.action?action=contentpdf&database=TS&reference=3203426&links=&optimize=20030808&publicinterface=true> (data pobrania: 19 lutego 2017 r.).

²³ Sentencia núm. 373/2002 de Audiencia Provincial de Sevilla de 29 de julio de 2002, <http://www.poderjudicial.es/search/contenidos.action?action=contentpdf&database=A>

- „Przedmiot ochrony tej regulacji określa się w doktrynie jako wielopostaciowy, gdyż ma trzy różne dobra chronione (...), którymi są bezpieczeństwo członków rodziny poprzez ochronę obowiązków pomocy i solidarności rodzinnej, które pozostają nawet po rozpadzie małżeństwa, pośrednio prawo do rozwiązywania relacji małżeńskich, gdyż zależy w dużym stopniu od możliwości płacenia świadczeń ekonomicznych oraz interes państwa w poszanowaniu zasady władzy”²⁴.

Umieszczenie art. 227 w dziale 3 h.k.k. zatytułowanym „O porzuceniu rodziny, małoletnich lub osób niepełnosprawnych potrzebujących szczególnej ochrony”, jednoznacznie dowodzi, że zachowania w nim opisane godzą w dobro rodziny, a w związku z tym głównym przedmiotem jego ochrony jest dobro rodziny, a ze względu na to, że obejmuje nieregulowanie zasadzonych świadczeń, dodatkowym przedmiotem ochrony jest autorytet organów wymiaru sprawiedliwości, który doznaje uszczerbku przez nierespektowanie ich orzeczeń.

IV. Strona przedmiotowa

Zachowanie sprawcze polega na niepłaceniu jakiegokolwiek rodzaju świadczenia ekonomicznego, np. kompensacyjnego, odszkodowawczego, alimentacyjnego na rzecz współmałżonka lub dzieci. Ma na celu zapobieżenie uporczywemu, dobrowolnemu niepłaceniu alimentów, chroniąc tym samym szczególnie małoletnie dzieci oraz ułatwiając wyegzekwowanie należnych kwot²⁵.

Warunkiem odpowiedzialności jest, by świadczenie ekonomiczne na rzecz małżonka lub dzieci było ustanowione w ugodzie zatwierdzonej przez sąd albo w orzeczeniu sądowym. Sprawca nie może być skazany za to przestępstwo, jeżeli nie ma orzeczenia sądowego, z którego wynika zobowiązanie świadczenia²⁶.

W judykaturze zasadnie przyjmuje się, że świadczenie ekonomiczne obejmuje „Świadczenia związane z dokładaniem się do wydatków małżeń-

N&reference=2926772&links=&optimize=20031212&publicinterface=true (data pobrania: 19 lutego 2017 r.).

²⁴ Sentencia núm. 93/2001 de Audiencia Provincial de Barcelona, de 5 de febrero de 2001, <http://www.poderjudicial.es/search/contenidos.action?action=contentpdf&database=AN&reference=2647395&links=&optimize=20040309&publicinterface=true> (data pobrania: 19 lutego 2017 r.).

²⁵ A. López Contreras, El delito de impago de pensiones alimenticias. Breve guía jurídica, <http://noticias.juridicas.com/conocimiento/articulos-doctrinales/4895-el-delito-de-impago-de-pensiones-alimenticias-breve-guia-juridica/> (data pobrania: 16 stycznia 2017 r.).

²⁶ L. Rodríguez Ramos (dir.), Gabriel Rodríguez – Ramos Ladaría (coord.), Código Penal (concordado y comentado con jurisprudencia) y Leyes penales especiales y complementarias, Madrid 2015, s. 1169.

skich (artykuł 103 ust. 3 kodeksu cywilnego), alimenty na dzieci w szerokim ujęciu (art. 93, 142 i 154 kodeksu cywilnego), zawierające konieczne wydatki na pożywienie, mieszkanie, ubranie, pomoc medyczną itp. oraz tak zwane świadczenie kompensacyjne (art. 97 kodeksu cywilnego), jak i – ze względu na tożsamość powoda – odszkodowanie przyznane na rzecz współmałżonka działającego w dobrej wierze, którego małżeństwo zostało unieważnione, gdyż przy jego określaniu należy mieć na uwadze okoliczności przewidziane w artykule 97 (art. 98). Niemniej, nie wszystkie świadczenia ekonomiczne przyznane przez sąd są chronione tą drogą, chodzi wyłącznie o świadczenia tak zwanej natury opiekuńczej i które spełniają cechy właściwe dla przedmiotu ochrony, dlatego też nie należą do nich, chociaż są kosztami małżeńskimi, koszty procesowe ponoszone przez jednego z małżonków ani wierzycelności, które jeden z małżonków ponosi wobec drugiego w związku z rozwiązaniem małżeńskiej wspólnoty majątkowej²⁷. Nie ma znaczenia wysokość świadczenia. W orzecznictwie słusznie zauważa się, iż: „Nie należy zapominać, że niewykonywany obowiązek wynika z orzeczenia sądowego, owocu procesu, w którym sędzia cywilny miał możliwość wyważyć dostarczone dowody oraz wysłuchać głosów stron, dlatego w chwili ustalania konkretnej kwoty świadczenia miał na uwadze zachodzące okoliczności, między innymi, zdolność ekonomiczną zobowiązanego do jego płacenia”²⁸.

Zgodnie z art. 142 hiszpańskiego kodeksu cywilnego²⁹ alimentami jest wszystko to, co niezbędne do wyżywienia, mieszkania, ubrania i pomocy medycznej oraz do wychowania i wykształcenia do czasu uzyskania pełnoletniości przez otrzymującego alimenty, a nawet później, jeżeli nie zakończył nauki z powodu niezależnego od niego. Alimenty obejmują też koszty ciąży i porodu, jeżeli nie zostały pokryte w inny sposób.

Prawo do alimentów na rzecz dzieci jest usankcjonowane w art. 39 ust. 3 Konstytucji Królestwa Hiszpanii z 1978 r.³⁰, który ustanawia obowiązek opieki rodziców nad małoletnimi dziećmi oraz w innych przypadkach przewidzianych przez prawo. Art. 110 kodeksu cywilnego zaś przewiduje obowiązek alimentacyjny od rodziców, którzy nie sprawują władzy rodzicielskiej nad

²⁷ Sentencia núm. 42/2002 de Audiencia Provincial de Zaragoza, de 26 de febrero de 2002, <http://www.poderjudicial.es/search/contenidos.action?action=contentpdf&database=AN&reference=4559888&links=&optimize=20040503&publicinterface=true> (data pobrania: 17 lutego 2017 r.).

²⁸ Sentencia núm. 245/2014 de Audiencia Provincial de Tenerife, sección 2, de 29 de mayo de 2014, <http://www.poderjudicial.es/search/contenidos.action?action=contentpdf&database=AN&reference=7134038&links=&optimize=20140724&publicinterface=true> (data pobrania: 20 lutego 2017 r.).

²⁹ Real Decreto de 24 de julio de 1889, texto de la edición del Código Civil mandada publicar en cumplimiento de la Ley de 26 de mayo último (GACETA de 25 de Julio de 1889).

³⁰ Constitución Española de 1978 (B.O.E. núm. 311 de 29 de diciembre de 1978).

małoletnimi, a art. 111 tego kodeksu stanowi, że w przypadku pozbawienia władzy rodzicielskiej pozostaje obowiązek alimentacyjny. Art. 154 kodeksu cywilnego zalicza alimentację do obowiązków władzy rodzicielskiej. Alimenty na rzecz dzieci mają znaczenie priorytetowe, gdyż w myśl art. 92 kodeksu cywilnego rodzice nie są zwolnieni z obowiązków wobec małoletnich dzieci w przypadku separacji, rozvodu lub unieważnienia małżeństwa.

Obowiązek alimentacyjny musi być określony w ugodzie zatwierdzonej przez sąd w postępowaniu bez orzekania o winie albo w orzeczeniu sądowym wydanym w postępowaniu spornym dotyczącym prawnej separacji, rozvodu, orzeczenia nieważności małżeństwa, ustalenia ojcostwa lub o alimenty na rzecz swoich dzieci.

Zachowanie sprawcze polega na zaniechaniu. Chodzi o niewykonanie obowiązku alimentacyjnego w określonym czasie. Ustawodawca wyróżnia dwa zachowania sprawcze: pierwsze, w wypadku zobowiązania okresowego (miesięcznego), polegające na niepłaceniu w okresie 2 miesięcy następujących po sobie lub 4 miesięcy nienastępujących po sobie (art. 227 ust. 1 h.k.k.); drugie, w przypadku zobowiązania jednorazowego wypłacenia świadczenia, polegające na jego niewykonaniu w chwili wymagalności zapłaty (art. 227 ust. 2 h.k.k.)³¹.

W doktrynie zasadnie twierdzi się, że dopuszcza się tego przestępstwa także sprawca, który częściowo nie wykonuje zobowiązań alimentacyjnych, np. nie wypłaca całej kwoty albo dyskryminuje jednego z beneficjentów, np. płaci alimenty na dzieci, a nie płaci małżonkowi. Zasadnie uznaje się, że w razie częściowego niewykonywania zobowiązań alimentacyjnych, dochodzi do przestępstwa wówczas, gdy częściowe niewywiązanie się z obowiązku alimentacyjnego jest znaczące i chodzi o duże kwoty³². Jak trafnie zauważył Sąd Najwyższy: „W przypadku częściowego wywiązywania się z długu, należy odrzucić jakąkolwiek formę automatycznego sprowadzania do zachowania sprawczego wszystkich zachowań, polegających na niewywiązywaniu się całkowicie ze świadczenia ekonomicznego. Materialna bezprawność zachowania – i nie tylko formalna bezprawności subsumcji typu – wymaga naruszenia dobra chronionego prawem. Nie oznacza to, że każda częściowa zapłata długu prowadzi do zachowania zgodnego z prawem; takie zachowanie nie jest przestępne w wypadku, gdy niezapłacona kwota ma tak znikome znaczenie w stosunku do zapłaconej kwoty, że jest bez znaczenia dla przestępstwa z artykułu 227 ust. 1 kodeksu karnego. Kwestia ta powinna być rozstrzygana w konkretnej sprawie w zależności od okoliczności; należy wykluczyć wykładnie, które uświęcają więzienie za długi, zapo-

³¹ A. Calderón, J. A. Choclán, Código Penal..., s. 500.

³² F. Muñoz Conde, Derecho Penal..., s. 284.

minając o tym, że w ostateczności chodzi o rodzaj „porzucenia” rodziny”³³. W literaturze zasadny jest pogląd, że nie ma przestępstwa w przypadku opóźnień lub zwykłej nieregularności w wywiązywaniu się z zobowiązania bądź świadczenie jest płacone w innym terminie niż ustalony w orzeczeniu sądowym, bowiem nie należy mylić zachowania osoby, która w miarę swoich możliwości przestrzega ciężącego na nim obowiązku i stara się go wypełniać z zachowaniem osoby, która nie wypełnia tego obowiązku, chociaż sporadycznie kupuje dzieciom prezenty i odzież³⁴.

Znamiona przestępstwa są zrealizowane tylko wtedy, gdy sprawca miał warunki do wykonania obowiązku, tj. do zapłaty alimentów w sposób ustalony w ugodzie lub orzeczeniu sądowym³⁵. W literaturze słusznie przyjmuje się, że zachowania sprawcze stypizowane w art. 227 h.k.k. są karalne tylko wówczas, gdy zobowiązanego do zapłaty stać jest jej dokonać, w przeciwnym wypadku przestępstwo to zamieniłoby się w rodzaj więzienia za długi, co byłoby niezgodne z Konstytucją Królestwa Hiszpanii i sprzeczne z art. 11 Międzynarodowego Paktu Praw Obywatelskich i Politycznych z 1966 r.³⁶

Był tego przestępstwa, w myśl zasady *ad impossibilita nemo tenetur*, zależy od tego, czy sprawca może wykonać obowiązki alimentacyjne. Przesłanka ta nabiera istotnego znaczenia w praktyce, gdyż niejednokrotnie zobowiązani do płacenia alimentów podnoszą, że nie są w stanie ich płacić. Niemniej najczęściej chodzi o zachowania polegające na zatajeniu przychodu lub majątku poprzez otrzymywanie wynagrodzenia „na czarno”, przepisywanie majątku na inne osoby lub na zwiększaniu swoich zobowiązań przez symulowane zobowiązań na rzecz innych osób³⁷. W literaturze słusznie zauważa się, że w wypadkach, gdy nie chodzi o oszukańcze pomniejszanie majątku, a pogorszenie statusu majątkowego zobowiązanego jest prawdziwe, powinno się doprowadzić do zmiany orzeczeniem sądowym wysokości świadczeń alimentacyjnych lub warunków płatności, a nawet zawieszenia obowiązku alimentacyjnego³⁸. Jeżeli zobowiązany nie ma przychodów lub zmniejszyły się one w istotny sposób, wówczas powinien zwrócić się

³³ Sentencia núm. 185/2001 del Tribunal Supremo, de 13 de febrero de 2001, <http://www.poderjudicial.es/search/contenidos.action?action=contentpdf&database=TS&reference=3203426&links=&optimize=20030808&publicinterface=true> (data pobrania: 19 lutego 2017 r.).

³⁴ L. Rodríguez Ramos (dir.), Gabriel Rodríguez – Ramos Ladaria (coord.), Código Penal..., s. 1170.

³⁵ A. Calderón, J. A. Choclán, Código Penal..., s. 501.

³⁶ Art. 11 Międzynarodowego Paktu Praw Obywatelskich i Politycznych stanowi: „Nikt nie może być pozbawiony wolności jedynie z powodu niemożności wywiązania się z zobowiązań umownych”. F. Muñoz Conde, Derecho Penal..., s. 283.

³⁷ F. Muñoz Conde, Derecho Penal..., s. 284.

³⁸ F. Muñoz Conde, Derecho Penal..., s. 285–286.

do sądu, który rozpoznawał jego sprawę rozwodową lub separacyjną o zmianę wysokości alimentów, gdyż dopóki obowiązuje wyrok ze wskazaniem pewnej kwoty alimentów, zobowiązany jest ją uiszczać.

W judykaturze zasadnie przyjmuje się, że: „W odniesieniu do skutków, jakie wywiera rzekoma niemożność wywiązania się ze swoich zobowiązań (...) należy przyznać, że w stosunku do przestępstwa przewidzianego w art. 227 k.k. doktryna i orzecznictwo jest zgodne co do tego, by nie skazywać za przestępstwo niepłacenia świadczeń w wypadkach, gdy udowodniono na rozprawie, że zobowiązany do zapłaty nie miał środków ekonomicznych na płacenie zaległych alimentów”³⁹, a z drugiej strony słusznie twierdzi się, że „Dłużnik nie może (...) decydować sam i na własne ryzyko oraz jednostronnie o momencie zaprzestania spełniania swojego obowiązku, powołując się na złą sytuację ekonomiczną. Stan ten powinien wynikać z dowodów i nie chodzi o odwrócenie ciężaru dowodowego co do większej lub mniejszej biedy dłużnika, który uznaje siebie za niewypłacalnego, tylko o stworzenie prawidłowego postępowania w wypadku, gdy niewypłacalność jest rzeczywista, a nie stanowi zwykłej wymówki, która jest bardzo często używanym argumentem w tych sprawach”⁴⁰.

