



Prokuratura i Prawo

NR 3/marzec 2015



ISSN 1233-2577



PROKURATURA
GENERALNA

RADA PROGRAMOWA

Przewodniczący – **Andrzej SEREMET**
Członkowie: Jerzy BRALCZYK, Władysław CZAPLIŃSKI, Tadeusz ERECIŃSKI, Lech K. PAPRZYCKI,
Zygfryd SIWIK, Bogusław SYGIT, Zbigniew SZCZĄSKA, Andrzej WAŻNY, Piotr
WIŚNIEWSKI, Andrzej WRÓBEL, Włodzimierz WRÓBEL

KOLEGIUM REDAKCYJNE

Przewodniczący – **Bogusław MICHAŁSKI**
Członkowie: Aleksander HERZOG, Krzysztof KARSZNICKI, Beata MIK, Andrzej NIEWIELSKI

REDAKCJA

Redaktor Naczelny – **Bogusław MICHAŁSKI**
Z-ca Redaktora Naczelnego – Krzysztof KARSZNICKI
Sekretarz Redakcji – Wojciech KOTOWSKI

Współpraca: Kinga MAJKOWSKA

WYDAJE
PROKURATURA GENERALNA
Adres Redakcji:
02-528 Warszawa, ul. Rakowiecka 26/30,
Tel. 22 125 1833
e-mail: redakcja@pg.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. Żeromskiego 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. zw. dr hab. dr h.c. Brunon Hołyst, Uniwersytet Łódzki, Uniwersytet Przyrodniczo-Humanistyczny w Siedlcach	
Podśluchiwanie i inwigilacja użytkowników mediów elektronicznych w kontekście bezpieczeństwa informacyjnego	5
<i>Eavesdropping and surveillance of electronic media users in the context of information security</i>	31
dr hab. Ewa Bieńkowska, prof. Europejskiej Wyższej Szkoły Prawa i Administracji w Warszawie	
Wokół projektu utworzenia systemu ochrony pokrzywdzonego i świadka	32
<i>Some remarks about plans for the victim and witness protection system</i>	50
dr Igor Zduński, adiunkt Kujawsko-Pomorskiej Szkoły Wyższej w Bydgoszczy	
Środki zabezpieczające w projekcie nowelizacji kodeksu karnego	51
<i>Measures of protection in the draft amendment to the Penal Code</i>	72
dr Magdalena Kowalewska, adiunkt Uniwersytetu Szczecińskiego	
Przestępstwa z zapomnienia	73
<i>Offences caused by not remembering</i>	85
Paweł Kołodziejwski, prokurator Prokuratury Rejonowej w Bydgoszczy, del. do Prokuratury Okręgowej w Bydgoszczy	
Skuteczność ścigania przestępczości skarbowej a zmiany systemowe	86
<i>Effectiveness of tax offence prosecution versus system changes</i>	105
Beata Baran, doktorantka Uniwersytetu Jagiellońskiego	
Z problematyki prokuratorskiego postępowania w sprawach dotyczących odpowiedzialności funkcjonariuszy publicznych za rażące naruszenie prawa	106
<i>Prosecutorial investigation in cases involving liability of public officials for flagrant violation of law</i>	122
dr Blanka Julita Stefańska, adiunkt Uczelni Łazarskiego	
Przestępstwa uszkodzenia płodu w hiszpańskim prawie karnym . . .	123
<i>Offences of inflicting damage on a fetus in Spanish criminal law</i> . .	137

Materiały szkoleniowe/*Training materials*

Wojciech Kotowski, sekretarz redakcji „Prokuratury i Prawa”

Warunki przewozu towarów niebezpiecznych 138

Conditions for the transportation of hazardous goods 171

Recenzje/*Reviews*

książki Tamar Frankel, **The Ponzi Scheme Puzzle. A History**

and Analysis of Con Artists and Victims („Zagadka schematu Ponziego. Historia i analiza oszustów i ofiar”), Nowy Jork 2012 –

oprac. dr Bartłomiej Gadecki 172

of book by Tamar Frankel, The Ponzi Scheme Puzzle. A History

and Analysis of Con Artists and Victims, Oxford University Press,

New York 2012 – by Bartłomiej Gadecki, Ph.D. 172

Glosy/*Commentaries*

do uchwały składu 7 sędziów Sądu Najwyższego z dnia 25 września 2013 r., sygn. I KZP 5/13 (dot. kontroli instancyjnej wyroku) –

oprac. dr Krzysztof Nowicki 177

to the resolution of seven judges of the Supreme Court of 25

September 2013, file no. I KZP 5/13 (concerns examination of

appeals against judgments) – by Krzysztof Nowicki, Ph.D. 186

Sprawozdania i informacje/*Reports and information*

Ogólnopolska konferencja naukowa na temat „Przyszłość prokuratury po 2015 roku” – oprac. Krystyna Patora 187

Polish Scientific Conference „Future of Prosecutor’s Office after

2015” – by Krystyna Patora 187

ARTYKUŁY

Brunon Hołyst

Podśluchiwanie i inwigilacja użytkowników mediów elektronicznych w kontekście bezpieczeństwa informacyjnego

Streszczenie

Autor właściwie rozważania poprzedza wprowadzeniem dotyczącym zagrożenia bezpieczeństwa w wyniku podsłuchów, wskazując ujawnienie przez E. Snowdena zakresu i szczegółów inwigilacji sieci teleinformatycznych, włamywanie się do poczty głosowej na komórkach ofiar przestępstw kryminalnych przez dziennikarzy „The News of the World” oraz tzw. aferę taśmową. Podkreśla, że informacja jest kluczowym elementem procesów biznesowych i podstawą działania prawie wszystkich współczesnych firm i organizacji, w tym państwa.

Zagrożenie bezpieczeństwa w wyniku podsłuchów

Zjawisko podśluchiwania oraz inwigilacji użytkowników mediów elektronicznych jest problemem budzącym coraz większe zaniepokojenie, zarówno ośrodków administracyjno-wykonawczych, jak i społeczeństwa¹. W 2013 i 2014 r. władze różnych państw Europy protestowały przeciwko amerykańskim programom szpiegowskim, po ujawnieniu przez E. Snowdena zakresu i szczegółów inwigilacji sieci teleinformatycznych. Nieco wcześniej, w 2011 r.,

¹ E. Moglen, *Wolność w chmurze i inne eseje*, Fundacja „Nowoczesna Polska”, Warszawa 2013.

wybuchł skandal, gdy okazało się, że dziennikarze „The News of the World” należącego do słynnego australijskiego magnata prasowego R. Murdocha włamywali się do poczty głosowej na komórkach ofiar przestępstw kryminalnych, w tym zamordowanej 13-letniej dziewczynki. W wyniku społecznego oburzenia istniejąca ponad 100 lat gazeta została natychmiast zamknięta dla ratowania reputacji całego koncernu medialnego. Przypadki publikacji podsłuchanych informacji zdarzają się współcześnie bardzo często, w różnych krajach, w tym również w Polsce, czego przykładem może być tzw. afera taśmowa, która rozpoczęła się w czerwcu 2014 r. w wyniku publikacji w tygodniku „Wprost” zapisów rozmów prowadzonych przez czołowych polskich polityków w restauracjach.