W judykaturze niesłusznie przyjmuje się, że na stronę przedmiotową składają się tylko dwa elementy:

- 1) prawomocny wyrok sądowy w sprawie o separację, rozwód lub unieważnienie małżeństwa, który ustanawia świadczenie majątkowe na rzecz małżonka lub dzieci pochodzących z małżeństwa. Nie jest wymagane, by wierzyciel świadczenia znajdował się w potrzebie; jest możliwe ustanowienie zarówno świadczeń alimentacyjnych jak i odszkodowawczych;
- 2) zaniechanie polegające na wielokrotnym niepłaceniu wspomnianego świadczenia ekonomicznego w okresach wskazanych w przepisie⁴¹.

Rację ma natomiast Sąd Najwyższy, że: „Na stronę przedmiotową składają się następujące elementy: 1) prawomocny wyrok sądowy lub ugoda zatwierdzona przez właściwy sąd, w którym ustanowiono jakikolwiek rodzaj

³⁹ Sentencia núm. 836/2009 de Audiencia Provincial de Barcelona, sección 6, de 4 de diciembre de 2009, <http://www.poderjudicial.es/search/contenidos.action?action=contentpdf&datasematch=AN&reference=5070415&links=&optimize=20100318&publicinterface=true> (data pobrania: 19 lutego 2017 r.).

⁴⁰ Sentencia núm. 160/2014 de Audiencia Provincial de Sevilla, sección 1, de 12 de marzo de 2014, <http://www.poderjudicial.es/search/contenidos.action?action=contentpdf&datasematch=AN&reference=7131032&links=&optimize=20140722&publicinterface=true> (data pobrania: 20 lutego 2017 r.).

⁴¹ Sentencia núm. 856/02 de Audiencia Provincial de Madrid, sección 16, de 20 de diciembre de 2002, <http://www.poderjudicial.es/search/contenidos.action?action=contentpdf&datasematch=AN&reference=3283791&links=art.%20227&optimize=20030527&publicinterface=true> (data pobrania: 5 lutego 2017 r.).

świadczenia majątkowego na rzecz małżonka lub dzieci pochodzących z małżeństwa; 2) zachowanie w postaci zaniechania przez zobowiązanego do zapłaty, polegające na wielokrotnym niepłaceniu ustalonego świadczenia majątkowego w okresach wskazanych w przepisie, które obecnie wynoszą dwa miesiące następujące po sobie lub cztery miesiące nienastępujące po sobie oraz 3) element podmiotowy, na który składa się wiedza o orzeczeniu sądowym oraz wola niewywiązywania się z obowiązku płacenia świadczenia, nałożonego orzeczeniem. W tej przesłance zawiera się także możliwość podmiotu wywiązywania się z nałożonego obowiązku, bowiem, jeżeli sprawca znajduje się w sytuacji niemożności płacenia świadczenia, to taka obiektywna sytuacja wyłącza wolę zachowania i oznacza brak winy, gdyż nie ma elementu bezprawności, który wyłączony jest obiektywną sytuacją stanu wyższej konieczności, a konkretnie zaistnieniem przyczyny, która nie może wymusić innego zachowania niż takiego zachowania się podmiotu⁴². Dlatego też sądy badają status majątkowy oskarżonego i jeżeli rzeczywiście nie ma przychodów i wystarczających środków, to wydają wyroki uniewinniające.

Zdaniem Sądu Najwyższego: „stroną przedmiotową jest zaniechanie – niepłacenie w czasie dwóch miesięcy następujących po sobie lub czterech miesięcy nienastępujących po sobie jakiegokolwiek świadczenia ekonomicznego ustanowionego sądowno na rzecz małżonka lub dzieci (...)”⁴³.

Trafnie zauważa się, że sam fakt uzyskania przez dzieci pełnoletności lub fakt, że przez pewien okres dziecko mieszka z ojcem zobowiązanym do płacenia alimentów nie oznacza automatycznego zniesienia obowiązków rodzinnych; nie znika obowiązek płacenia alimentów dopóki zobowiązany nie wniesie o zmianę środków do właściwego sądu cywilnego i nie uzyska orzeczenia w tej sprawie⁴⁴.

Przedmiotem czynności wykonawczej mogą być beneficjenci takich świadczeń, czyli małżonek lub dzieci.

Jest to przestępstwo formalne, zostaje popełnione przez niewykonanie obowiązku, niezapłacenie świadczenia. Jest ono bardziej zbliżone do przestępstwa przeciwko wymiarowi sprawiedliwości niż przeciwko rodzinie. Nie-

⁴² Sentencia núm. 576/2001 del Tribunal Supremo de 3 de abril de 2001, <http://www.poderjudicial.es/search/contenidos.action?action=contentpdf&datasematch=TS&reference=3203302&links=&optimize=20030808&publicinterface=true> (data pobrania: 19 lutego 2017 r.).

⁴³ Sentencia núm. 1350/2002 del Tribunal Supremo, Sala de lo Penal, sección 1 de 8 de Julio de 2002, <http://www.poderjudicial.es/search/contenidos.action?action=contentpdf&datasematch=TS&reference=3149748&links=art.%20227&optimize=20030912&publicinterface=true> (data pobrania: 6 lutego 2017 r.).

⁴⁴ L. Rodríguez Ramos (dir.), Gabriel Rodríguez – Ramos Ladaria (coord.), Código Penal..., s. 1168.

mniej *ratio legis* penalizacji tego zachowania polega na zapewnieniu realizacji najważniejszych obowiązków o charakterze materialnym w kręgu rodziny⁴⁵. W orzecznictwie słusznie twierdzi się, że: „Zachowanie w postaci zaniechania, skutkuje popełnieniem przestępstwa, gdyż jest to przestępstwo formalne, nie jest zatem konieczne spowodowanie żadnego szkodliwego skutku, który zawarty jest w braku otrzymywania ustanowionego świadczenia”⁴⁶.

W judykaturze uznaje się, że jest to przestępstwo ciągłe i trwałe, nie można zaś mówić o ciągu przestępstw⁴⁷. Nie można podzielić poglądu, że jest to przestępstwo ciągłe, gdyż jest klasycznym przestępstwem trwałym, bowiem polega na wywołaniu i utrzymywaniu stanu bezprawnego.

V. Podmiot

Jest to przestępstwo indywidualne właściwe, gdyż sprawcą może być tylko osoba zobowiązana do świadczenia ekonomicznego (*delictum proprium*).⁴⁸ Może to być małżonek lub rodzic zobowiązany do świadczeń orzeczonych przez sąd. W literaturze przyjmuje się, że sprawcą jest ten, kto w postępowaniu cywilnym z powodu pokrewieństwa jest zobowiązany do świadczenia alimentacyjnego; nie musi być to ojciec biologiczny, a dziecko może być urodzone w związku małżeńskim lub pozamałżeńskim⁴⁹.

W judykaturze słusznie zauważa się, że „orzeczenie sądowe lub ugoda zatwierdzona przez sąd, w których ustanowione jest świadczenie majątkowe na rzecz współmałżonka lub dzieci obciążające drugiego współmałżonka lub rodzica, przyznaje im status prawny wierzycieli wobec niego, on sam zaś staje się dłużnikiem. Takie orzeczenie, w którym ustanawia się to zobowiązanie, jest tytułem prawnym, który uprawnia wierzyciela do domagania się spełnienia świadczenia i dochodzenia go na drodze sądowej zgodnie z przewidzianymi prawem

⁴⁵ F. Muñoz Conde, *Derecho Penal...*, s. 282.

⁴⁶ Sentencia núm. 92/2006 de Audiencia Provincial de Madrid, sección 16, de 14 de febrero de 2006, <http://www.poderjudicial.es/search/contenidos.action?action=contentpdf&datasematch=AN&reference=850348&links=&optimize=20060406&publicinterface=true> (data pobrania: 19 lutego 2017 r.).

⁴⁷ Sentencia núm. 20/2013 de Audiencia Provincial de Murcia, sección 2, de 29 de enero de 2013, <http://www.poderjudicial.es/search/contenidos.action?action=contentpdf&datasematch=AN&reference=6656559&links=&optimize=20130315&publicinterface=true> (data pobrania: 22 lutego 2017 r.).

⁴⁸ A. Calderón, J. A. Choclán, *Código Penal...*, s. 501.

⁴⁹ L. Rodríguez Ramos (dir.), Gabriel Rodríguez – Ramos Ladaria (coord.), *Código Penal...*, s. 1168.

procedurami”⁵⁰. Słusznie twierdzi Sąd Najwyższy, że nie jest warunkiem koniecznym, by takie prawo do wierzytelności przyznawane było w sytuacjach, gdy beneficjent świadczenia znalazł się w życiowej potrzebie⁵¹.

VI. Strona podmiotowa

Jest to przestępstwo umyślne (*crimen dolosa*). Dla bytu zamiaru wystarczy znajomość stanu faktycznego wynikającego z obowiązku działania, ze zdolności do działania oraz braku działania wymaganego przez prawo. Sprawca powinien wiedzieć o obowiązku płacenia świadczenia majątkowego w sposób określony przez sąd, o swojej zdolności do płacenia oraz, że swoim zachowaniem nie wykonuje obowiązku⁵². Konieczne jest, by sprawca nie tylko wiedział o obowiązku płacenia świadczeń alimentacyjnych, ale i umyślnie zaniechał ich wykonania. W literaturze zauważa się, że zamiar niepłacenia alimentów jest bardziej związany z zamiarem w przestępstwach nieposłuszeństwa niż z zamiarem w przestępstwach niewypłacalności i oszustw majątkowych⁵³.

Zachowania nieumyślne, wynikające z błędnego zrozumienia orzeczenia sądowego lub jakiegoś z jego ustaleń, o ile nie stanowią podstępu lub wybiegu w celu zwlekania z zapłatą, nie stanowią przestępstwa⁵⁴. W orzecznictwie twierdzi się, że: „Brak środków, czy to w formie dochodów czy też majątku, nie oznacza, iż niepłacenie świadczeń jest niedobrowolne, bowiem oskarżony przyznał na rozprawie, że dokonał kilku wypłat, które wstrzymał po tym jak zawiadamiająca nie pozwoliła mu zobaczyć swoich dzieci i wówczas dobrowolnie zwolnił się z pracy („poprosił o rachunek w swojej firmie” oraz „został bezrobotny”) i od tamtego czasu nic nie płacił. W konsekwencji, poza tym, że nie ma żadnego dowodu wpłat, których rzekomo dokonał, a zawiadamiająca zaprzecza, by miały one miejsce, a niezdolność ekonomiczna, na którą powołuje się oskarżony, aby usprawiedliwić niepłacenie alimentów, do których płacenia zobowiązał się i nadal jest zobowiązany, była zamierzona w celu niewykonywania swojego obowiązku (...). W tym stanie rzeczy jest oczywiste, że sprawca miał zamiar,

⁵⁰ Sentencia núm. 652/200 de Audiencia Provincial de Barcelona, de 5 de junio de 2000, <http://www.poderjudicial.es/search/contenidos.action?action=contentpdf&database=AN&reference=1753618&links=&optimize=20041222&publicinterface=true> (data pobrania: 20 lutego 2017 r.).

⁵¹ Sentencia núm. 185/2001 del Tribunal Supremo, de 13 de febrero de 2001, <http://www.poderjudicial.es/search/contenidos.action?action=contentpdf&database=TS&reference=3203426&links=&optimize=20030808&publicinterface=true> (data pobrania: 20 lutego 2017 r.).

⁵² A. Calderón, J. A. Choclán, Código Penal..., s. 501.

⁵³ F. Muñoz Conde, Derecho Penal..., s. 285.

⁵⁴ F. Muñoz Conde, Derecho Penal..., s. 285.

a wszelkie inne elementy z art. 227 k.k. zostały uwiarygodnione⁵⁵. Oskarżony ma dowieść, że zachodzi okoliczność wyłączająca bezprawność lub winę, że brak zapłaty był całkowicie niedobrowolny i niezwiązany zupełnie z jego zamiarem⁵⁶.

Upływ okresów niepłacenia stanowi tak zwany warunek obiektywny karalności i może działać na korzyść jak i na szkodę osoby zobowiązanej do świadczeń alimentacyjnych. W literaturze słusznie wskazuje się, że nie można mówić o całkowitej obiektywizacji przestępstwa bez poczynienia ustaleń dotyczących strony podmiotowej oraz wypłacalności sprawcy; nie można skazać sprawcy tylko i wyłącznie w wyniku upływu okresów oraz niepłacenia alimentów.⁵⁷ W judykaturze również zasadnie wskazuje się, że „Nie zachodzi tymczasem nieodzowny element subiektywny w zarzucanym czynie, polegający na wiedzy o zaistnieniu obiektywnych elementów przestępstwa, a przede wszystkim na szczególnym zamiarze, opierającym się na przemyślanym buntowniczym zachowaniu w stosunku do wywiązywania się z obowiązków rodzinnych o charakterze majątkowym, które zostały ustalone przez sąd. Prawo karne nie przewiduje automatyzmu zaproponowanego przez oskarżyciela polegającego na tym, że zawsze w sytuacji niepłacenia świadczenia koniecznie należy wymierzyć karę”⁵⁸.

Sąd Najwyższy trafnie zwraca uwagę, że:

- „Odnosnie do struktury przestępstwa, jest to przestępstwo zaniechania wykonywania nakazu sądowego, który mu został bezpośrednio przypomniany doręczeniem orzeczenia sądowego, gdzie pouczone go o obowiązku płacenia świadczenia. Dlatego też nakaz prawny był jasny i nie dający się obejść. Skarżący wiedział doskonale, że prawo nie pozwoli mu zaniechać tego działania. Był w pełni świadomy bezprawności odmowy wykonania tego, co mu nakazano, bez możliwości zaistnienia błędu. Jego status jako zobowiązanego był bezwzględnie określony, jako że jest oj-

⁵⁵ Sentencia núm. 307/2013 de Audiencia Provincial de Barcelona, sección 7, de 18 de marzo de 2013, <http://www.poderjudicial.es/search/contenidos.action?action=contentpdf&database=AN&reference=6723865&links=&optimize=20130530&publicinterface=true> (data pobrania: 20 lutego 2017 r.).

⁵⁶ Sentencia núm. 510/2010 de Audiencia Provincial de Valencia, sección 2, de 20 de julio de 2010, <http://www.poderjudicial.es/search/contenidos.action?action=contentpdf&database=AN&reference=5713710&links=&optimize=20100902&publicinterface=true> (data pobrania: 20 lutego 2017 r.). Sentencia núm. 378/2005 de Audiencia Provincial de Barcelona, sección 9, de 2005, <http://www.poderjudicial.es/search/contenidos.action?action=contentpdf&database=AN&reference=1259347&links=&optimize=20050721&publicinterface=true> (data pobrania: 22 lutego 2017 r.).

⁵⁷ F. Muñoz Conde, *Derecho Penal...*, s. 285.

⁵⁸ Sentencia núm. 358/2005 de Audiencia Provincial de Madrid, sección 3, de 1 de julio de 2005, <http://www.poderjudicial.es/search/contenidos.action?action=contentpdf&database=AN&reference=1115317&links=&optimize=20051124&publicinterface=true> (data pobrania: 22 lutego 2017 r.).

- cem; był świadomy, że taki jest jego status i wiedział o nakazie sądowym⁵⁹;
- „Ewidentnie chodzi o przestępstwo (...), którego stroną podmiotową jest zamiar, to znaczy świadomość i wola zaprzestania płacenia okresowego świadczenia, które zostało nałożone (...). Z udowodnionego stanu faktycznego bezsprzecznie wynika, że oskarżony przestał wypełniać swój obowiązek opieki, wiedział, że go nie wykonuje i chciał wstrzymać się od jego wykonania. Na dowód tego wystarczy przypomnieć, że była małżonka oskarżonego od początku miała trudności z pobieraniem świadczenia kompensacyjnego i alimentacyjnego ustalonego w wyroku rozwodowym, o którego egzekucję musiała wnieść; później, po orzeczeniu zatrzymania części wynagrodzenia, które oskarżony otrzymywał z rodzinnej firmy, w której pracował – i która w praktyce była prowadzona przez niego (...) – zaszła konieczność trzykrotnego ponowienia nakazu sądowego o zatrzymaniu części wynagrodzenia, 13 maja 1994 r, 14 maja i 18 czerwca 1996 r., mimo to była małżonka mogła pobrać tylko jedno miesięczne świadczenie w trakcie 1996 r. Przemyślane działanie nieposłuszeństwa i porzucenie zobowiązań rodzinnych przez oskarżonego zostało udowodnione⁶⁰.

VII. Zagrożenie karne

Przestępstwo to jest zagrożone karą więzienia od 3 miesięcy do roku lub grzywną od 6 do 24 miesięcy⁶¹.

Okolicznością łagodzącą jest naprawienie szkody wyrządzonej pokrzywdzonemu lub zmniejszenie jej skutków, na jakimkolwiek etapie postępowania przed rozprawą główną (art. 21 pkt 5 h.k.k.). Zgodnie art. 227 ust. 3 h.k.k. naprawienie szkody wyrządzonej tym przestępstwem polega zawsze na zapłaceniu zaległych świadczeń alimentacyjnych. W literaturze twierdzi się, że hiszpański ustawodawca wyjaśnił w tym przepisie kwestię dyskutowaną zarówno w teorii, jak i w praktyce, a mianowicie, czy odpowiedzialność cywilna wynikająca z przestępstwa zawiera zapłatę należnych zaległości. W czasie obowiązywania art. 487 bis kodeksu karnego z 1973 r. za taką interpretacją

⁵⁹ Sentencia núm. 922/2007 del Tribunal Supremo, de 28 de noviembre de 2007, <http://www.poderjudicial.es/search/contenidos.action?action=contentpdf&datasematch=TS&reference=297798&links=&optimize=20080131&publicinterface=true> (data pobrania: 20 lutego 2017 r.).

⁶⁰ Sentencia núm. 1350/2002 del Tribunal Supremo, Sala de lo Penal, sección 1 de 8 de Julio de 2002, <http://www.poderjudicial.es/search/contenidos.action?action=contentpdf&datasematch=TS&reference=3149748&links=art.%20227&optimize=20030912&publicinterface=true> (data pobrania: 6 lutego 2017 r.).

⁶¹ Na temat grzywny zob. przypis 12.

opowiadała się Prokuratura Generalna, która w Okólniku 2/1990 z dnia 1 października 1990 r. o stosowaniu noweli wprowadzonej ustawą 3/1989 z dnia 1 lipca 1989 r. o aktualizacji kodeksu karnego⁶² twierdziła, iż: „Jeżeli przyjąć, że naruszenie przedmiotu ochrony następuje w wyniku niepłacenia świadczenia – i jest to jedyna wykładnia, która prowadzi do materialnego substratu bezprawności zachowania przewidzianego przez to przestępstwo, które w innym przypadku stałoby się zwykłym więzieniem za długi – naruszenie dobra prawnego powinno być naprawione na drodze karnej i to w tym trybie należy wnosić o naprawienie spowodowanej szkody, zarówno przez zapłatę należnych kwot jak i innych podlegających zapłacie. Taka powinna być, dopóki orzecznictwo nie wypracuje innej ewentualnie odmiennej linii wykładni, teza i stanowisko, które powinny zawierać w swych pismach prokuratorzy”.

W orzecznictwie przyjmuje się, że:

- „Oznacza to, że nie można ustanowić innej odpowiedzialności cywilnej, niż ta, która wynika z czynów uznanych za udowodnione i które uznane są za przestępstwo. (...) Z sankcjonowanego zachowania, tak jak jest to zawarte w art. 227 ust. 1, nie może wynikać inna odpowiedzialność cywilna niż ta, która odpowiada niezastosowaniu się, będącym relewantnym z punktu widzenia prawa karnego”⁶³;
- „Artykuł 227 kodeksu karnego, który reguluje przestępstwo porzucenia rodziny polegające na niepłaceniu świadczenia ustalonego w ugodzie sądowej lub orzeczeniu sądowym, w ustępie trzecim wskazuje w niezbity sposób, że naprawienie szkody wynikłej z przestępstwa oznacza zawsze zapłatę zaległych świadczeń. (...) Pokrzywdzona (...) wnosi o zapłatę w charakterze odszkodowania należnych kwot do momentu wydania wyroku. Taka możliwość jest dopuszczalna, mając na uwadze doktrynę, gdyż wniosek wyłącznie dotyczy odpowiedzialności cywilnej wynikającej z przestępstwa, niemniej czyn podstawowy miał miejsce przez niezastosowanie się do minimalnego okresu przewidzianego w artykule 227 kodeksu karnego, w znaczeniu, że utrzymuje się sytuacja bezprawna stworzona przez oskarżonego. (...) kwoty będące przedmiotem odpowiedzial-

⁶² Circular 2/1990, de 01 de octubre, sobre la aplicación de la reforma de la Ley Orgánica 3/1989, de 21 de junio, de actualización del código penal, https://www.fiscal.es/fiscal/PA_WebApp_SGNTJ_NFIS/descarga/CIRCULAR%20_1990.pdf?idFile=1877c90b-71f6-42f4-9fa4-b9f38ffdef88 (data pobrania: 7 lutego 2017 r.).

⁶³ Sentencia núm. 224/02 de Audiencia Provincial de Madrid de 14 de mayo de 2002, <http://www.poderjudicial.es/search/contenidos.action?action=contentpdf&databasematch=AN&reference=2708330&links=art.%20227&optimize=20040221&publicinterface=true> (data pobrania: 7 lutego 2017 r.).

ności cywilnej są należne do chwili wydania wyroku w pierwszej instancji (...)"⁶⁴.

Sąd Najwyższy przyjął nieco kontrowersyjny pogląd, dopuszczając możliwość potrącenia własnego długu świadczenia majątkowego z wierzytelnością, np. ze spłacaniem kredytu na motocykl syna i zmniejszenia tym samym wysokości płaconych alimentów, o ile zostaną spełnione wymogi prawa cywilnego dla potrącenia, to znaczy, że dług jest wymagalny i może być dochodzony przed sądem. Uznaje tym samym, że nie można potrącić wierzytelności wynikającej z miesięcznego świadczenia ustanowionego sądownie przy separacji z wierzytelnościami zaciągniętymi podczas związku małżeńskiego, jak np. wpłata małżonka na spłatę hipoteki wspólnego mieszkania, nabycie biżuterii itp., gdyż nie można stwierdzić, czy są to wierzytelności wymagalne i czy mogą być dochodzone sądownie⁶⁵.

VII. Tryb ścigania

Jest to przestępstwo półpubliczne⁶⁶. Przestępstwo niepłacenia alimentów, zgodnie z art. 228 h.k.k., tak jak przestępstwo porzucenia rodziny, ścigane jest po uprzednim złożeniu zawiadomienia⁶⁷ przez pokrzywdzonego lub jego opiekuna prawnego. Jeżeli pokrzywdzonym jest małoletni, osoba niepełnosprawna potrzebująca szczególnej ochrony lub osoba bezradna, zawiadomienie to może złożyć prokuratura.

VIII. Wnioski

1. Przestępstwo niepłacenia alimentów polega na niepłaceniu jakiegokolwiek rodzaju świadczenia ekonomicznego, np. kompensacyjnego, odszkodowawczego, alimentacyjnego na rzecz współmałżonka lub dzieci, ustanowionego w ugodzie zatwierdzonej przez sąd albo w orzeczeniu sądowym, w wypadku zobowiązania okresowego przez 2 miesiące następujących po sobie lub 4 miesiące nienastępujących po sobie (art. 227 ust. 1 h.k.k.),

⁶⁴ Sentencia núm. 915/01 de Audiencia Provincial de Madrid de 27 de diciembre de 2001, <http://www.poderjudicial.es/search/contenidos.action?action=contentpdf&databasematch=AN&reference=2218935&links=art.%20227&optimize=20040624&publicinterface=true> (data pobrania: 7 lutego 2017 r.).

⁶⁵ Sentencia núm. 576/2001 del Tribunal Supremo de 3 de abril de 2001, <http://www.poderjudicial.es/search/contenidos.action?action=contentpdf&databasematch=TS&reference=3203302&links=&optimize=20030808&publicinterface=true> (data pobrania: 22 lutego 2017 r.).

⁶⁶ Według naszej nomenklatury są to przestępstwa ścigane na wniosek.

⁶⁷ Jet to odpowiednik wniosku o ściganie w polskim prawie karnym.

a w przypadku zobowiązania jednorazowego świadczenia, na jego niewykonaniu w chwili wymagalności zapłaty (art. 227 ust. 2 h.k.k.).

2. Umieszczenie tego przepisu w dziale 3 h.k.k. zatytułowanym „O porzuceniu rodziny, małoletnich lub osób niepełnosprawnych potrzebujących szczególnej ochrony”, wskazuje, że zachowania w nim opisane godzą w dobro rodziny, a w związku z tym głównym przedmiotem jego ochrony jest dobro rodziny, a ze względu na to, że obejmuje nieregulowanie zasądzonych świadczeń przez sąd, dodatkowym przedmiotem ochrony jest autorytet organów wymiaru sprawiedliwości, który doznaje uszczerbku przez nierespektowanie ich orzeczeń.

3. Dopuszcza się tego przestępstwa także sprawca, który częściowo nie wykonuje zobowiązań alimentacyjnych, np. nie wypłaca całej kwoty albo dyskryminuje jednego z beneficjentów, np. płaci alimenty na dzieci, a nie płaci małżonkowi.

4. Był tego przestępstwa, w myśl zasady *ad impossibilita nemo tenetur*, zależy od tego, czy sprawca może wykonać obowiązki alimentacyjne. Sprawca wypełnia znamiona tego przestępstwa tylko wtedy, gdy miał warunki do wykonania obowiązku, tj. do zapłaty alimentów w sposób ustalony w ugodzie lub orzeczeniu sądowym. Jeżeli zobowiązany nie ma przychodów lub zmniejszyły się one w istotny sposób, powinien zwrócić się do sądu, o zmianę wysokości alimentów, gdyż dopóki obowiązuje wyrok ze wskazaniem pewnej kwoty alimentów, zobowiązany jest ją uiszczać.

5. Jest to przestępstwo indywidualne właściwe, gdyż sprawcą może być tylko osoba zobowiązana do świadczenia ekonomicznego (*delictum proprium*). Może to być małżonek lub rodzic zobowiązany do świadczeń orzeczonych przez sąd.

6. Jest to przestępstwo umyślne (*crimen dolosa*).

Offence of not paying alimony under Spanish criminal law

Abstract

This paper explores the offence of not paying alimony under Spanish criminal law. The offence consists in the failure to provide any kind of financial support, whether compensation, damages, or maintenance, required under a consent decree or a court decision, to a spouse or child, for 2 consecutive months or for 4 nonconsecutive months for periodical obligations (Spanish Penal Code, Article 227, clause 1), or at the moment when it is due for one-time obligations (Spanish Penal Code, Article 227, clause 2). This

paper narrates the evolution of the offence in Spanish criminal law and examines criteria of the offence in existing law. The focus is on the object of protection, subjective element, objective element, subject, and criminal penalty. Individual issues are discussed with reference to relevant views of legal academics and commentators.

MATERIAŁY SZKOLENIOWE

Jagoda Dzida

Nieinstrumentalne techniki wykrywania nieszczerości

Streszczenie

Rola osobowych źródeł dowodowych w procesie karnym jest nieoceniona. Na podstawie śladów pamięciowych można bowiem dowodzić bezpośrednio sprawstwa podejrzanego, co w przypadku pozostałych typów śladów sprawia wiele trudności: nie tylko wymaga o wiele większego nakładu pracy i jest zdecydowanie bardziej czasochłonne, lecz nieraz bywa wręcz niemożliwe. Niestety, kwestią sporną pozostaje nie tylko ocena wiarygodności zeznań świadków i wyjaśnień podejrzanych, lecz również ocena ich szczerości. Ślady pamięciowe, jako jedyne, są możliwe do zbadania wyłącznie za pośrednictwem osoby przesłuchiwanej, co jest ich największą wadą, gdyż organy procesowe pozostają od niej zależne: nie tylko od chęci jej współpracy z wymiarem sprawiedliwości, lecz również zdolności poznawczych, uwarunkowań osobistych itp. Z tego powodu należy do owych śladów podchodzić z pewną dozą nieufności, poddając zeznania świadków i wyjaśnienia podejrzanych weryfikacji nie tylko pod względem wiarygodności, lecz przede wszystkim badając ich szczerość i prawdziwość. Niniejszy artykuł ma na celu scharakteryzowanie najnowszych technik przesłuchania, mających wpływ na uzyskanie szczerych zeznań i wyjaśnień, pod kątem możliwości ich praktycznego zastosowania w toku polskiego procesu karnego.

1. Szczerość a prawdziwość wypowiedzi

Kluczowym zagadnieniem dla poruszanej problematyki jest odróżnienie pojęcia szczerości od prawdziwości zeznania czy też wyjaśnienia. Otóż wy-

powieź szczerą oddaje fakty i relacjonuje zdarzenia zgodnie z treścią i ilością przypominanych informacji, podczas gdy wypowiedź nieszczerą nie oddaje rzeczywistej wiedzy danej osoby¹. Stąd wypowiedzi nieszczerą i nieprawdziwą nazywa się fałszywymi, a nieprawdziwą, lecz zarazem szczerą – błędnymi. Czym innym jest z kolei wiarygodność wypowiedzi, podlegająca ocenie organu procesowego – jest to nic innego, jak „budzenie zaufania”² u odbiorcy, że dana wypowiedź jest prawdziwa lub szczerą. W doktrynie możemy spotkać się z dwoma różnymi ujęciami oceny wiarygodności – w znaczeniu szerokim³, bądź wąskim⁴.