Zagadnieniem bezpieczeństwa informacyjnego zajmuje się m.in. nauka zwana securitologią, która jako wyodrębniająca się dyscyplina naukowa podejmująca badania zagrożeń dla istnienia, rozwoju i normalnego funkcjonowania człowieka i organizacji społecznych². Metody badawcze specjalności tej dyscypliny mają charakter w znacznym stopniu interdyscyplinarny, a leżą obecnie głównie w dziedzinie teleinformatyki, analizy systemowej i psychologii społecznej. Bezpieczeństwo informacyjne skoncentrowane na odpowiednim aspekcie rzeczywistości i stosowaniu specyficznych metod badawczych, obecnie związanych głównie z teleinformatyką pozwala na radzenie sobie z zagrożeniami w zakresie bezpieczeństwa zasobów informacyjnych. Współczesne, zaawansowane technologicznie społeczeństwa w dużym stopniu uzależnione są od informacji, zwłaszcza informacji przetwarzanej, przechowywanej i przesyłanej w systemach informatycznych. Z tego powodu istotne staje się zagadnienie właściwej ochrony takiej informacji, ponieważ jest ona towarem o znaczeniu strategicznym dla kraju, firmy, konkretnego człowieka. Już od dawna wiadomo, że ci, którzy dysponowali właściwą informacją we właściwym czasie, wygrywali wojny oraz osiągalni sukcesy rynkowe. Informacja jest towarem, który można kupić, dzięki któremu można osiągnąć określone korzyści i który trzeba chronić, mając na względzie własne interesy.

Informacja jest kluczowym elementem procesów biznesowych i podstawą działania prawie wszystkich współczesnych firm i organizacji, w tym organizacji takiej jak państwo. Ujawnienie niepożądanym osobom, np. w wyniku podsłuchu, przerwanie obiegu informacji lub sfalszowanie informacji powoduje straty, kończące się dla firmy często bankructwem, a dla państwa niepokojami społecznymi, zaburzeniami w gospodarce krajowej, gorszym postrzeganiem na forum międzynarodowym. Informacja służy do sterowania procesami w zautomatyzowanych procesach wytwórczych i usługowych

² L. F. Korzeniowski, *Securitologia. Nauka o bezpieczeństwie człowieka i organizacji społecznych*, Wydawnictwo EAS, Kraków 2008.

o kluczowym znaczeniu dla gospodarki i społeczeństwa. Informacja może występować także w szczególnej postaci informacji sterującej urządzeniami, zwykle czujnikami i mechanizmami wykonawczymi. Błędne sterowania takimi systemami może powodować katastrofy i wywoływać kryzysy na skalę lokalną, ogólnokrajową lub międzynarodową. Wszystkie cywilizowane kraje mają przepisy prawne wymuszające ochronę informacji przed nieuprawnionym dostępem, zapewnienie właściwego jej przetwarzania, przechowywania i przesyłania oraz określające zasady zbierania określonych kategorii informacji.

System informacyjny to system przesyłania, przetwarzania i przechowywania informacji, natomiast system informatyczny to ta część systemu informacyjnego, w której do przesyłania, przetwarzania i przechowywania informacji wykorzystywane są środki techniki komputerowej³. Ta definicja obejmuje wszystkie warianty praktycznej realizacji takiego systemu, według różnych klasyfikacji, takie jak: sieć komputerowa, system rozproszony, a także przemysłowy system sterowania. Ochrona informacji jest zagadnieniem obszernym i generalnie wiąże się z tzw. bezpieczeństwem informacyjnym, obejmującym wszystkie formy, w tym również słowne elementy wymiany, przechowywania i przetwarzania informacji. Według ogólnie uznanych poglądów bezpieczeństwo informacyjne dotyczy człowieka lub organizacji, gdy w grę wchodzi ujawnienie, utrata zasobów informacyjnych lub otrzymaniem informacji złej jakości. Bezpieczeństwo informacyjne oznacza uzasadnione zaufanie podmiotu do jakości i dostępności pozyskiwanej i wykorzystywanej informacji. Bezpieczeństwo informacji oznacza uzasadnione, np. analizą ryzyka i przyjętymi metodami postępowania z ryzykiem, zaufanie, że nie zostaną poniesione potencjalne straty wynikające z niepożądanego i przypadkowego lub świadomego: ujawnienia, modyfikacji, zniszczenia lub uniemożliwienia przetwarzania informacji przechowywanej, przetwarzanej – przesyłanej w określonym systemie obiegu informacji. Można zatem uznać, że bezpieczeństwo informacji jest składową bezpieczeństwa informacyjnego – informację trzeba najpierw pozyskać, a potem, w trakcie jej wykorzystywania przez podmiot, odpowiednio chronić.

Decydujący wpływ na „zaufanie” ma siła zabezpieczeń, z jaką chroni się trzy podstawowe atrybuty informacji, czyli tajność, integralność i dostępność⁴. Tajność – informuje o stopniu ochrony informacji przed nieuprawnionym dostępem, a stopień ten jest uzgadniany przez podmioty dostarczające i otrzymujące informację. Z tajnością jest ściśle związana dotycząca ludzi

³ D. Burrus, *Technotrends: How to Use Technology to Go Beyond Your Competition*, Collins, London 1994.