Dla organów ścigania najbardziej wartościowe są oczywiście wypowiedzi prawdziwe, odzwierciedlające obiektywny stan rzeczy. Niestety, z uwagi na niedoskonałość ludzkiej percepcji i pamięci uzyskanie takich wypowiedzi nie zawsze jest możliwe⁵. Z tego powodu należy przynajmniej zadbać o to, aby dzięki przesłuchaniu otrzymać jak najwięcej informacji szczerych, tzn. zgodnych z wiedzą osoby przesłuchiwaną. Aby osiągnąć ten cel, konieczne jest odpowiednie poprowadzenie przesłuchania, tzn. racjonalne i adekwatne dobranie metod przesłuchania (a także ich poprawne zastosowanie). Nie wystarczy jednak proste zastosowanie z góry przyjętej metody – konieczne jest również jej modyfikowanie, gdy w toku przesłuchania okazuje się ona nieskuteczna. Jest to możliwe dzięki bieżącej ocenie zachowania się osoby przesłuchiwaną i treści odbieranej wypowiedzi pod kątem ich szczeroci (a więc, inaczej mówiąc: braku kłamstwa). Ważne jest również to, aby przesłuchanie poprowadzić tak, by możliwa była następcza ocena szczeroci wypowiedzi przesłuchiwanego.

2. Błędy w ocenie szczeroci

Ocena szczeroci wypowiedzi przesłuchiwanego nie jest sprawą prostą. Zazwyczaj ludzie nie potrafią zbyt dobrze wykrywać kłamstwa, czyniąc to z przeciętnie 50% skutecznością^{6,7}.

¹ M. Kulicki, V. Kwiatkowska-Wójcikiewicz, L. Stępką, *Kryminalistyka – wybrane zagadnienia teorii i praktyki śledczo-sądowej*, Wydawnictwo Naukowe Uniwersytetu Mikołaja Kopernika, Toruń 2009, s. 178–179.

² Internetowy słownik języka polskiego, <http://sjp.pwn.pl/slowniki/wiarygodno%C5%9B%C4%87.html>, stan na dzień 26 lutego 2017 r.

³ E. Gruza, *Psychologia sądowa dla prawników*, Wydawnictwo Wolters Kluwer, 2012, LEX nr 152206, s. 99 i E. Gruza, M. Goc, J. Moszczyński, *Kryminalistyka – czyli rzecz o metodach śledczych*, Oficyna Wydawnicza Łośgraf, Warszawa 2011, s. 153–159.

⁴ F. Arntzen, *Psychologia zeznań świadków*, PWN, Warszawa, 1989, s. 59–201.

⁵ M. Kulicki, V. Kwiatkowska-Wójcikiewicz, L. Stępką, *Kryminalistyka...*, *op. cit.*, s. 102–172.

⁶ J. K. Burgoon, J. P. Blair, R. E. Strom, *Cognitive Biases and Nonverbal Cue Availability in Detecting Deception*, *Human Communication Research* 34, 2008, s. 572, DOI:10.1111/j.1468-2958.2008.00333.x.

Głównym powodem takiego stanu rzeczy są 4 przekonania społeczne⁸:

- tendencja do oceny innych osób jako prawdomównych (*truth bias*),
- tendencja do skupiania uwagi na kanale wizualnym (*visual bias*),
- tendencja do oceny niektórych stylów komunikacji jako szczerych (*demeanor bias*),
- tendencja do oceny niezwykłego zachowania jako kłamliwego (*expectancy violations bias*).

Wszystkie z nich powinny być każdorazowo brane pod uwagę podczas oceny zeznań i wyjaśnień. Ich wzajemne relacje nie są jeszcze znane; przyjmuje się, że jedne z nich mogą wynikać z pozostałych, np. *visual bias* może wynikać zarówno z pozostałych tendencji, jak i np. posiadanych uprzednio informacji. Niektóre, jak tendencja do oceny innych osób jako prawdomównych, wynikać mogą również z samej natury przetwarzania informacji (wszystkie przyswajane informacje traktowane są przez człowieka początkowo jako prawdziwe i dopiero następczo zmieniane, jeśli zajdzie taka potrzeba⁹). Z tego powodu poprawna ocena szczerości wypowiedzi jest niezmiernie trudna. Należy jednak podkreślić, że istnieją możliwości ograniczania wpływu wskazanych wyżej tendencji na ocenę szczerości zeznań czy wyjaśnień. Jest to możliwe głównie dzięki szerzeniu wiedzy zarówno odnośnie faktycznych symptomów nieszczerości, jak i o samym istnieniu owych tendencji do błędnej oceny zeznań i wyjaśnień.

3. Techniki wykrywania nieszczerości w toku przesłuchania

3.1. Kryteria wiarygodności wypowiedzi

Najbardziej znaną metodą wykrywania nieszczerości w otrzymanych w toku przesłuchania zeznaniach i wyjaśnieniach (a więc nie bezpośrednio podczas przesłuchania) jest zastosowanie kryteriów wiarygodności. Różnią się one między sobą, zależnie od autora koncepcji. Jedną z najbardziej znanych, jest koncepcja F. Arntzena. Zakłada ona istnienie 4 kryteriów wiarygodności: stałości zeznań, rodzaju i sposobu powstawania późniejszych

⁷ C. F. Bond Jr., B. M. DePaulo, Accuracy of Deception Judgments, *Personality and Social Psychology Review*, Vol. 10, No. 3, 2006, s. 214–218.

⁸ J. K. Burgoon, J. P. Blair, R. E. Strom, *Cognitive Biases...*, *op. cit.*, s. 573.

⁹ D. T. Gilbert, D. S. Krull, P. S. Malone, Unbelieving the unbelievable: Some problems in the rejection of false information, *Journal of Personality and Social Psychology*, 59, 1990, s. 601–613; D. T. Gilbert, B. W. Pelham, D. S. Krull, On cognitive busyness: When person perceivers meet person perceived, *Journal of Personality and Social Psychology*, 54, 1988, s. 733–740 (za:) J. K. Burgoon, J. P. Blair, R. E. Strom, *Cognitive Biases and Nonverbal Cue Availability in Detecting Deception*, *Human Communication Research* 34, 2008, s. 575, DOI:10.1111/j.1468-2958.2008.00333.x.

uzupełnień, stopnia szczegółowości i istotności treści oraz treści typowych dla przestępstwa. Dodatkowo wskazano, że aby zeznanie mogło być uznane za wiarygodne, muszą w nim wystąpić przynajmniej 3 jednoznaczne cechy wiarygodności¹⁰. Oprócz nich, istnieją także kryteria związane z samym sposobem zeznawania¹¹. Do kryteriów tych należy uzewnętrznianie emocji, niesterowany sposób zeznawania oraz nieudolność zeznawania. Należy dodać, że kryteria wiarygodności występują zwykle w powiązaniu ze sobą (przykładowo: duża liczba szczegółów, opis odpowiadający typowi przestępstwa, szybkie tempo uzupełniania oraz w miarę stała treść zeznań zwykle razem świadczą o wiarygodności zeznań).

Każde z tych kryteriów należy oceniać w powiązaniu z cechami osobowości danej osoby – z powodu braku uniwersalnych kryteriów świadczących o wiarygodności zeznania. Przykładowo, oceniając stałość zeznania, musimy mieć na uwadze również stan zdrowia osoby przesłuchiwanej oraz jej wiek. Jak wskazano, przeciętnie uzyskiwanym wynikiem tej metody jest 90% poprawnego sklasyfikowania treści jako wiarygodnych w prawdziwych zeznaniach i wyjaśnieniach¹². Z kolei Köhnken za najważniejsze kryteria uznał: treściową zawartość wypowiedzi (analizowaną również pod względem logicznym) oraz trudności w wypowiedzi (m.in. również błędy fonetyczne i stylistyczne)¹³. Inni autorzy, jak np. A. Stawiarski¹⁴, wyróżniają bardzo wiele kryteriów, m.in. tzw. „współczynniki zeznania” – kompletność, dokładność i ostrożność (wg W. Sterna), strukturę hierarchiczną, chronologiczną i przyczynowo-skutkową (wg Z. Martena) oraz cały system kryteriów wartości wg M. Stellera, zwracający uwagę m.in. na strukturę logiczną, zeznanie nieustrukturalizowane, czy też osadzenie kontekstualne¹⁵.

Pomijając różne kryteria oceny wiarygodności, istnieją pewne sytuacje, gdy domniemywa się, iż zeznania czy też wyjaśnienia osoby przesłuchiwanej są wiarygodne, bez oceny ich treści. Ma to miejsce m.in. wtedy, gdy świadek i podejrzany byli sobie całkowicie obcy, gdy świadek złożył zeznanie natychmiast po zdarzeniu, czy też gdy świadek zeznaje w sposób samooskarżający i w związku z zeznaniami obciążającymi podejrzanego. Jednakże i w tych przypadkach należy uwzględnić cechy osobiste świadka (czy też podejrzanego). Trzeba więc każdorazowo brać pod uwagę sprawność zmysłów danej osoby (wzroku, słuchu), zdolność zarówno zapamiętywania szczegółów, jak i odróżniania wspomnień „pewnych” od „domniemanych”,

¹⁰ F. Arntzen, *Psychologia...*, *op. cit.*, s. 65.

¹¹ Tamże, s. 61–66.

¹² Tamże, s. 73.

¹³ E. Gruza, M. Goc, J. Moszczyński, *Kryminalistyka...*, *op. cit.*, s. 153–159.

¹⁴ A. Stawiarski, *Czynniki wpływające na wiarygodność zeznań świadków – wybrane zagadnienia*, Wydawnictwo Szkoły Policji w Katowicach, Katowice, 2008, s. 1–48.

¹⁵ Jak wyżej.

a także zdolność do fantazjowania (m.in. bujną wyobraźnię, zdolność logicznego łączenia pomysłów, płynność opisu spontanicznego, wielopoziomowe wątki¹⁶). Nie można zignorować także cech charakterologicznych, gdyż one również mają wpływ zarówno na komunikowanie spostrzeżeń, jak i na ich zapamiętywanie. Cechy takie jak zrównoważenie, otwartość, sumienność i prostota niewątpliwie przemawiać będą za wiarygodnością zeznań osoby, w przeciwieństwie do wszelkiego rodzaju cech negatywnych oraz psychopatycznych¹⁷.

3.2. Nowe techniki

3.2.1. Uwagi ogólne

W odróżnieniu od kryteriów wiarygodności, przedstawione poniżej nowe techniki wykrywania nieuczciwości są możliwe do zastosowania podczas samego przesłuchania (a nie jedynie do oceny zeznań czy wyjaśnień uprzednio złożonych). Poszczególne techniki wykrywania nieuczciwości nie tworzą osobnej metody przesłuchania – są jedynie zbiorem technik, które mają wpłynąć przede wszystkim na łatwość odróżnienia składanych w toku przesłuchania wypowiedzi szczerych od nieuczciwych.

3.2.2. Weryfikowanie informacji

Jedną z nowych technik wykrywania nieuczciwości podczas przesłuchania jest informowanie osoby przesłuchiwanej o weryfikowaniu wszystkich uzyskanych w toku przesłuchania informacji (*Verifiability Approach*), zaproponowane przez A. Vrija¹⁸. Podejście to opiera się na założeniu, że osoby prawdopodobnie będą dostarczać większej liczby informacji, które osoba przesłuchująca jest w stanie zweryfikować. Niestety, osoby składające fałszywe zeznania dobrze zdają sobie sprawę z tego, że takie informacje w sposób znaczący podnoszą wiarygodność ich wypowiedzi, dlatego zazwyczaj, pomimo ryzyka zdemaskowania, nie unikają ich podawania. Dlatego też wspomniana wcześniej zależność między liczbą informacji weryfikowalnych a prawdopodobnością zachodzi jedynie w przypadku poinformowania ich o tym, że składane przez nią zeznania zostaną sprawdzone pod kątem obecności w nich informacji możliwych do zweryfikowania (*information protocol*¹⁹). Na-

¹⁶ Jak wyżej.

¹⁷ Jak wyżej.

¹⁸ G. Nahari, A. Vrij & R. P. Fisher, Exploiting liars' verbal strategies by examining the verifiability of details, *Legal and Criminological Psychology*, 19, 2014, s. 227–239; G. Nahari, A. Vrij, & R. P. Fisher, The verifiability approach: Countermeasures facilitate its ability to discriminate between truths and lies, *Applied Cognitive Psychology*, 28, 2014, s. 122–128.

¹⁹ A. C. Harvey, A. Vrij i in., Applying the Verifiability Approach to insurance claims settings: Exploring the effect of the information protocol, *Legal and Criminological Psychology*, 2016, DOI: 10.1111/lcrp.12092, s. 1–3.

leży zaznaczyć, iż nie jest wymagane poinformowanie osoby przesłuchiwanej o tym, że owe informacje faktycznie będą weryfikowane, bowiem i tak jest to sugestia, że mogą one zostać sprawdzone. Może to zniechęcić osoby kłamiące do ich podawania (poprzez wzbudzenie obawy przed możliwością sprawdzenia owych informacji i zdemaskowania kłamstwa), a jednocześnie zachęcić osoby prawdomówne do ich dostarczania. W normalnych warunkach osoby prawdomówne mogłyby takich informacji w ogóle nie przytoczyć, uznając je za nieistotne dla sprawy.

3.2.3. Zmiana osoby przesłuchującej

Zmiana osoby przesłuchującej podczas przesłuchania również może przynieść pozytywne skutki. Jak wykazują badania²⁰, osoby prawdomówne mają tendencję nie tylko do powtarzania swoich wcześniejszych zeznań nowemu przesłuchującemu, który jeszcze nie słyszał ich opowieści, lecz także do wzbogacania swoich zeznań w nowe szczegóły, podczas gdy składający fałszywe zeznania mają tendencję do powtarzania swoich wcześniejszych zeznań, bez ich jakiegokolwiek wzbogacania. Nie wykazano natomiast żadnych różnic w zakresie spójności zeznań osób prawdomównych i kłamców, dlatego też technika ta, w celu osiągnięcia jak najlepszych rezultatów, nie powinna być stosowana samodzielnie, a jedynie w połączeniu z innymi technikami.

3.2.4. Nieoczekiwane pytania

Przykładem takiej techniki jest zadawanie nieoczekiwanych pytań w toku przesłuchania (*unanticipated questions*). Osoby składające fałszywe zeznania zazwyczaj przygotowują się do przesłuchania, mając gotowe odpowiedzi jedynie na najbardziej oczywiste w danej sytuacji pytania. Jest im jednak niezwykle trudno odpowiedzieć na nieoczekiwane, niestandardowe pytania dotyczące zdarzenia. Przykładowo, A. Vrij przeprowadził eksperyment, podczas którego pary osób miały skłamać, że były danego dnia w restauracji na kolacji. Osoby takie oczekiwały być może pytań o menu, jednak całkiem zaskoczyły je pytania m.in. o odległość ich stolika od innego, znajdującego się najbliżej, czy też o to, kto pierwszy skończył posiłek²¹. Badania wykazały, że osoby składające fałszywe zeznania mają w takim przypadku ogromne problemy z udzieleniem odpowiedzi na pytania, które zmuszają ich do zmiany perspektywy bądź miejsca, z jakiego składają zeznania. Z tego powodu

²⁰ D. J. Shaw, A. Vrij i in., 'We'll Take It from Here': The Effect of Changing Interviewers in Information Gathering Interviews, *Applied Cognitive Psychology*, 28, 2014, s. 908–916.