⁴ A. E. Patkowski, K. Liderman, O znaczeniu bezpieczeństwa informacyjnego, (w:) W. L. Grochowski, A. Letkiewicz, A. Misiuk (red.), *Nauka o bezpieczeństwie*, t. 1, Wydawnictwo Wyższej Szkoły Policji, Szczytno 2011, s. 332–342.

poufność, czyli prawo jednostki do decydowania o tym, jakimi informacjami i z kim chce się podzielić i jakie jest skłonna przyjąć. Integralność informuje, czy dane i informacje są poprawne, nienaruszone i nie zostały poddane manipulacji, natomiast dostępność odnosi się do tego, czy dane, procesy i aplikacje są dostępne, zgodnie z wymaganiami użytkownika lub wymaganiami systemu. Informacje przechowywane, przesyłane i przetwarzane w systemach informatycznych nazywa się niekiedy danymi. Zagrożenia, przed którymi chroni się informację, dotyczą takich czynników, jak: „siły wyższe” (katastrofy naturalne, zmiany prawa itp.), błędy ludzi uczestniczących w procesach przetwarzania, przesyłania i przechowywania informacji, błędy w organizacji przetwarzania, przesyłania i przechowywania informacji, awarie sprzętu i błędy w oprogramowaniu. Do szczególnie ważnej kategorii zagrożeń należą nieuprawnione, a niekiedy również przestępcze działania ludzi obejmujące: podsłuchy różnego typu, tj. pakietów sieci, emisji ujawniającej, fal głosowych („pluskwa”); nieuprawnione działania personelu, w tym kradzieże i zagubienia nośników informacji (sprzętu i dokumentów); nieuprawnione działania osób postronnych (klienci, „hakerzy”), w tym kradzieże nośników informacji (sprzętu i dokumentów)⁵.

Dość często popełnianym błędem podczas analizy stanu bezpieczeństwa jest postrzeganie zagrożeń wyłącznie z perspektywy „ataków zewnętrznych”. Zagrożenie spowoduje szkody tylko wtedy, jeżeli istnieją wady lub luki, czyli tzw. podatności w strukturze fizycznej firmy, organizacji pracy, procedurach, obsadzie stanowisk pracy personelem, zarządzaniu i administrowaniu, sprzęcie lub oprogramowaniu, które mogą być wykorzystane przez zagrożenia do spowodowania szkód w systemie informacyjnym lub działalności użytkownika. Związki pomiędzy zagrożeniami, podatnościami i szkodami są scharakteryzowane następująco⁶:

- Na zagrożenia nie ma się wpływu, ale zagrożenie nie zawsze musi się zrealizować – warunkiem koniecznym jest istnienie podatności.
- Na podatności ma się wpływ – możemy je minimalizować, stosując zabezpieczenia.
- Oprócz podatności, w zależności od typu zagrożenia, wiele innych czynników ma wpływ na prawdopodobieństwo jego realizacji.
- Szkody, które mogą powstać podczas realizacji zagrożenia, oraz prawdopodobieństwo jego realizacji (także w sensie potocznym „możliwości”) określają ryzyko. Na wspomniane zabezpieczenia składają się środki: fizyczne (np. sejf, płot, przegroda budowlana), techniczne (np. system alarmowy, system przeciwpożarowy, system nadzoru wizyjnego), oso-

⁵ J. Clough, *Principles of cybercrime*, Cambridge University Press, Cambridge 2010.

⁶ A. E. Patkowski, K. Liderman, *O znaczeniu bezpieczeństwa...*, (w:) W. L. Grochowski, A. Letkiewicz, A. Misiuk (red.), *Nauka...*, *op. cit.*, s. 334.

bowe (np. strażnik, portier), programowe (np. oprogramowanie antywirusowe), oraz działania organizacyjne (np. szkolenia), stosowane w celu przeciwdziałania wykorzystaniu podatności przez zagrożenia. Odpowiednio zaimplementowane zabezpieczenia tworzą system ochrony informacji.

W Polskim Komitecie Normalizacyjnym w dniu 20 listopada 2008 r. powołano Komitet Techniczny nr 306 („Komitet bezpieczeństwa powszechnego i ochrony ludności”) mający zapewnić wdrożenie w polskiej praktyce prawnej i zharmonizowanie w polskich normach wskazań dyrektyw UE, związanych z bezpieczeństwem społecznym w warunkach kryzysu i zagrożeń, a wynikających pośrednio z implementacji regionalnej prac ISO/TC 223 „Societal Security”. Zakres tematyczny zagadnień przedstawiał się następująco⁷:

- zintegrowane zarządzanie granicami,
- infrastruktura krytyczna (budynki, cywilna infrastruktura inżynierska, bezpieczeństwo zasilania w wodę oraz zasilania w energię),
- ochrona i obrona przed BMR,
- ochrona obywateli przed zjawiskami groźnymi dla życia i zdrowia lub powodującymi straty materialne, a także minimalizowanie ich skutków,
- przeciwdziałanie terroryzmowi,
- bezpieczeństwo łańcucha dostaw,
- zmniejszenie ryzyka popełniania przestępstw z wykorzystaniem produktów i usług,
- służby ratunkowe,
- likwidacja skutków użycia BMR i wystąpienia naturalnych kataklizmów.

Wysiłek administracji państwa w zakresie bezpieczeństwa informacyjnego najlepiej ilustrują dwa dokumenty: „Strategia” i „Założenia”. W „Strategii” znajduje się rozdział 3.8 pt. „Bezpieczeństwa informacyjne i telekomunikacyjne” (paragrafy 78–829) oraz rozdział 4.3 pt. „Podsystemy wykonawcze”, gdzie znajduje się paragraf 114 zatytułowany „Informatyzacja i telekomunikacja”⁸. Drugi z przywołanych dokumentów („Założenia”) zawiera zarys podstaw, na których ma być budowany system ochrony „cyberprzestrzeni”. W sierpniu 2011 r. został przyjęty „Rządowy program ochrony cyberprzestrzeni Rzeczypospolitej Polskiej na lata 2011–2016”. W dokumencie przewiduje się m.in. skoordynowanie przedsięwzięć natury legislacyjnej, organizacyjnej, edukacyjnej i technicznej obligatoryjnych dla organów władzy publicznej i operatorów infrastruktury krytycznej i dobrowolnych dla pozostałych podmiotów – użytkowników cyberprzestrzeni.

⁷ M. Blim, Normalizacja w zarządzaniu bezpieczeństwem – nowe spojrzenie, Zabezpieczenia 2009, nr 4, s. 46.

⁸ Z. Nowakowski, H. Szafran, R. Szafran, Bezpieczeństwo w XXI wieku. Strategie bezpieczeństwa narodowego Polski i wybranych państw, Wydawnictwo RS DRUK, Rzeszów 2009.

Podstawą działania struktur politycznych i administracyjnych są pieniądze i informacja, której gromadzeniu, przetwarzaniu i przesyłaniu służą systemy informacyjne. Integralną częścią systemów informacyjnych są systemy informatyczne, na który składa się⁹:

1. Informacja (w postaci danych) przetwarzana, przechowywana i przesyłana w systemie.
2. Sprzętowe elementy umożliwiające przetwarzanie, przechowywanie i przesyłanie informacji: komputery, pamięci zewnętrzne, łącza, urządzenia sieciowe (rutery, koncentratory, bezprzewodowe punkty dostępowe itp.).
3. Programowe elementy umożliwiające przetwarzanie, przechowywanie i przesyłanie informacji: systemy operacyjne, oprogramowanie narzędziowe, aplikacje.
4. Infrastruktura: budynki, zasilanie w energię elektryczną i wodę, systemy ochrony przed nieuprawnionym dostępem fizycznym do elementów systemu teleinformatycznego itd.
5. Ludzie-operatorzy korzystający z możliwości oferowanych przez system teleinformatyczny (potocznie nazywani użytkownikami) oraz ludzie zajmujący się „utrzymaniem w ruchu” systemu teleinformatycznego (administratorzy techniczni).