²¹ A. Vrij i in. & K. Sperry, Outsmarting the liars: The benefit of asking unanticipated questions, *Law and Human Behavior*, 33, 2009, s. 159–166.

udzielają o wiele mniej szczegółowe i wyczerpujące odpowiedzi niż osoby prawdomówne²².

3.2.5. Rola naśladowania

Również naśladowanie zachowań werbalnych i niewerbalnych osoby przesłuchującej ma wpływ na liczbę uzyskanych w trakcie przesłuchania informacji prawdziwych. Badania wykazały, że w przypadku naśladowania przez osobę przesłuchującą zachowań niewerbalnych osoby przesłuchiwanej można w sposób znaczący zwiększyć liczbę szczegółowych i dokładnych informacji u osób prawdomównych. Nie wpłynie to jednak w żadnym stopniu na osoby składające fałszywe zeznania²³. Dzięki temu możliwe jest uzyskanie większej liczby informacji prawdziwych i bardziej szczegółowych, przy takim samym poziomie informacji fałszywych. Wskazuje się jednak, że już samo angażowanie się osoby przesłuchującej w zadawanie pytań i notowanie odpowiedzi jest dość męczące, nie mówiąc już o obserwacji zachowania osoby przesłuchiwanej (a następnie naśladowaniu owego zachowania). Z tego powodu postuluje się prowadzenie przesłuchania w parach, tzn. przez dwie osoby przesłuchujące, w taki sposób, aby jedna z tych osób faktycznie prowadziła przesłuchanie, podczas gdy druga będzie mogła w pełni skupić się na obserwowaniu zachowania osoby przesłuchiwanej i na jego naśladowaniu.

3.2.6. Intencje

Opis intencji, jakimi w trakcie zdarzenia (zgodnie z jej zeznaniami) kierowała się osoba przesłuchiwana, rozumianych jako przyszłe działanie, które dana osoba chciała wykonać, także może dostarczyć organom procesowym informacji odnośnie jej prawdomowości²⁴. Nie chodzi tu jednak o ocenę owych intencji pod względem moralnym czy etycznym, a jedynie o sam sposób ich opisywania. W przypadku rzeczywistych intencji danego działania, osoba przesłuchiwana będzie udzielać informacji bardziej szczegółowych, jeśli chodzi o czas i miejsce zdarzenia. Osoby kłamiące odnośnie swoich zamierzeń nie potrafią ich opisywać w sposób bardziej szczegółowy, bowiem nie mają ich zachowanych w pamięci. Niestety, liczba szczegółów podawanych przez osoby prawdomówne i kłamców różni się w zależności od czasu trwania przesłuchania i sposobu zadawania pytań: im krótsze jest

²² G. L. J. Lancaster, A. Vrij i in., Sorting the Liars from the Truth Tellers: The Benefits of Asking Unanticipated Questions on Lie Detection, *Applied Cognitive Psychology*, 27, 2013, s. 113–114.

²³ D. J. Shaw, A. Vrij i in., Mimicry and Investigative Interviewing: Using Deliberate Mimicry to Elicit Information and Cues to Deceit, *Journal of Investigative Psychology and Offender Profiling*, 12, 2015, s. 217–230.

²⁴ L. Warmelink, A. Vrij i in., Spatial and Temporal Details in Intentions: A Cue to Detecting Deception, *Applied Cognitive Psychology*, 27, 2013, s. 101–106.

przesłuchanie, tym bardziej prawdopodobne jest, że zeznania osób prawdomównych i kłamców nie będą się różnić w znaczącym stopniu liczbą szczegółów. Możliwe jest jednak stymulowanie osób prawdomównych nawet podczas bardzo krótkich przesłuchań poprzez odpowiedni sposób zadawania pytań: zadając pytania bardziej skonkretyzowane odnośnie czasu danego wydarzenia. Ponadto, możliwe jest również rozróżnianie prawdziwych i fałszywych intencji poprzez ocenę zasygnalizowanych motywacji w wypowiedzi przesłuchiwanego. W przypadku prawdziwych intencji, osoby powinny ujawniać w swoich wypowiedziach chęć osiągnięcia pewnego celu, podczas gdy kłamcy mogą jej nie ujawnić²⁵. Konieczne są dalsze badania w celu ustalenia skuteczności tej metody, jednak w przypadku potwierdzenia dotychczasowych wyników, osiągalne byłoby odkrycie prawdziwych intencji osób podejrzanych o popełnienie przestępstwa, a tym samym właściwe postawienie zarzutów, zależnie od zamiaru i motywacji sprawcy. Obecny stan wiedzy nie pozwala jednak na zastosowanie w praktyce owej metody.

3.2.7. Wspomaganie się rysunkiem

Elementem, który może z powodzeniem zostać zastosowany w toku przesłuchania jest wspomaganie się przez osobę przesłuchiwaną rysunkiem, ilustrującym udzielane informacje. Typowym przykładem wypowiedzi, która może zostać poparta rysunkiem, jest wypowiedź dotycząca opisu miejsca przestępstwa. Osoba przesłuchiwana, po złożeniu przez nią wypowiedzi w formie ustnej, proszona jest o jej zilustrowanie za pomocą rysunku. Badania²⁶ wykazały, że rysunki osób prawdomównych i kłamców różnią się zarówno perspektywą rzutu (kłamcy częściej sporządzali rysunki miejsca widzianego z lotu ptaka niż z perspektywy kamery trzymanej na ramieniu), jak i przedstawieniem na rysunku innych osób (osoby prawdomówne częściej zamieszczały wizerunki innych osób biorących udział w zdarzeniu, podczas gdy kłamcy skupiali się wyłącznie na wizualizacji miejsca). Metoda ta jest godna uwagi, bowiem może zostać wykorzystana w przypadku większości przestępstw, jednak wymagane są dalsze badania, które umożliwiłyby jej wykorzystanie w praktyce.

3.2.8. Obserwacja behawioralna

Wykrywanie kłamstwa podczas przesłuchania dzięki obserwacji zachowań werbalnych i niewerbalnych osoby przesłuchiwanej wzbudza ogromne kontrowersje. W tej metodzie, osoba wykrywająca kłamstwo (przesłuchujący) na podstawie własnej wiedzy i doświadczenia życiowego dokonuje oce-

²⁵ K. A s k, A. Vrij i in., Intending or Pretending? Automatic Evaluations of Goal Cues Discriminate True and False Intentions, *Applied Cognitive Psychology*, 27, 2013, s. 173–177.

²⁶ A. Vrij, S. Leal, S. Mann i in., Drawings as an Innovative and Successful Lie Detection Tool, *Applied Cognitive Psychology*, 24, 2010, s. 587–594.

ny zachowania osoby przesłuchiwanej, decydując, czy w danych okolicznościach można je uznać za zachowanie typowe dla danej osoby, czy też świadczy ono o nieuczciwości (jako główny symptom kłamstwa uznaje się nagłe i niespodziewane zmiany w zachowaniu osoby poddawanej ocenie). Jest to metoda nieinstrumentalna, niewymagająca nie tylko zgody, ale również wiedzy o jej zastosowaniu w stosunku do danej osoby, dzięki czemu z powodzeniem może być stosowana podczas przesłuchania w postępowaniu karnym. Niestety, nie zostały jeszcze wypracowane obiektywne kryteria, na podstawie których dokonuje się oceny danego zachowania jako symptomu kłamstwa, dlatego nie można mieć pewności co do precyzji i dokładności tej metody.

Przyjmuje się, że w przypadku symptomów niewerbalnych, główną rolę odgrywają emocje, które mogą się uzewnętrznić na twarzy przesłuchiwanego podczas kłamstwa. Pierwszą kategorię owych emocji stanowią emocje związane z samą czynnością kłamania. Zależnie od stosunku przesłuchiwanego do osoby przesłuchującej mogą być to: wstyd i poczucie winy (jeśli przesłuchiwany okłamuje osobę, którą lubi), strach przed wykryciem, bądź nawet radość z faktu okłamywania osoby przesłuchującej (gdy jej nie lubi)²⁷. Do drugiej kategorii należą emocje związane z tym, co dana osoba stara się ukryć poprzez kłamstwo, a więc związane ze zdarzeniem, którego przesłuchanie dotyczy. Wykrywanie kłamstwa na podstawie obserwacji behawioralnej możliwe jest właśnie dzięki uzewnętrznianym przez osobę przesłuchiwaną emocjom, bowiem o nieuczciwości świadczy niespójność ekspresji mimicznych (wyrażających emocje) i przekazu werbalnego²⁸. Poza emocjami uzewnętrznianymi na twarzy kłamcy równie istotne są te, przekazywane przez resztę ciała (np. emblematy pomyłkowe, takie jak przeczące kręcenie głową czy wzruszanie ramionami).

Przeprowadzone dotychczas badania nie dają jednak jasnego obrazu co do skuteczności tej metody – przeciwnicy podnoszą, że jej skuteczność nie

²⁷ P. Ekman, Kłamstwo i jego wykrywanie w biznesie, polityce i małżeństwie, Wydawnictwo Naukowe PWN, Warszawa, 2013, s. 45–73; P. Ekman, Mistakes When Deceiving, *Annals of the New York Academy of Sciences*, 364, 1981, s. 275.

²⁸ P. Ekman, M. O'Sullivan, From Flawed Self-Assessment to Blatant Whoppers: The Utility of Voluntary and Involuntary Behavior in Detecting Deception, *Behavioral Sciences and the Law*, Volume 24, 2006, s. 680–682; P. Ekman, Kłamstwo..., *op. cit.*, s. 130–145. Niespójność może polegać nie tylko na niezgodności rodzaju emocji uzewnętrznianej werbalnie i niewerbalnie, ale również na nienaturalnym jej przebiegu – emocje fałszywe mogą pojawiać się na twarzy rozmówcy zbyt szybko lub za późno, bądź też trwać nienaturalnie długo. Do najbardziej wiarygodnych symptomów kłamstwa należą jednak mikroekspresje, czyli ekspresje mimiczne trwające ułamki sekund, lecz uzewnętrzniające faktycznie przeżywaną w danej chwili emocję. Są one wiarygodnym symptomem kłamstwa, gdyż ich uzewnętrznienie jest mimowolne, jednak z uwagi na bardzo krótki czas trwania, są one niezwykle trudne do dostrzeżenia w czasie rzeczywistym.

przekracza prawdopodobieństwa przypadkowego wyboru²⁹, podczas gdy jeden z prekursorów tej metody wykazał, że możliwe jest dzięki niej wykrywanie kłamstwa z prawdopodobieństwem sięgającym 80%³⁰.

4. Podsumowanie

Istnieją techniki, które, w połączeniu z obecnie stosowanymi metodami przesłuchania, mogą umożliwić przesłuchującemu poprawną ocenę szczerości uzyskiwanych zeznań i wyjaśnień. Niektóre z omówionych w tym artykule technik już teraz mogą być z powodzeniem stosowane pomocniczo w toku przesłuchania (jak np. zmiana osoby przesłuchującej), inne wymagają jeszcze weryfikacji pod względem ich skuteczności w zastosowaniu w warunkach pozaeksperymentalnych. Są wśród nich też takie, które stosowane są powszechnie w przypadku niektórych typów przestępstw (np. rysowanie zdarzenia polegającego na zderzeniu się pojazdów mechanicznych), jednak nie wykorzystuje się ich potencjału co do innych typów przestępstw (np. rysowanie miejsca zabójstwa), bądź też nie dostrzegano dotychczas ich potencjału w zakresie możliwości wykrycia nieszczerości. Celem niniejszego artykułu nie było wskazanie, która z owych technik jest najbardziej skuteczna, bądź też która może mieć największe znaczenie praktyczne, lecz zwrócenie uwagi na samo istnienie takich metod, potencjalnie możliwych do zastosowania również w polskim procesie karnym. Dlatego też w artykule ograniczono się do przedstawienia zwięzłej charakterystyki owych technik, ich ocenę pozostawiając czytelnikom.

Non-instrumental methods of uncovering insincerity

Abstract

The role of personal sources of evidence in criminal trials cannot be overestimated. Memory traces can directly prove a suspect's perpetration, which is very difficult or sometimes even impossible with other types of traces that are much more labour intensive and time consuming. Regrettably, there is

²⁹ C. F. Bond Jr., B. M. DePaulo, Accuracy of..., *op. cit.*, s. 214–217.

³⁰ P. Ekman, Kłamstwo..., *op. cit.*, s. 298–310. Inni badacze, jak np. A. Vrij, osiągnęli również zadowalające rezultaty: 38% probantów osiągnęło wynik 80–100% trafności wykrywania kłamstwa (por. A. Vrij, S. Mann, Telling and Detecting Lies in a High-stake Situation. The Case of a Convicted Murderer, *Applied Cognitive Psychology*, 15, 2001, s. 187–203).

a question of how to evaluate both the reliability and the sincerity of witnesses' testimonies and suspects' explanations. Memory traces are the only ones that can be examined through an interviewed person and that is their biggest disadvantage as the authorities, which conduct proceedings, remain dependent on interviewed persons: not only on their readiness to cooperate with judicial authorities but also on their cognitive ability, personal circumstances, etc. Therefore, memory traces should be approached with certain distrust and witnesses' testimonies and suspects' explanations should be verified not only for their reliability, but also for their sincerity and veracity. This paper aims to describe the latest interview methods that have an impact on the sincerity of testimonies and explanations, with a view to their practical applicability in Polish criminal trials.

GLOSA

Krzysztof Kmań

Glosa do uchwały 7 sędziów Sądu Najwyższego z dnia 19 stycznia 2017 r., sygn. I KZP 16/16¹

Streszczenie

Przedmiotem glosy jest wykładnia „braku przedmiotu nadającego się do popełnienia czynu zabronionego” jako jednej z podstaw karalności usiłowania nieudolnego. Autor zgadza się z pierwszą tezę orzeczenia, iż to znamię należy rozumieć obiektywnie i krytykuje pogląd, który zakłada, że wypełnienie tego znamienia jest uzależnione od ustalenia, na jaki konkretny przedmiot nakierowany był zamiar sprawcy czynu zabronionego. Jednocześnie nie aprobuje drugiej z głównych tez, która stanowi wyraz podejścia subiektywistycznego. Oba stwierdzenia zawarte w uchwale są ze sobą sprzeczne.

1. Zawarte w art. 13 § 2 k.k. wyrażenie: „brak przedmiotu nadającego się do popełnienia na nim czynu zabronionego” oznacza brak takiego przedmiotu, który należy do zbioru desygnatów znamienia przedmiotu czynności wykonawczej typu czynu zabronionego, do którego popełnienia zmierza sprawca.

2. Pociągnięcie do odpowiedzialności karnej sprawcy usiłowania nieudolnego (art. 13 § 2 k.k.) może być *in concreto* uwarunkowane poczynionymi ustaleniami co do zamiaru popełnienia czynu zabronionego na określonym przedmiocie.

¹ OSNKW 2017, nr 3, poz. 12.