Każdy z wyżej wymienionych pięciu podstawowych elementów składowych systemu informatycznego może być potencjalnym celem ataku lub może ulec uszkodzeniu lub awarii i w konsekwencji spowodować powstanie znaczących strat w różnej skali i wymiarach (społecznym, finansowym, technicznym itd.). W zależności od przeznaczenia i konstrukcji systemu informatycznego na określenie ogółu zagadnień szeroko rozumianej ochrony używa się terminów „bezpieczeństwo na zewnątrz” oraz „bezpieczeństwo do wewnątrz”. Termin „bezpieczeństwo na zewnątrz” określa ochronę przed zagrożeniami dla środowiska, w tym dla człowieka, w którym pracuje system informatyczny, spowodowanymi nieprawidłowym działaniem tego systemu. Dotyczy to głównie systemów informatycznych wykonanych jako tzw. przemysłowe systemy sterowania (ICS – *Industrial Control System*; zwykle są to systemy czasu rzeczywistego), np. monitorujących stan pacjenta w szpitalu, sterujących robotami na zautomatyzowanej taśmie produkcyjnej, nadzorujących ruch kolejowy itp. W języku angielskim ogół zagadnień związanych z ochroną tego typu, w sensie niedopuszczania do katastrof, określa się zwykle terminem „safety”. Warto zwrócić uwagę, że systemy tego typu są często elementami towarzyszącymi obiektom z tzw. infrastruktury krytycznej państwa. Termin „bezpieczeństwo do wewnątrz” określa ochronę przed za-

⁹ A. E. Patkowski, K. Liderman, O znaczeniu bezpieczeństwa..., (w:) W. L. Grochowski, A. Letkiewicz, A. Misiuk (red.), Nauka..., *op. cit.*, s. 337.

grozzeniami dla informacji przechowywanej, przetwarzanej i przesyłanej w systemie informatycznym. Dotyczy to głównie systemów informatycznych biur, banków, organizacji naukowych itd. W języku angielskim ogół zagadnień związanych z ochroną tego typu, w sensie niedopuszczania do utraty tajności, integralności, dostępności informacji, określa się zwykle terminem „security”. Rozróżnienie na bezpieczeństwo „do wewnątrz” i „na zewnątrz” znajduje swoje odzwierciedlenie w praktyce nie tylko w różnych unormowaniach, ale także w strukturze cyklu życia systemów i sposobie ich wytwarzania oraz utrzymywania¹⁰.

Systemy informacyjne i informacja w szczególności są krytycznymi elementami współczesnego „bezpieczeństwa” w różnej skali i wymiarach z powodów¹¹:

1. Szerokiego, w praktyce nie do skutecznego kontrolowania, pola ataku dla terrorystów.
2. Niespójnego widzenia problemu – spojrzenie przez pryzmat infrastruktury krytycznej państwa, „cyberprzestrzeni”, kategorii informacji (niejawne, dane osobowe, tajemnice prawnie chronione), rodzajów zabezpieczeń technicznych i fizycznych oraz zakresów kompetencji i odpowiedzialności urzędów i urzędników różnych.
3. Przerostów organizacyjnych; jak uczy historia, w USA zorientowano się o tym dopiero po ataku na WTC, który udał się, pomimo dużej ilości różnych instytucji, agencji i ludzi dbających o „bezpieczeństwo” USA. W praktyce sprawdza się to, co jest proste. Do skutecznego przeciwdziałania potrzebna jest np. szybka reakcja, która w proponowanym systemie hierarchicznym i w proponowanym cyklu oceny i zbierania danych na pewno nie będzie miała miejsca.
4. Bałaganu terminologicznego – mnożenie pojęć, szczególnie tych z przedrostkiem „cyber”, przyczynia się do powstania chaosu informacyjnego¹².
5. Braku wśród ludzi tworzących prawo znajomości technicznej strony problemu, np. wydaje im się, że Internet to jest coś, w czym można wytyczyć granice państwowe (np. „cyberprzestrzeń RP”) oraz powierzenie zarządzania bezpieczeństwem informacyjnym urzędnikom, a nie fachowcom. Zdaniem autorów powyższej klasyfikacji kolejność wymienionych pięciu przesłanek określa jednocześnie ich wagę dla problemu. Poza tym należy mieć na uwadze, że w dziedzinie techniki (np. przesyłanie danych sterujących systemami przemysłowymi przez sieć publiczną) i zarządzania

¹⁰ M. Guarascio, G. Reniers, C. A. Brebbia, F. Garzia, *Safety and security engineering*, WIT Press, Ashurst, Southampton 2011.

¹¹ A. E. Patkowski, K. L id e r m a n, *O znaczeniu bezpieczeństwa...*, (w:) W. L. Grochowski, A. Letkiewicz, A. Misiuk (red.), *Nauka...*, *op. cit.*, s. 338.

¹² *Ibidem*.

(np. przejmowanie polskich firm przez podmioty zagraniczne i narzucanie swoich standardów organizacyjnych) zachodzą niepożądane zjawiska.