1. Glosowane orzeczenie porusza temat wykładni art. 13 § 2 k.k., a konkretnie „braku przedmiotu nadającego się do popełnienia na nim czynu zabronionego”, który stanowi jedną z dwóch podstaw karalności usiłowania nieudolnego. W tej kwestii wykształciły się dwa kierunki orzecznicze. Według pierwszego poglądu należy to rozumieć jako brak jakichkolwiek desygnatów znamienia przedmiotu czynności wykonawczej czynu zabronionego. W tym ujęciu bierzemy pod uwagę jedynie choćby potencjalną zdadność przedmiotu do pełnienia funkcji przedmiotu czynności wykonawczej.

Według stanowiska alternatywnego pojęcie braku przedmiotu należy rozumieć jako brak desygnatów przedmiotu czynności wykonawczej, na które nakierowany jest zamiar sprawcy.

Sąd Najwyższy w omawianej uchwale początkowo skłonił się ku teorii obiektywistycznej. Przyjął bowiem, że „brak przedmiotu nadającego się do popełnienia na nim czynu zabronionego” oznacza brak takiego przedmiotu, który należy do zbioru desygnatów znamienia przedmiotu czynności wykonawczej typu czynu zabronionego, do którego popełnienia zmierza sprawca. W drugiej tezie zastrzegł jednak, że pociągnięcie odpowiedzialności karnej może być uwarunkowane ustaleniami co do zamiaru sprawcy, co doprecyzowano w uzasadnieniu, albowiem „zakres przypisywalnego sprawcy usiłowania nieudolnego może wiązać się tylko z niedokonaniem czynu zabronionego na przedmiotach, objętych jego zamiarem” (s. 17 uzasadnienia).

W piśmiennictwie uchwała ta stała się już przedmiotem krytyki ze względu na jej niespójność².

2. Zdaniem SN usiłowanie nieudolne zawiera podstawowe cechy usiłowania udolnego. Różnica polega na tym, że w przypadku tego pierwszego dokonanie jest obiektywnie niemożliwe (od początku podejmowania zachowania sprawcy). U jego podstaw tkwi błąd sprawcy co do przedmiotu lub środka nadającego się do popełnienia czynu zabronionego, który ma odwrotny kierunek niż w przypadku błędów z art. 28–30 k.k. (s. 7–9 uzasadnienia).

Nie budzi wątpliwości, pierwsza część tego twierdzenia³. Na uznanie usiłowania za nieudolne nie wpływają indywidualne kwalifikacje i umiejętności

² Zob. M. Małeckki, Glosa do uchwały siedmiu sędziów Sądu Najwyższego z dnia 19 stycznia 2017 r., sygn. I KZP 16/16, s. 2, https://www.academia.edu/31063061/Glosa_do_uchwa%C5%82y_siedmiu_s%C4%99dzi%C3%B3w_S%C4%85du_Najwy%C5%BCszego_z_19_stycznia_2017_r._I_KZP_16_16; S. Tarapata, Ile udolności w usiłowaniu nieudolnym? Uwagi na marginesie uchwały SN z dnia 19 stycznia 2017 r., sygn. I KZP 16/16, s. 3–4, https://www.academia.edu/31377622/Ile_udolno%C5%9Bci_w_usi%C5%82owaniu_nieudolnym.

³ Wyrok SN z dnia 29 listopada 1976 r., sygn. I KR 196/76, OSNKW 1977, nr 6, poz. 61. Tak samo wyrok SA w Lublinie z dnia 29 listopada 2001 r., sygn. II AKa 241/01, KZS 2003, nr 3,

sprawcy, na przykład brak wiedzy na temat użycia lub właściwości środka. Wiedza sprawcy odnosząca się do użycia środka wyklucza przyjęcie usiłowania nieudolnego, nawet gdy sprawca posługuje się nim niewłaściwie⁴. Niemożliwość dokonania nie wynika wtedy z błędu sprawcy.

Błąd leżący u podstaw usiłowania nieudolnego odnosi się do znamion czynu zabronionego i ma odwrotny kierunek niż błąd wyłączający umyślność (art. 28 § 1 k.k.), a zatem polega na urojeniu znamienia pozytywnego lub nieświadomości znamienia negatywnego.

poz. 58. Zob. też wyrok SA w Łodzi z dnia 8 lipca 2014 r., sygn. II AKa 108/14, LEX nr 14833775.

⁴ Zob. wyrok SN z dnia 11 września 2002 r., sygn. V KKN 9/01, OSNKW 2002, nr 11–12, poz. 102, w którym sąd niezasadnie przyjął, iż usiłowanie zaboru cudzej rzeczy ruchomej za pomocą karty bankomatowej (art. 13 § 1 w zw. z art. 279 § 1 k.k.), w sytuacji, gdy sprawca nie znał kodu dostępu karty, ma charakter usiłowania nieudolnego (zgadza się z tym A. Wąsek, Glosa do wyroku SN z dnia 11 września 2002 r., sygn. V KKN 9/01, OSP 2003, nr 7–8, poz. 103 i J. Giezek, Komentarz do art. 13 Kodeksu karnego, (w:) J. Giezek (red.), Kodeks karny. Część ogólna. Komentarz, WKP, 2012, teza 25). Jak pisze A. Marek, Komentarz do art. 13 Kodeksu karnego, (w:) Kodeks karny. Komentarz, LEX, 2010, teza 10: „sprawcy posłużyli się właściwym środkiem (karta bankomatowa), a jedynie ich sposób działania był wadliwy (...). Sąd Najwyższy w cyt. wyroku najwyraźniej nie rozróżnił użycia środka (ten nie był nieudolny) od nieudolnego sposobu działania” (podobnie M. Mózgawa, Komentarz do art. 13 Kodeksu karnego, (w:) M. Mózgawa (red.), Kodeks karny. Komentarz, WK 2015, teza 13). Nie zachodzi tutaj nawet błąd sprawcy co do środka („nieświadomość» miałaby miejsce w omawianym stanie faktycznym, gdyby sprawca nie był świadom, że do wypłaty pieniędzy z bankomatu konieczne jest wpisanie kodu PIN”; P. Seledec, Glosa do wyroku SN z dnia 11 września 2002 r., sygn. V KKN 9/01, Państwo i Prawo 2003, nr 12, s. 124–127; zwraca na to uwagę także J. Raglewski, Glosa do wyroku SN z dnia 11 września 2002 r., sygn. V KKN 9/01, Przegląd Sądowy 2004, nr 2, s. 151). Nie ma znaczenia okoliczność, iż prawdopodobieństwo „zgadnięcia” prawidłowego kodu jest „praktycznie równe zeru”; dokonanie jest obiektywnie możliwe, albowiem zależy jedynie od znajomości prawidłowego kodu (zob. J. Giezek, Komentarz do art. 13, teza 15; wyrok SA we Wrocławiu z dnia 11 września 2013 r., sygn. II AKa 249/13, LEX nr 1378924; wyrok SA w Katowicach z dnia 23 maja 2014 r., sygn. II AKa 116/14, KZS 2014, nr 10, poz. 60). Nie do zaakceptowania jest pogląd T. Bojarskiego, Komentarz do art. 13 Kodeksu karnego, (w:) T. Bojarski (red.), Kodeks karny. Komentarz, LEX, 2016, iż niekaralny jest przypadek, gdy „sprawca chciał uruchomić cudzy samochód w celu jego zaboru, stosując różne sposoby łączenia przewodów elektrycznych”, ponieważ niewłaściwego sposobu realizacji czynu zabronionego nie można „pomieścić drogą szerokiej wykładni pojęciu użytego środka”. Już sam T. Bojarski zauważył, że do dokonania kradzieży nie może dojść, ponieważ sprawca „nie potrafił tego uczynić”. Usiłowanie ma w tym wypadku charakter udolny. J. Raglewski, Usiłowanie nieudolne dokonania czynu zabronionego – analiza krytyczna, Prokuratura i Prawo 2003, nr 12, s. 42 uważa, że „gdyby ustawodawcy rzeczywiście chodziło, w art. 13 § 2 k.k., o każdy niewłaściwy dla dokonania czynu karalnego sposób zachowania się sprawcy, to bez wątpienia użyłby *expressis verbis* odpowiedniego wyrażenia, a nie ograniczał się do podania tylko jednego z możliwych sposobów działania sprawcy”. Zob. A. Zołl, Komentarz do art. 13 Kodeksu karnego, (w:) W. Wróbel, A. Zołl (red.), Kodeks karny. Część ogólna. Tom I. Część I. Komentarz do art. 1–52, WK 2016, teza 40; V. Konarska-Wrzošek, Komentarz do art. 13 Kodeksu karnego, (w:) V. Konarska-Wrzošek (red.), Kodeks karny. Komentarz, WK 2016, teza 8.

Trudno zrozumieć odwołanie się w uchwale do błędu co do znamienia okoliczności wyłączającej bezprawność albo winę (art. 29 k.k.) oraz błędu co do bezprawności czynu (art. 30 k.k.). Po pierwsze, oba przypadki nie odnoszą się do znamion typu czynu zabronionego. Pierwszy z wymienionych błędów odnosi się do elementów tzw. kontratypów i okoliczności wyłączających winę. Drugi – do oceny prawnej zachowania podjętego przez sprawcę. Po drugie, błąd z art. 29 k.k. wyłącza odpowiedzialność karną tylko wtedy, gdy polega na usprawiedliwionym urojeniu (nieświadomość znamienia np. kontratypu nie wyłącza przestępności czynu), natomiast błąd z art. 30 k.k. wyłącza odpowiedzialność tylko wtedy, gdy polega na usprawiedliwionej nieświadomości (urojenie bezprawności jest prawnokarnie irrelewantne).

3. Sąd Najwyższy przychylił się do poglądu, iż usiłowanie nieudolne charakteryzuje brak niebezpieczeństwa dla dobra prawnego i obiektywna niemożliwość dokonania czynu zabronionego (s. 9).

Brak zagrożenia dla dóbr prawnych, jako cecha towarzysząca zachowaniu sprawcy usiłowania nieudolnego, jest kluczowym elementem pozwalającym odróżnić obie postacie usiłowania. Usiłowanie nieudolne charakteryzuje brak elementu obiektywnego; pozostaje jedynie element subiektywny w postaci zamiaru sprawcy odnoszącego się do dokonania czynu zabronionego⁵. Zagrożenie dla dobra prawnego, jakie stwarza sprawca swoim zachowaniem na drodze bezpośredniego zmierzania do dokonania określonego czynu zabronionego, wyklucza przyjęcie usiłowania nieudolnego.

Znamię bezpośredniego zmierzania jest tu rozumiane swoiście. Sprawca swoim zachowaniem wprawdzie musi osiągnąć ostatnią fazę działalności przed dokonaniem zamierzonego czynu zabronionego⁶, ale nie łączy się z tym zagrożenie dla dobra prawnego. Różnica leży w błędzie działającego; gdyby nie jego błąd, to podjęcie ostatniej czynności przed dokonaniem oznaczałoby powstanie stanu realnego niebezpieczeństwa dla dobra prawnego⁷.

Jeżeli odrzucimy klasyczny pogląd, iż usiłowanie nieudolne charakteryzuje się brakiem obiektywnego zagrożenia dla dobra prawnego, które zamierza zaatakować sprawca, to odpadnie kryterium różnicujące obie postacie usiłowania. Wprawdzie art. 13 § 2 k.k. istotnie nie zawiera wprost warunku, iż zachowanie sprawcy w ramach usiłowania nieudolnego ma nie tworzyć realnego zagrożenia dla dobra prawnego, to jednak taki wniosek wypływa z wykładni systemowej, a dokładniej z zestawienia art. 13 § 2 k.k. z § 1. § 2 stanowi, że „Usiłowanie zachodzi także wtedy”. Nie można odtworzyć treści tej normy bez odwołania do § 1. W odmiennym przypadku należałoby uznać, że

⁵ A. Z o l l, Komentarz do art. 13..., teza 2.

⁶ Wyrok SN z dnia 23 października 1967 r., sygn. III KR 113/67, OSP 1970, nr 3, poz. 65.

⁷ A. Z o l l, Komentarz do art. 13, teza 33. Por. S. T a r a p a t a, Ile udolności, s. 5–7.

o ile usiłowanie udolne musi charakteryzować zamiar, to takiego warunku nie zawiera już art. 13 § 2 k.k. Gdyby sprawca mógł korzystać z dobrodziejstwa nadzwyczajnego złagodzenia kary lub odstąpienia od jej wymierzenia (art. 14 § 2 k.k.) w sytuacji, gdy spowodował wysokie niebezpieczeństwo dla dobra prawnego lub wręcz je naruszył, ale nie udało mu się dokonać czynu zabronionego, to byłoby to sprzeczne z *ratio legis* (po to wprowadzono art. 13 § 2 k.k., by penalizacja objęła przypadki, w których sprawca uzewnętrznia swój naganny zamiar, lecz nie zagraża przy tym chronionym prawem dobrom)⁸.

W przypadku usiłowania nieudolnego nie jest konieczne, by sprawca nie stwarzał zagrożenia dla jakiegokolwiek dobra prawnego. W sytuacji, gdy sprawca zamierzający dopuścić się kradzieży (art. 278 § 1 k.k.) wchodzi do budynku w surowym stanie, gdzie nie ma rzeczy ruchomych nadających się do popełnienia na nich zaboru, przyjęciu usiłowania nieudolnego nie stoi na przeszkodzie fakt, iż jednocześnie naruszył on mir domowy właściciela budynku (art. 193 k.k.), a zatem naruszył jego dobro prawne w postaci wolności. Punktem odniesienia powinno być zatem dobro stanowiące „główny” przedmiot zamachu ze strony sprawcy, a nie te dobra, którym on zagraża (lub które narusza) niejako „po drodze”. Jeżeli w określonym typie czynu zabronionego (np. art. 280 § 1 k.k.) chronione jest więcej niż jedno dobro prawne, to należy to rozpatrywać w odniesieniu do każdego z nich. Chodzi więc o te dobra prawne, które są przedmiotem ochrony w przypadku danego typu czynu zabronionego (np. typ czynu zabronionego z art. 278 § 1 k.k. chroni mienie, nie chroni natomiast np. wolności).