Ocena zagrożeń z różnych „dziedzin bezpieczeństwa” z oczywistych względów musi podlegać uproszczeniom. W przypadku zagrożeń atakami należy spodziewać się ataków złożonych z kilku różnych technik (prostych sposobów) ataku, nieograniczających się do pojedynczej dziedziny. Wśród obiektów podlegających z różnych względów ochronie (takich jak np. elementy „infrastruktury krytycznej”) można wskazać takie obiekty, które ze swej natury są informacyjne czy informatyczne. O ile w takim przypadku oczywista jest możliwość prowadzenia przeciw takim obiektom ataków „informatycznych”, to w przypadku takich obiektów, jak: elektrownie, koleje czy inne systemy komunikacyjne, skojarzą się one przede wszystkim z atakami zaliczanymi do dziedziny bezpieczeństwa fizycznego: terrorystycznymi zamachami bombowymi. U podstaw wysokiej rangi bezpieczeństwa informacyjnego leży istotne spostrzeżenie, że praktycznie wszystkie obiekty, które realizują jakieś procesy, obecnie zawierają pewien fragment ściśle informacyjny, często będzie to jakiś rodzaj systemu automatycznego sterowania. W przypadku systemów informatycznych straty generowane w wyniku ataku fizycznego wynikają z wyłączenia możliwości informacyjnego wspierania realizacji procesów biznesowych. Jeżeli te procesy będą procesami tzw. przemysłowymi, związanymi z wytwarzaniem dóbr materialnych lub zapewnianiem kluczowych usług dla ludności, np. uzdatniania wody lub zaopatrzenia w energię elektryczną, to podobne skutki można zwykle osiągnąć także drogą wyłączenia tych procesów za pomocą przejętego systemu sterowania. Zwykle znaczenie każdego systemu sterowania dla bezpieczeństwa jest bardzo wysokie. W przypadku opanowania systemu sterowania można skierować działanie sterowanego obiektu przeciw innym obiektom i wtedy sumaryczne szkody mogą znacząco przekraczać maksymalne straty lokalne. Rozsynchronizowanie komunikacji miejskiej lub systemu kontroli ruchu lotniczego są dobrymi przykładami. W przypadku systemów kontroli ruchu straty osiąmane drogą ataku na informację przetwarzaną w systemach informatycznych wspierających działania kontrolerów będą znacznie przekraczać możliwości ataku fizycznego.

Zaburzenie integralności internetowego systemu bankowego może przynieść straty dla klienta banku zdecydowanie większe niż wynikające z naruszenia jego dostępności. Z kolei dla banku nawet konieczność pokrycia strat klientowi nie stanowi zwykle znaczącego obciążenia finansowego, natomiast dłuższa niedostępność witryny może znacząco odbić się na kondycji finansowej i prestiżu banku. Z punktu widzenia typowo „informatycznego” obiektu, jakim jest bank, ataki fizyczne (np. zniszczenie kabli lub serwerowni) mogą być potencjalnie równie szkodliwe, jak ataki typu informatycznego. Nie zmienia to faktu, że większe organizacje po fizycznym uszkodzeniu lokaliza-

cji podstawowej automatycznie przełączą się na lokalizację zapasową, co nie jest skuteczne przeciwko informatycznym atakom przeciążeniowym. Ataki informacyjne mogą zatem zadać obiektom podobne, a nawet większe straty co ataki fizyczne. Dostępność środków ataku informatycznego jest bardzo duża, a jak wiadomo, w Sieci istnieją ogromne zasoby narzędzi ataku wraz ze szczegółowymi instrukcjami postępowania. Integrowanie narzędzi powoduje, że nawet do ataków kombinowanych można bez problemu znaleźć odpowiednie oprogramowanie, co nie wymaga ani nakładów finansowych, ani specjalnego wysiłku. Ich pozyskanie nie wiąże się to również z ryzykiem występującym np. w przypadku próby zaopatrzenia się w broń palną lub materiały wybuchowe. Łatwość znalezienia narzędzi powoduje, że prawdopodobieństwo wystąpienia zagrożenia atakiem na informację jest wysokie, a zwiększa je także łatwość przystąpienia do ataku, który można przeprowadzić ze zwykłego „domowego” komputera, co w tym zakresie daje atakom informatycznym znaczącą przewagę nad fizycznymi. Dodatkowo potęguje je poczucie bezkarności napastnika, zresztą uzasadnione, gdyż przy dużej liczbie próbujących szczęścia napastników ich ściganie uważa się za nieopłacalne. Dodać trzeba, że w początkowej fazie ataku odróżnienie amatora od groźnego napastnika jest bardzo trudne. Tak więc, w przypadku systemów informatycznych z dostępem do sieci publicznej (także ograniczonym, np. tylko do poczty elektronicznej) narażenie na próby ataku jest nierównie większe niż w przypadku ataków fizycznych. Jest to szczególnie istotne w przypadku systemów informatycznych sterujących większymi obiektami¹³.

Znaczne szanse wystąpienia zagrożenia oznaczają duże szanse wystąpienia próby ataku, a nie jego powodzenia. Powodzenie jest bowiem warunkowane znalezieniem przez napastnika podatności w atakowanym systemie. Na tym polu ataki informatyczne dominują nad innymi zagrożeniami, głównie z powodu wad produkcyjnych oprogramowania. Obecność tych wad sprzyja podatności na ataki za pomocą specjalnych programów. Dla zagrożeń fizycznych podatności obiektów są dość znane i niezmiennie w czasie, zaś w przypadku zagrożeń informatycznych sytuacja przedstawia się odmiennie, gdyż nikt nie zna pory ataku. Należy też zwrócić uwagę na pewien specyficzny charakter podatności oprogramowania. Losowy charakter podatności utrzymuje się tylko do chwili wykrycia zagrażającego programu – od tego momentu stosowanie probabilistycznych modeli zabezpieczania traci sens. W przypadku włamania do systemu odtworzenie stanu sprzed włamania pozwoli każdemu intruzowi natychmiast powtórzyć atak ze stuprocentowym powodzeniem. Tak więc, w dowolnej chwili czasu podatności na za-

¹³ K. Liderman, Ochrona informacji i obiektów w sieciach teleinformatycznych połączonych z systemami przemysłowymi, Biuletyn IAIR 2008, nr 25, WAT, Warszawa 2008.

grożenia fizyczne są zwykle znane i niewielkie, natomiast podatności na zagrożenia informacyjne, ze względu na szanse odkrycia wrogich programów, są w dużym stopniu nieznane. Ataki informacyjne przesuwają się na czołowe miejsce na liście uporządkowanych, według ryzyka, klas zagrożeń. Powodzenie wszelkich działań mających związek z szeroko rozumianym „bezpieczeństwem”, obejmującym obszary polityki, gospodarki, zdrowia itd., jest zależne od dostarczenia właściwej informacji we właściwe miejsce do właściwych osób i we właściwym czasie¹⁴.

Skandale podsłuchowe i ujawnianie praktyki inwigilacji na szeroką skalę stawiają na porządku dziennym również problem zagrożenia prywatności człowieka. Wspomina się o ekologicznym znaczeniu problemu prywatności i odpowiedzialności, jaką współczesna cywilizacja ponosi za jej erozję, analogicznie jak dzieje się w przypadku skażenia środowiska biologicznego¹⁵.