Jeżeli sprawca działa przeciwko dobrom prawnym podmiotu i ten podmiot nie posiada przy sobie przedmiotów stanowiących nośnik atakowanego dobra prawnego (tym samym dokonanie czynu zabronionego jest obiektywnie niemożliwe w rozumieniu art. 13 § 2 k.k.), to tego stanu nie zmienia fakt, iż w zasięgu czynności sprawczej działającego znajdują się inne podmioty, których dobro prawne mogłoby zostać zagrożone przez tego sprawcę, który

⁸ Odmienne S. T a r a p a t a, Pokrzywdzony usiłowaniem nieudolnym. Artykuł polemiczny, Prokuratura i Prawo 2016, nr 12, s. 23–24, przypis 1. Jeżeli sprawca chciał za pomocą trucizny spowodować ciężki uszczerbek na zdrowiu ofiary, ale nie wiedział, że użył jej w zbyt małej ilości dla tego celu i finalnie doprowadził tylko do średniego uszczerbku na zdrowiu, to należy to potraktować jako usiłowanie udolne. Zachodzi tu niewłaściwe użycie środka, które polega na wykorzystaniu jego niedostatecznej dla wywołania skutku ilości. Do skutku nie może dojść, bo sprawca nie jest świadomy, że do spowodowania ciężkiego uszczerbku na zdrowiu potrzeba większej ilości trucizny. Może na tyle zmodyfikować swoje zachowanie, by dokonanie było możliwe, tzn. może użyć środka w większej ilości. W orzecznictwie przyjęto, że nieprzydatność środka w rozumieniu art. 13 § 2 k.k. zachodzi, gdy użyta przez sprawcę ilość środka nie stwarza żadnego zagrożenia dla dobra prawnego (wyrok SA we Wrocławiu z dnia 5 kwietnia 2007 r., sygn. II AKa 52/07, LEX nr 250073). J. R a g l e w s k i (Usiłowanie..., s. 43) uważa, że o niezdatności środka decydują wyłącznie jego właściwości (zob. też M. M o z g a w a, Komentarz do art. 13, teza 11).

jednak ich nie atakuje (należy to odróżnić od sytuacji, gdy w zasięgu sprawcy znajdują się inne przedmioty – nośniki atakowanego dobra prawnego, przysługujące temu samemu podmiotowi)⁹.

4. W uchwale zawarto stwierdzenie, że usiłowanie nieudolne jest karalne jedynie w przypadkach błędu co do środka lub błędu co do przedmiotu. Gdy dokonanie jest obiektywnie niemożliwe z innych przyczyn, to w takim przypadku mamy do czynienia z przestępstwem urojonym (s. 10 uzasadnienia).

Należy rozróżnić dwie sytuacje. Pierwsza z nich dotyczy przypadków, gdy niemożność dokonania wynika z błędu co do znamion czynu zabronionego, ale tych elementów czynu, o których nie mówi art. 13 § 2 k.k. Tak będzie w przypadku, gdy sprawca błędnie sądzi, że pełni funkcję publiczną i w związku z tym przyjmuje korzyść majątkową. Należy to traktować jako usiłowanie nieudolne łapownictwa biernego (art. 13 § 2 w zw. z art. 228 § 1 k.k.), które pozostaje jednak niekaralne, gdyż art. 13 § 2 k.k. nie stanowi podstawy karalności usiłowania nieudolnego ze względu na błąd co do zdolności do bycia podmiotem czynu zabronionego.

Druga sytuacja dotyczy przypadków związanych właśnie z przestępstwami urojonymi. Są one związane z oceną prawną czynu, jaki podejmuje sprawca. Dochodzi tutaj bowiem do urojenia bezprawności, która jest prawnokarnie irrelevantna. Przykładem tego może być sytuacja, w której lekarz przyjmuje drobny upominek od pacjenta (po wykonaniu zabiegu medycznego) i jest przekonany, iż jego czyn stanowi przestępstwo. Nie można usiłować czegoś co nie jest przestępstwem, zatem rozważanie problemu przestępstw urojonych w kontekście usiłowania nieudolnego niczego nie wnosi. Jak obrazowo ujął to R. A. Stefański: „Usiłowanie nieudolne jest przestępstwem realnie istniejącym, a nie tylko w wyobraźni sprawcy”¹⁰.

5. Należy zaaprobować pierwszą tezę zawartą w uchwale. Sąd Najwyższy przyjął stanowisko, iż „brak przedmiotu nadającego się do popełnienia na nim czynu zabronionego” należy rozumieć jako przeszkodę, która uniemożliwia dokonanie w tym sensie, iż sprawca nie jest w stanie zmodyfikować swojego zachowania na tyle, by dokonanie było możliwe (s. 11 uzasadnienia). Dokonując wykładni językowej art. 13 § 2 k.k. można zau-

⁹ Do tego kryterium zdaje się nawiązywać A. Wąsek, Glosa do uchwały SN z dnia 20 listopada 2000 r., sygn. I KZP 36/00, OSP 2001, nr 4, poz. 53, gdy podaje przykład strzału do trupa w błędnym przekonaniu, iż jest to żywa osoba. A. Wąsek trafnie przyjmuje, że dla przyjęcia braku przedmiotu w rozumieniu art. 13 § 2 k.k. nie ma znaczenia, czy obok znajdowały się osoby żywe.

¹⁰ R. A. Stefański, Przestępstwo urojone, Prokuratura i Prawo 2008, nr 3, s. 31–34; S. Tarrapata, Ile udolności..., s. 25–26, przypis 19.

ważyc, iż ustawodawca nie nakazuje odnosić się do okoliczności podmiotowych interpretując znamię braku przedmiotu czynności wykonawczej (s. 13–14 uzasadnienia). Gdyby taka była jego intencja, to treść tego przepisu zapewne byłaby bardziej zbliżona do jego odpowiedników z k.k. z 1932 i k.k. z 1969 r. (mówiących o „zamierzonym przestępstwie” i „zamierzonym skutku”)¹¹, na co skład orzekający także zwrócił uwagę (s. 15–16 uzasadnienia).

Jak wyżej wskazano, druga podstawa karalności (użycie niewłaściwego środka) powinna być interpretowana w sposób obiektywny. Podobnie należy interpretować brak przedmiotu nadającego się do popełnienia czynu zabronionego. Nie ma podstaw, by przyjmować, że ustawodawca określił jedną podstawę karalności usiłowania nieudolnego w sposób obiektywny, natomiast drugą w sposób subiektywny lub subiektywno-obiektywny.

Przedmiotem czynności wykonawczej jest rzecz lub osoba, wobec której sprawca realizuje znamię czasownikowe określone w opisie czynu zabronionego. Z braku jakichkolwiek zawężeń w treści art. 13 § 2 k.k. należy przyjąć, że dla usiłowania nieudolnego konieczne jest, by w sytuacji, w której sprawca podejmuje swoje zachowanie, nie znajdował się jakkolwiek obiekt mogący pełnić rolę przedmiotu wykonawczego czynu zabronionego.

Z takim ujęciem nie zgadza się M. Małecki, który podaje przykład sprawcy rozboju usiłującego dokonać zaboru pieniędzy, których ofiara nie ma. Zdaniem tego autora w tym przypadku należy przyjąć jedynie karalne usiłowanie nieudolne rozboju¹². Rozbój (art. 280 § 1 k.k.) ma dwa przedmioty wykonawcze: cudzą rzecz ruchomą i człowieka. W omawianym przykładzie cudza rzecz ruchoma obiektywnie wystąpiła. Sprawca wprawdzie nie może zabrać pieniędzy, bo ofiara ich nie ma, ale w jego zasięgu wciąż znajdują się inne rzeczy ruchome jak np. ubranie pokrzywdzonego. Zamiarem sprawcy było dokonanie zaboru cudzej rzeczy ruchomej, a ta znajdowała się w zasięgu jego działania.

Jeżeli sprawca włamuje się do lokalu, w którym, wbrew jego oczekiwaniom, znajdują się przedmioty o niskiej wartości majątkowej, to należy uznać

¹¹ Por. S. Tarapata, *Ile udolności...*, s. 5, który uważa, że gdyby treść art. 13 § 2 k.k. miał przesądzać przyjęcie stanowiska obiektywistycznego, to przepis ten powinien mówić o „braku jakiegokolwiek przedmiotu stanowiącego desygnat dobra prawnego, które wedle zamiaru sprawcy miało zostać zaatakowane”. Wg mojego stanowiska należałoby to dookreślić o dobro prawne konkretnego dysponenta (z przepisu wynikałoby, że jeśli sprawca strzela do trupa, a w jego zasięgu znajdują się inne żywe osoby, to usiłowanie nieudolne nie może zachodzić, ponieważ zamierzał zaatakować życie). Po drugie obecna redakcja przepisu i tak bardziej przypomina propozycję obiektywistyczną, a nie subiektywistyczną.

¹² M. Małecki, *Glosa...*, s. 3. Podobnie m.in. wyrok SA w Lublinie z dnia 4 kwietnia 2006 r., sygn. II AKa 66/06, LEX nr 183573; wyrok SA w Katowicach z dnia 24 maja 2005 r., sygn. II AKa 155/05, KZS 2005, nr 12, poz. 53. Tak też A. Wąsek, *Glosa do uchwały SN, I KZP 36/00*.

to za usiłowanie udolne. Miał zamiar dokonania zaboru cudzej rzeczy ruchomej, która znalazła się w zasięgu jego działania. Zamiar w momencie rozpoczęcia przełamывania zabezpieczenia odnosił się do rzeczy znajdujących się w lokalu, którego zabezpieczenie przełamывał – by były one objęte jego zamiarem, nie jest konieczne, by dokładnie znał ich właściwości i przydatność¹³. Niezabranie tych rzeczy po przełamaniu zabezpieczenia nie świadczy o tym, że nie były one objęte zamiarem sprawcy, lecz o tym, że w momencie zidentyfikowania ich właściwości sprawca uznał je za nieatrakcyjne i w związku z tym odstąpił od dokonania¹⁴.

Zawężanie kręgu przedmiotów czynu zabronionego prędzej czy później doprowadzi do absurdu. Jeżeli bowiem sprawca chce zabrać pieniądze – to czy mamy ustalać, o jaką walutę tu chodzi? A jeżeli sprawca zamierzał zabrać ofierze 1000 zł, a ta miała przy sobie tylko 999 zł¹⁵? We wszystkich tych przypadkach można się dopatrzeć okoliczności, w których sprawca rezygnuje z dokonania zaboru tych przedmiotów, ponieważ nie odpowiadają one jego oczekiwaniom¹⁶.

Podnosi się, że przyjęcie koncepcji obiektywnej oznacza, iż usiłowanie nieudolne np. rozboju mogłoby być możliwe jedynie wobec osoby nagiej¹⁷. W doktrynie nie budzi wątpliwości szeroka wykładnia znamienia „cudzej rzeczy ruchomej” z art. 278 § 1 i art. 280 § 1 k.k.¹⁸ Skoro krąg desygnatów tego

¹³ Podobnie S. Tarapata, *Ile udolności*, s. 15.

¹⁴ W podobnym kierunku idzie uzasadnienie postanowienia SN z dnia 16 lutego 2010 r., sygn. V KK 354/09, OSNwSK 2010, nr 1, poz. 340: „o usiłowaniu nieudolnym można byłoby bowiem mówić wówczas, gdyby w pomieszczeniach suszarni i wózkarni, do których skazany także się włamał, w ogóle nie było żadnych przedmiotów, przez co realizacja jego zamiaru okazałaby się niemożliwa ze względu na brak przedmiotów nadających się do dokonania przestępstwa. Tymczasem z poczynionych w sprawie ustaleń faktycznych jasno wynika, że nie było tam jedynie przedmiotów wartościowych”. Podobnie postanowienie SN z dnia 28 kwietnia 2011 r., sygn. V KK 33/11, LEX nr 817558.

¹⁵ Sprawę podobnego typu rozpoznawał SA w Lublinie w wyroku z dnia 25 września 2013 r., sygn. II AKa 131/13, LEX nr 1381450. Sprawcy zostali oskarżeni m.in. o usiłowanie kradzieży z włamaniem (art. 13 § 1 w zw. z art. 279 § 1 k.k.), ponieważ wtargnęli do budynku mieszkalnego w celu dokonania zaboru 18 000 zł, których pokrzywdzony nie posiadał. Sąd przyjął tutaj usiłowanie udolne, ponieważ „w domu pokrzywdzonego niewątpliwie znajdowały się przedmioty przedstawiające jakąś wartość materialną, a w szczególności gotówka w kwocie około 80 złotych”, zaś istotą usiłowania nieudolnego jest brak realnego zagrożenia dla dobra prawnego, co nie miało tutaj miejsca, skoro współsprawcy zagrozili mieniu ofiary.

¹⁶ Jak stwierdził SA w Katowicach w wyroku z dnia 28 lutego 2002 r., sygn. II AKa 549/01, KZS 2002, nr 10, poz. 62 brak przedmiotu nadającego się do popełnienia czynu zabronionego ma obiektywnie powodować niemożliwość popełnienia czynu zabronionego. Nie jest to spełnione w sytuacji, gdy ilość posiadanych przez pokrzywdzonego rzeczy ruchomych odbiega od oczekiwań sprawcy rozboju.

¹⁷ Tak np. S. Tarapata, *Ile udolności...*, s. 13.

¹⁸ M. Dąbrowska-Kardas, P. Kardas, *Komentarz do art. 278 Kodeksu karnego*, (w:) A. Zołł (red.), *Kodeks karny. Część szczególna. Tom III. Komentarz do art. 278–363*, WK 2016, tezy 43, 45–49, 52–53, 60–76.

znamienia jest bardzo szeroki, to szansa na wystąpienie sytuacji, w której tych desygnatów w ogóle nie będzie, jest nikła. Tak jak w przypadku niektórych typów czynów zabronionych niemożliwe jest usiłowanie nieudolne ze względu na brak przedmiotu czynności wykonawczej, ponieważ ich opis nie obejmuje tego znamienia¹⁹, tak w wypadku niektórych typów jest to ograniczone do bardzo niewielu przypadków ze względu na szeroką wykładnię znamienia przedmiotu czynności wykonawczej.

Trudno w takich przypadkach przyjmować także błąd sprawcy, a tym bardziej błąd istotny. Błąd leżący u podstaw usiłowania nieudolnego w przypadku art. 280 § 1 k.k. powinien odnosić się np. do znamienia „człowiek” lub „cudza rzecz ruchoma”. W tym kazusie oba takie obiekty występują, czego sprawca jest świadomy. Jak twierdzi natomiast A. Zoll, w przypadku tej postaci usiłowania, „sprawca błędnie przyjmuje, że działa wobec obiektu będącego nośnikiem dobra prawnego stanowiącego znamię określonego typu czynu zabronionego (błędnie przyjmuje, że np. strzela do człowieka, podczas, gdy jest to manekin)”²⁰ – tutaj sprawca zgodnie z rzeczywistością przyjmuje, że atakuje obiekty stanowiące nośniki mienia. Nie ma jedynie tego nośnika dobra prawnego, który sprawca sobie wyobraził jako cel swego działania, ale skoro istnieją inne, to art. 13 § 2 k.k. nie pozwala przyjąć usiłowania nieudolnego²¹.

Można odwołać się do następującego przykładu: sprawca chciał zabić A, ale pomylił go z B i rozpoczął bezpośrednie zmierzanie do spowodowania śmierci B²². Według stanowiska obiektywistycznego mamy tu do czynienia z nieistotnym błędem co do osoby. Zarówno A jak i B są desygnatami znamienia przedmiotu czynności wykonawczej art. 148 § 1 k.k., którym jest człowiek. Natomiast wg teorii subiektywistycznej mamy tutaj błąd co do przedmiotu czynności wykonawczej. Zamiar sprawcy był bowiem skierowany na spowodowanie śmierci A, a A w tej sytuacji nie wystąpił. B jest desygnatem znamienia wykonawczego, do którego zamiar sprawcy się już nie odnosił. Należałoby zatem tutaj przyjąć (w sytuacji braku dokonania) usiłowanie

¹⁹ Przykładem jest bigamia (art. 206 k.k.), zob. M. S z e w c z y k, Komentarz do art. 206 Kodeksu karnego, (w:) A. Z o l l (red.), Kodeks karny. Część szczególna. Tom II. Komentarz do art. 117–277 k.k., LEX, 2013, teza 26.