W analizach teoretycznych zwraca się nierzadko uwagę, iż pojęcie prywatności nie jest pojęciem jednowymiarowym¹⁶. Również w technikach konstruowanych w celu dokonania pomiaru tego czynnika wyodrębniano zazwyczaj osobne skale do pomiaru takich zmiennych, jak: dystans, izolacja, poczucie rezerwy, samotność, intymność, anonimowość itp.¹⁷. Wskazuje się, że występują pewne podobieństwa między prywatnością a plotką, pomimo iż pojęcia te są dość odmienne¹⁸. Plotka umożliwia rozbudowanie wiedzy społecznej, jest spoiwem łączącym ludzi. Prywatność natomiast zakłada istnienie określonych granic, w ramach których jest dozwolone stosowanie społecznych nacisków na uzyskanie rzeczywistego obrazu zdarzenia i zagrożenie społecznym ostracyzmem. Cytowany autor sądzi, że zasady prywatności decydują m.in. o tym, kto i komu może przekazywać ukrywaną przed szeroką opinią informację. Prywatność może być traktowana jako podstawa dla wykształcenia się intymności, która charakteryzuje się takimi cechami, jak: wyłączność, bliskie relacje emocjonalne z partnerem oraz otwarcie przed nim¹⁹.

¹⁴ K. Liderman, Połączone sieci teleinformatyczne i sieci przemysłowe jako elementy infrastruktury krytycznej – zagrożenia i podstawowe standardy ochrony, (w:) T. Jemioła, J. Kisielnicki, K. Rajchel (red.), *Cyberterroryzm – nowe wyzwania XXI wieku*, Wydawnictwo Wyższej Szkoły Informatyki, Zarządzania i Administracji, Warszawa 2009, s. 244–260.

¹⁵ E. Moglen, *Wolność w chmurze...*, *op. cit.*

¹⁶ Z. Zaleski, Prawo do prywatności. Spojrzenie psychologiczne, *Czasopismo Psychologiczne* 1998, nr 4, s. 218–238.

¹⁷ D. M. Pedersen, Personality correlates of privacy, *Journal of Psychology* 1982, nr 112, s. 11–14.

¹⁸ F. Schoeman, Gossip and privacy, (w:) R. F. Goodman, A. Benze'ev (red.), *Good gossip*, Erlbaum.

¹⁹ A. G. Weiss, Privacy and intimacy: apart and apart, *Journal of Humanistic Psychology* 1987, nr 27, s. 118–125.

Wskazuje się również na związki pomiędzy prywatnością a sekretem²⁰. Wśród rozmaitych sekretów stosunkowo duże znaczenie dotyczy spraw rodzinnych. Nawet małe dzieci wykazują tendencję do ukrywania przed innymi tego, co dzieje się w domu. Wykazano empirycznie występowanie negatywnych związków między satysfakcją z życia rodzinnego a liczbą sekretów rodzinnych, tzn. im więcej sekretów, tym mniejsza satysfakcja²¹. Zwraca się uwagę, że pojęcia prywatności oraz sekretu oznaczają granice dostępu innych osób do wewnętrznego świata wiedzy i pamięci jednostki. Różny jest wymiar moralny obu zmiennych. Prywatność, w odróżnieniu od sekretu, może być bowiem rozumiana jako wynik wzajemnej zgody²². Tak więc istnieje prawo do prywatności, ale brak odpowiedniego prawa odnoszącego się do sekretu. Niekiedy możemy obserwować, zwłaszcza w systemach totalitarnych, bardzo silnie egzekwowane prawo do zachowania tajemnicy państwowej, za naruszenie którego grożą ostre konsekwencje. Naukowcy twierdzą, że tzw. grupy mniejszościowe, stygmatyzowane społecznie albo grupy odrzucone przez społeczeństwo, np. osoby o odmiennych preferencjach seksualnych, które mają ograniczony dostęp do prywatności, uciekają się do sekretu celem ukrycia swojego zachowania. W przypadku prywatności inni ludzie mogą się jedynie domyślać, co się w warunkach prywatności dzieje, chociaż nie mogą być obserwatorami, natomiast w przypadku tajemnicy dochodzi moment niewiedzy, czyli ukrywania czegoś znanego tylko bezpośrednio wtajemniczonym.

Podkreśla się, iż sekret różni się od prywatności tym, że zachowany jest tylko dla siebie i dotyczy przede wszystkim poglądów na temat osoby czy zdarzenia²³. Prywatność oznacza posiadanie opinii uważanej za własną, mogącą się różnić od poglądu innych osób, grupy czy społeczeństwa, oficjalnych stanowisk rządowych, z tym że nie musi być zachowana dla siebie, a może być znana innym. Opinia jest prywatna, ale nie jest okryta tajemnicą, tak jak sekret. Sekret jest to szczególny przypadek wiedzy na temat własnej lub innej osoby. Gdy ktoś mówi coś komuś w sekrecie, to przekazuje informacje tylko tej osobie i nikomu innemu. Wiadomo jednak, iż sekret, na drodze wymiany informacji pomiędzy dwoma osobami, poprzez upublicznienie podsłuchanych informacji staje się bardzo często wiedzą publiczną, pomimo że nikt publicznie go nie wyjawiał. Prywatność oraz problemy jej zakłócenia rozpatruje się również w innych kontekstach życia społecznego. Wskazuje

²⁰ Z. Załęski, Prawo do prywatności. Spojrzenie psychologiczne, *Czasopismo Psychologiczne* 1998, nr 4, s. 218–238.

²¹ A. L. Vangelisti, Famili secrets: forms, functions and correlates, *Journal of Social and Personal Relationships* 1994, nr 11, s. 113–135.

²² C. A. Warren, B. Laslet, Privacy and secrecy: A conceptual comparison, *Journal of Social Issues* 1977, nr 33, s. 43–51.

²³ Z. Załęski, Prawo do prywatności..., *op. cit.*

się m.in., że obszarem związanym z zachowaniem prywatności jest dziedzina inżynierii genetycznej²⁴. Chodzi tu o dostęp do informacji o dawcy, który z natury rzeczy powinien być szeroki, aby potencjalna klientka mogła dokonać wyboru, ale w ten sposób dawca traci na prywatności. Podobny problem powstaje przy analizie genetycznych uwarunkowań niektórych chorób, gdy może zająć konflikt między ochroną społeczną przed roznoszeniem chorób a prywatnością ich nosiciela²⁵. W omawianym kontekście zastrzeżenia wywołuje również tzw. zastępcze macierzyństwo, które polega na tym, że zapłodnione w probówce jajo zostaje wszczepione do macicy innej kobiety, a płód rozwija się poza organizmem matki. Podkreśla się, że opieka zdrowotna powinna, pośród innych wymagań, spełniać również wymóg prywatności²⁶.