²⁰ A. Z o l l, Komentarz do art. 13..., teza 34.

²¹ W tym zakresie mój pogląd jest zbliżony z zapatrywaniami J. B i e d e r m a n a, Glosa do uchwały SN z dnia 20 listopada 2000 r., sygn. I KZP 36/00, *Palestra* 2001, nr 7–8: „Błąd odnoszący się do postaci owego mienia nie ma znaczenia dla rozstrzygnięcia o udolności bądź nieudolności usiłowania dokonania rozboju ze względu na przedmiot”.

²² Przykład nawiązuje do stanu faktycznego rozpatrywanego przez SA we Wrocławiu (wyrok z dnia 22 listopada 2002 r., sygn. II AKa 331/02, KZS 2003, nr 7–8, poz. 67) i SN (wyrok z dnia 13 maja 2002 r., sygn. V KKN 141/01, LEX nr 53914). Zob. A. B a r c z a k - O p l u s t i l, Przegląd orzecznictwa Sądu Najwyższego i sądów apelacyjnych, *Czasopismo Prawa Karnego i Nauk Penalnych* 2004, nr 2, s. 201–207.

nieudolne spowodowania śmierci A, co chociażby z przyczyn kryminalnopolitycznych wydaje się nie do przyjęcia.

Powyższy przykład można odnieść do sytuacji, gdy sprawca atakuje pokrzywdzonego licząc na to, że ma on przy sobie portfel (A), podczas gdy pokrzywdzony portfela nie posiada, ale w jego kieszeni znajduje się telefon komórkowy (B). Zarówno A jak i B są desygnatami znamienia przedmiotu czynności wykonawczej art. 280 § 1 k.k. Urojenie sobie desygnatu A nie powinno decydować o kwalifikacji tego zachowania jako usiłowania nieudolnego, skoro wciąż możliwe jest dopuszczenie się rozboju wobec osoby posiadającej telefon komórkowy (desygnat B). Poza tym przedmiotem zamiaru sprawcy rozboju na ogół są po prostu przedmioty, jakie ma przy sobie ofiara czynu zabronionego, niezależnie od ich dokładniejszego wyobrażenia.

Okoliczność, że sprawca nie zamierza zabierać niczego poza pieniędzmi, nie oznacza automatycznie, że nie tworzy zagrożenia dla dobra prawnego z art. 280 § 1 k.k., tj. mienia²³. Dla stwarzania realnego zagrożenia zamiar sprawcy nie jest przesądający. Przykładowo przestępstwa nieumyślne z góry zakładają brak umyślności, a jednocześnie wystąpienie niebezpieczeństwa uszczerbku na dobru prawnym. Stworzenie zagrożenia dla dobra prawnego nie oznacza automatycznie, iż było to objęte zamiarem sprawcy.

W konkretnych przypadkach (gdy nie można przyjąć usiłowania nieudolnego według prezentowanej tutaj koncepcji, ale sprawca bezpośrednio zmierzał na przykład do dokonania zaboru ściśle określonego przedmiotu i tylko on był obiektem jego zainteresowania), do wymierzenia kary nadzwyczajnie złagodzonej może dojść na podstawie art. 60 § 2 k.k., o ile można to potraktować jako „szczególnie uzasadniony wypadek”²⁴.

Na koniec należy zauważyć, że karalność usiłowania nieudolnego ma charakter wyjątkowy. Może zaistnieć, gdy wykluczona jest odpowiedzialność za usiłowanie udolne. Wyjątków zaś nie można interpretować rozszerzająco (*exceptiones non sunt extendendae*).

6. Jak widać, konstrukcja usiłowania nieudolnego w obecnym brzmieniu wywołuje w doktrynie i orzecznictwie ogromne wątpliwości, których glosowa-

²³ Podobnie zdaje się uważać, S. Tarapata, *Ile udolności...*, s. 8. Jak twierdzi K. Daszkiewicz, *Usiłowanie nieudolne (ze szczególnym uwzględnieniem uchwały Sądu Najwyższego z dnia 20 listopada 2000 r.)*, *Prokuratura i Prawo* 2001, nr 9, s. 21: „Twierdzenie, że w takiej sytuacji można przyjąć usiłowanie nieudolne rozboju, ponieważ prawnie chronionym dobrom ofiar tego przestępstwa nie zagrażało żadne rzeczywiste niebezpieczeństwo, jest po prostu tworzeniem fikcji, niestety korzystnej dla sprawców usiłowanych rozbojów, a niekorzystnej dla ich ofiar”.

²⁴ Także ze względu na art. 37a i 37b k.k. sąd ma szerokie możliwości w kształtowaniu reakcji na przestępstwo. W przypadku przestępstw zagrożonych karą do 5 lat pozbawienia wolności (np. art. 278 § 1 k.k.) nadzwyczajnie złagodzenie w istocie polega na odstąpieniu od wymierzenia kary (art. 60 § 7 k.k.).

na uchwała nie usuwa. Jest tak, ponieważ w kontekście powyższych rozważań wątpliwości budzi druga główna teza orzeczenia: „Pociągnięcie do odpowiedzialności karnej sprawcy usiłowania nieudolnego (art. 13 § 2 k.k.) może być *in concreto* uwarunkowane poczynionymi ustaleniami co do zamiaru popełnienia czynu zabronionego na określonym przedmiocie”. Odpowiedzialność karna zawsze jest uwarunkowana ustaleniami co do strony podmiotowej czynu zabronionego. W przypadku czynu zabronionego popełnionego w formie stadialnej usiłowania konieczna jest umyślność (art. 9 § 1 k.k.) cechująca zachowanie sprawcy.

Największe wątpliwości budzi stwierdzenie, iż „Ostatecznie zatem, przy braku zamiaru popełnienia przez sprawcę czynu zabronionego na przedmiotach, które znajdowały się faktycznie w zasięgu jego czynności sprawczej i niedokonanie na nich czynu zabronionego, zakres przypisywalnego sprawcy usiłowania nieudolnego może wiązać się tylko z niedokonaniem czynu zabronionego na przedmiotach, objętych jego zamiarem” (s. 17 uzasadnienia). To zdanie jest sprzeczne z większą częścią uzasadnienia uchwały Sądu Najwyższego. Należy więc podzielić stanowisko, iż uchwała charakteryzuje się niespójnością.

7. W końcowej części uzasadnienia Sąd Najwyższy poruszył problem zastosowania instytucji czynnego żalu w przypadku usiłowania nieudolnego. Odstąpienie z powodu nieprzydatności przedmiotu dla konkretnego sprawcy nie może być bowiem uznane za „porzucenie przez sprawcę zamiaru popełnienia czynu zabronionego z własnej woli” (s. 18 uzasadnienia).

Skorzystanie przez sprawcę z czynnego żalu nie jest wykluczone w przypadku obu postaci usiłowania. Żadnych ograniczeń w tej kwestii nie zawiera art. 15 § 1 k.k. Z usiłowaniem nieudolnym generalnie wiąże się np. mniejszy stopień społecznej szkodliwości czynu niż w wypadku usiłowania udolnego. Odebranie sprawcom usiłowania nieudolnego możliwości korzystania z bezkarności byłoby nieracjonalne i nieuzasadnione funkcjonalnie.

Dobrowolność, jako przesłanka zastosowania art. 15 § 1 k.k., polega natomiast na tym, że sprawca rezygnuje z popełnienia czynu zabronionego, gdy ma świadomość, iż jest w stanie zrealizować jego wszystkie znamiona (zdanie SN, iż wymagane jest odstąpienie „z woli sprawcy”, jest nieco nieprecyzyjne). Przyjęcie dobrowolności nie jest uwarunkowane okolicznościami zewnętrznymi. Sprawca może mieć bowiem świadomość możliwości dokonania czynu zabronionego także wtedy, gdy obiektywnie ta możliwość w określonej sytuacji nie istnieje²⁵. Czynny żal w przypadku usiłowania nieu-

²⁵ Nie można jednak zgodzić się z J. Giezkim, Glosa do uchwały SN z dnia 20 listopada 2000 r., *Prokuratura i Prawo* 2001, nr 9, s. 105–111, który uważa, iż przekonanie sprawcy, iż dana rzecz jest zbyt mało wartościowa, przez co on odstępuje od dokonania, uzasadnia w tej sytuacji stosowanie art. 15 § 1 k.k. W tej sytuacji sprawca odstępuje od dokonania, bo

dolnego wymaga odstąpienia w momencie, gdy sprawca nie zorientował się jeszcze, iż dokonanie jest obiektywnie niemożliwe.

8. Na zakończenie należy dodać, że powyższe (skrótowo przedstawione) stanowisko nie abstrahuje zupełnie od podmiotowych elementów usiłowania nieudolnego. Zamiar sprawcy wpływa bowiem na: 1) ustalenie dobra prawnego będącego przedmiotem zamachu ze strony sprawcy, 2) ustalenie, kto jest dysponentem tego dobra, 3) kwalifikację prawną zachowania sprawcy (jest to niezbędne dla określenia co w ogóle może być przedmiotem czynności wykonawczej, o którym mówi art. 13 § 2 k.k.).

Commentary to the resolution adopted by 7 judges of the Supreme Court on 19 January 2017, ref. no. I KZP 16/16

Abstract

This commentary deals with the interpretation of “lack of an item suitable for the commission of a prohibited act” as one of grounds for prosecuting a failed criminal attempt. The commentator endorses the first part of the reasoning included in the ruling, arguing that the criterion in question should be understood objectively, and criticizes the view that the fulfillment of the criterion depends on whether we are able to determine the specific item towards which the intention of a perpetrator of a prohibited act was geared. At the same time, the commentator does not endorse the second part of the reasoning which shows a subjective approach. Both assertions included in the resolution are deemed conflicting.

uznał, że nie jest w stanie dokonać czynu zabronionego na tym konkretnym przedmiocie (nie zrealizował celu rozbójniczego). Trafne jest stanowisko SA w Katowicach wyrażone w wyroku o sygn. II AKa 549/01, KZS 2002, nr 10, poz. 62, iż odstąpienie w tej sytuacji jest „wynikiem sytuacji zewnętrznej, związanej z brakiem możliwości materialnego zaspokojenia sprawcy w sposób przez niego pożądaný, a nie wewnętrznych przemyśleń o celowości popełnienia w ogóle przestępstwa”. Zgadza się z tym A. J e z u s e k, Brak przedmiotu nadającego się do popełnienia na nim czynu zabronionego (w rozumieniu art. 13 § 2 k.k.), Państwo i Prawo 2015, nr 3, s. 87–102: „W przypadku odstąpienia od dokonania rozbój z powodu np. zbyt małej wartości rzeczy posiadanych przez pokrzywdzonego nie można mówić o dobrowolności odstąpienia. Gdyby pokrzywdzony miał rzeczy o odpowiedniej wartości, sprawca wyczerpałby znamiona czynu zabronionego. Sprawca nadal chce dokonać czynu, lecz z przyczyn od niego niezależnych nie jest w stanie zrealizować swojego celu”.

Wiadomości dla Autorów i Czytelników

Redakcja uprzejmie zawiadamia, że – zgodnie z § 32 rozporządzenia Ministra Nauki i Szkolnictwa Wyższego z dnia 12 grudnia 2016 r. w sprawie przyznawania kategorii naukowej jednostkom naukowym i uczelniom, w których zgodnie z ich statutami nie wyodrębniono podstawowych jednostek organizacyjnych (Dz. U. 2016 r., poz. 2154) – został opracowany i ogłoszony w formie komunikatu Ministra Nauki i Szkolnictwa Wyższego z dnia 26 stycznia 2017 r., składający się z 3 części (A., B., C.), wykaz czasopism naukowych, zawierający historię czasopisma z publikowanych wykazów za lata 2013–2016.

Za publikacje naukowe w każdym z tych czasopism przyznano najwyższą liczbę punktów spośród określonych w poszczególnych wykazach z okresu 2013–2016.

Czasopismo „Prokuratura i Prawo” zamieszczone zostało w części B., pod pozycją 2045, a za publikację na jego łamach przyznano najwyższą liczbę **6 punktów**.

Informacje w tym zakresie można znaleźć pod adresem:
<http://www.nauka.gov.pl/ujednolicony-wykaz-czasopism-naukowych-wykaz-czasopism-naukowych-zawierajacy-historie-czasopisma-z-publikowanych-wykazow-za-lata-2013-2016.html>

Czasopismo „Prokuratura i Prawo” przeszło ponadto pozytywnie proces ewaluacji ICI Journals Master List 2014, której wynikiem jest przyznanie wskaźnika ICV (*Index Copernicus Value*) w wysokości **35.56 pkt**.

Nasze czasopismo od stycznia 2005 r. nie jest dostępne w prenumeracie. Równocześnie na stronie internetowej Prokuratury Krajowej pod adresem www.pk.gov.pl, w zakładce „Prokuratura i Prawo/opublikowane numery”, udostępniłmy pełne teksty miesięcznika od początku jego istnienia, to znaczy od stycznia 1995 r. do chwili obecnej.

Warunki publikacji

Redakcja prosi o nadsyłanie artykułów i innych materiałów przeznaczonych do publikacji wyłącznie w formie elektronicznej w edytorze Word 97, dla następujących ustawień: strona niestandardowa (szerokość 17 cm, wysokość 24 cm), marginesy: górny 2 cm, boczne (lewy i prawy) 2,5 cm i dolny 1,5 cm, czcionka Times New Roman w rozmiarze 11 (dla przypisów dolnych 9) oraz pojedynczy odstęp między wierszami. Jednocześnie informujemy, że ramy artykułu nie powinny przekraczać 30 stron znormalizowanego tekstu, a pozostałych opracowań – 20 stron.

Na pierwszej stronie należy zamieścić: imię i nazwisko autora (autorów), tytuł pracy, krótkie (kilkuzdaniowe) streszczenie ujmujące główne tezy opracowania. Na końcu pracy należy podać: adres (adresy) autora (autorów), nr telefonu, adres e-mail, a także informacje o statusie profesjonalnym autora (autorów), z wyszczególnieniem posiadanych tytułów naukowych, nazwy instytucji zatrudniającej oraz zajmowanego stanowiska. Od doktorantów i aplikantów wymagana jest opinia dotycząca wartości merytorycznej przedstawionego artykułu (glosy) – rekomendacja opiekuna naukowego i odpowiednio zawodowego. W przypadku asesora oraz asystenta prokuratora oczekuje się rekomendacji kierownika jednostki organizacyjnej, a asystenta sędziego – przewodniczącego wydziału.

Materiały należy przysyłać na adresy e-mail: redakcja@pk.gov.pl lub wojciechkotowski@poczta.onet.pl.

Redakcja zastrzega sobie prawo dokonywania w nadesłanych materiałach zmian tytułów, skrótów, poprawek stylistyczno-językowych oraz innych przeróbek technicznych. Redakcja przyjmuje prace dotychczas niedrukowane.

Zgodnie z decyzją Kolegium Redakcyjnego od nr 6/16 nie publikujemy na naszych łamach recenzji książek oraz sprawozdań z konferencji.