Sprawa prywatności pojawia się też w odniesieniu do systemów informacji o pacjentach psychiatrycznych; wiąże się ona wówczas z kwestią poufności informacji. Dostęp internetowy do bazy danych, powszechność komputerów i łatwość kopiowania, a także kradzieży ogromnej liczby danych, czyni pytanie o poufność – a prywatność w ogólności – ciągle aktualnym²⁷. Działania polegające na nagrywaniu na taśmę sesji terapeutycznej czy też rejestrowanie wszystkiego, co się dzieje na sali w szpitalu, również wzbudzają dyskusję odnośnie zachowania prywatności, gdyż zarejestrowane zachowania mogą być przedmiotem upowszechnienia²⁸. Odrębny problem dotyczy prywatności osób o odmiennych preferencjach seksualnych. Zarówno homoseksualni mężczyźni, jak i kobiety domagają się z jednej strony uznania ich praw w życiu publicznym, a z drugiej strony żądają prywatności w sytuacjach np. przyjmowania do pracy, w których ich orientacja seksualna może być czynnikiem niekorzystnym. Wskazuje się na problem dotyczący prywatności orientacji seksualnej szczególnie przy zatrudnianiu w takich sektorach, jak: szkolnictwo, administracja państwowa i wojsko. Zasady ochrony prywatności w kodeksach legislacyjnych powinny opierać się na trzech warunkach: jakość danych – dane powinny być poprawne, kompletne i istotne; ograniczenie przepływu danych osobowych – informacje zebrane w określonym celu nie powinny być wykorzystywane do innych celów; zainteresowana osoba powinna mieć prawo znać, sprawdzić i poprawić informacje na jej temat²⁹.

²⁴ H. Eysenck, M. Eysenck, *Podpatrywanie umysłu. Dlaczego ludzie zachowują się tak, jak się zachowują*, Gdańsk 1996, s. 43.

²⁵ D. L. Wiesental, N. I. Wiener, *Privacy and the Human Genome Project*, *Ethics and Behavior* 1996, nr 6, s. 189–201.

²⁶ Z. Załęski, *Prawo do prywatności...*, *op. cit.*, s. 226–227.

²⁷ *Ibidem*, s. 226.

²⁸ E. Maloff, *Have patience: Your patients may have more privacy than you*, *TCA Journal* 1996, nr 24, s. 25–35.

²⁹ D. Elgesem, *Data privacy and legal argumentation*, *Communication and Cognition* 1995, nr 28, s. 91–111.

Szczególny problem dotyczący prywatności wiąże się z procedurami komputeryzacji danych. Obecnie dyskutuje się sprawę informacji w komputerach dotyczących pacjentów psychiatrycznych, inżynierii genetycznej, sztucznego zapłodnienia, dobrowolnej śmierci, różnych zabiegów medycznych. Powstaje problem udostępniania tych informacji nie dla tych celów, dla których je tworzone. W celu zachowania prywatności praktykuje się coraz częściej w USA psychiatryczną terapię przez telefon. Zbieranie i przechowywanie danych personalnych i chorobowych jest bardzo efektywne i procesu tworzenie banków informacji w szpitalach, bankach, szkołach itd. nie da się powstrzymać. Jednakże wskazuje się, iż zasady ograniczające dostęp do danych nie są wystarczająco pewne, a czasami dochodzi do konfliktu pomiędzy potrzebą wiedzy a prawem do prywatności. Na łamach różnych czasopism można znaleźć dość krytyczne artykuły na temat etycznych aspektów banków informacji i ryzyka, że mogą one niedostatecznie chronić prywatność zainteresowanych. Istnieją próby ustalenia standardów, które mają regulować, kto i pod jakim warunkiem może zapoznawać się z danymi osobowymi pacjentów. Problem ma wymiar również psychologiczny, gdyż chodzi o postawę ludzi dysponujących dostępem do prywatnych informacji na temat innych osób i wykorzystujących te informacje dla własnych celów lub korzyści.

Problem ewentualnego zagrożenia dla prywatności pojawia się także w sytuacjach rejestrowania zachowania ludzi na kamerach wideo przy różnego rodzaju reportażach. Ludzie mogą nie życzyć sobie, aby ich zachowanie nagrywano i przy różnych okazjach, wywiadach należy pytać ich, czy zgadzają się na nagranie. Brak ustaleń prawnych w tej materii pozostawia całą sytuację do rozważenia między stronami, ale tutaj łatwo o nadużycia. Analogiczna sytuacja ma miejsce przy używaniu telefonów do poradnictwa psychiatrycznego, interwencji kryzysowych i psychoterapii. Ta forma pomocy wiąże się z dość dużym zagrożeniem dla prywatności. Z jednej strony, osoba ma zapewnioną prywatność, gdyż nie jest bezpośrednio obserwowana, z drugiej jednak telefon wiąże się z ryzykiem utraty prywatności, ponieważ rozmowa może być podsłuchana, nagrana i ujawniona. W 1974 r. uchwalono w USA „Freedom and Information Act and The Privacy Act”, zapewniające obywatelom dostęp do informacji urzędowych na ich temat, do naniesienia ewentualnych poprawek czy też ich uaktualnienia. Ponieważ te dane coraz częściej były w tym czasie nanoszone na dyski komputerowe, nasilało się podejrzenie co do ich poufności. Dostępność do danych oraz ludzkie błędy umożliwiały innym wgląd w nie swoje dane. Zabezpieczenia prawne nie stanowią zatem wystarczającego zabezpieczenia prawa do prywatności. Odnosnie poradnictwa psychologicznego istnieje w USA „Akt Praw i Prywat-

ności w Rodzinie i Edukacji” z 1974 r., w świetle którego klienci i rodzice mają dostęp do raportów psychologicznych³⁰.

Ochronę prywatności w prawodawstwie polskim przewiduje Konstytucja z dnia 2 kwietnia 1997 r. (art. 47), w której przyjęto, że każdy ma prawo do ochrony prawnej życia prywatnego, rodzinnego, czci i dobrego imienia oraz do decydowania o swoim życiu osobistym. Ochrona prywatności jest obowiązkiem dziennikarza. Ustawa – Prawo prasowe z 1984 r. mówi, że nie wolno bez zgody osoby zainteresowanej publikować informacji oraz danych dotyczących prywatnej sfery życia, chyba że wiąże się to bezpośrednio z działalnością publiczną danej osoby (art. 14 ust. 6). Prywatność nie jest pojęciem do końca ostrym. Najczęściej do sfery prywatności zaliczana jest tzw. sfera intymna (związana z uczuciowością i seksem), sfera życia rodzinnego (wychowywanie dzieci, stosunki w rodzinie), informacje o zdrowiu, zainteresowaniach osobistych itp. Wyróżnia się również w ramach prywatności tzw. sferę sekretną, w którą dziennikarz może wkroczyć w bardzo ograniczonym zakresie (należy do niej m.in. korespondencja, dane majątkowe, prywatne tajemnice związane z historią rodziny). Każda informacja ze sfery prywatności, jaką dysponuje dziennikarz, stanowi dla niego tajemnicę zawodową i może być ujawniona jedynie za zgodą osoby uprawnionej lub w sytuacji, gdy ma bezpośredni związek z działalnością publiczną tej osoby oraz w innych, wyjątkowych przypadkach przewidzianych w ustawie, kiedy dziennikarz może być zwolniony z tajemnicy zawodowej³¹.

Szczególne zainteresowanie w ramach zagadnienia kontroli komunikowanych informacji budzi tzw. telefonia internetowa, czyli technologia umożliwiająca przesyłanie dźwięku przez Internet wykorzystywana przy prowadzeniu rozmów³². W porównaniu z telefonią tradycyjną oferuje ona przede wszystkim zdecydowanie niższe koszty połączeń, zwłaszcza zagranicznych i wiele dodatkowych usług, takich jak np. równoczesne przesyłanie obrazu. Zyskuje ona coraz większą popularność i szacuje się, że podczas gdy w roku 2005 zaledwie 5% obywateli Unii Europejskiej korzystało z tej technologii, w roku 2007 liczba ta sięgnęła 15%, a obecnie już ok. 80%. Jak każda nowa technologia, telefonia internetowa niesie ze sobą zarówno nowe możliwości, jak i zagrożenia. Analogicznie bowiem jak tradycyjny telefon, taka forma komunikacji może być wykorzystywana zarówno przez praworządnych obywateli, jak i przez tych, których działania mają charakter przestępczy. Już w chwili obecnej poprzez telefonię internetową wymieniane są informacje, które mogłyby być istotne dla organów ścigania w związku z toczącymi się

³⁰ Z. Załęski, *Prawo do prywatności...*, *op. cit.*, s. 233.

³¹ B. Małosz-Stępkowska, *Prywatność*, (w:) *Wielka Encyklopedia Prawa*, Białystok–Warszawa 2000, s. 773.

³² A. Kiedrowicz, *Zagadnienie kontroli przekazów informacji w ramach telefonii internetowej*, *Prokuratura i Prawo* 2008, nr 10, s. 128–134.

postępowaniami. Analogicznie jak w przypadku zwykłego telefonu, w momencie, gdy korzysta się z usług telefonii internetowej, urządzenie przetwarza głos użytkownika do postaci cyfrowej. Są to dane, które będą przesłane poprzez Internet do urządzenia, którym posługuje się jego rozmówca. Telefonii internetowej, tak jak wszystkie inne formy komunikacji przez Internet, jest oparta na systemie protokołów. W konsekwencji, ze wszystkich danych, które mają być wysłane, tworzone są najpierw pakiety danych, które są najczęściej szyfrowane przez program obsługujący komunikację (jak np. „Skype”) jeszcze przed wysyłką. Ich odcodowanie następuje dopiero w urządzeniu odbiorcy przy użyciu przez program właściwego klucza.

Przedstawione powyżej uwarunkowania techniczne sprawiają, że istnieją trzy możliwości podsłuchania rozmowy prowadzonej przez telefonię internetową. Po pierwsze, w przypadku tzw. podsłuchu pasywnego pakiety danych mogą zostać przechwycone w momencie przesyłania ich w sieci. Podmiot, chcący tego dokonać, musi najpierw uzyskać dostęp do punktu sieci, w którym następuje wymiana danych pomiędzy dwoma (lub więcej) osobami. Po przetworzeniu przechwyconych danych można się z nimi zapoznać. Jeżeli jednak dane zostały uprzednio zakodowane, to ta forma inwigilacji nie będzie możliwa tak długo, jak długo podsłuchujący nie uzyska kopii klucza kodu. Drugi sposób to tzw. podsłuch aktywny, polegający na takim manipulowaniu protokołami transmisyjnymi, które prowadzi do przekierowania strumienia danych do innego miejsca w sieci, do którego sprawca ma dostęp (np. komputera sprawcy). Jednak również w tym przypadku brak kopii klucza dekodującego udaremnia tę próbę. Trzecia metoda zakłada zupełnie inne działanie. Polega ona na zainstalowaniu w urządzeniu osoby inwigilowanej programu, który przechwytywałby dane (dźwięk) i przekazywał za pomocą łącza internetowego do innego komputera. Program taki jest po prostu wirusem komputerowym (tzw. koniem trojańskim), który może zostać zainstalowany dzięki: fizycznemu dostępowi do urządzenia; wykorzystaniu luk w oprogramowaniu, tak że może zostać zainstalowany zdalnie; nakłonieniu użytkownika do zainstalowania programu (np. stwarzając pozory, że wirus jest grą komputerową). Ponieważ przechwycenie danych ma w tym przypadku miejsce jeszcze przed zaszyfrowaniem pakietu, osoba trzecia nie musi być w posiadaniu klucza dekodującego, aby podsłuchać taką transmisję. Wykorzystywanie wirusów komputerowych dla celów walki z przestępczością to koncepcja, która wywołała ostatnio duże oburzenie niemieckiej opinii publicznej. Ujawniono bowiem, że za zgodą Ministerstwa Spraw Wewnętrznych policja stosowała takie praktyki, mimo iż nie mają one odpowiedniego statusu umocowania prawnego. Działania te miały właśnie na celu podsłuchiwanie rozmów prowadzonych przy pomocy telefonii internetowej.

Rodzaje podsłuchów

W prawie polskim można wyróżnić dwie kategorie podsłuchów – procesowy oraz operacyjny (zwany również przedprocesowym)³³. Dopuszczalność i stosowanie podsłuchu procesowego określają art. 237–242 k.p.k. Zgodnie z nimi kontrola i utrwalanie treści rozmów mogą zostać zarządzone jedynie w ramach toczącego się już postępowania. Ich celem może być wykrycie i uzyskanie dowodów dla tego postępowania lub też zapobieżenie popełnieniu nowego przestępstwa. Artykuł 237 §3 k.p.k. zawęża dodatkowo dopuszczalność stosowania podsłuchu procesowego do sytuacji, gdy toczące się postępowanie lub uzasadniona obawa popełnienia nowego przestępstwa dotyczy jedynie określonych przestępstw. Jednocześnie doktryna jest w większości zgodna, iż w przypadku zmiany kwalifikacji prawnej czynu, w wyniku której nie stanowiłby on już przestępstwa katalogowego, podsłuch należy przerwać³⁴. Artykuły 237–240 k.p.k. odnoszą się do kontroli i utrwalania rozmów telefonicznych. Jednak art. 241 k.p.k. stwierdza, iż przepisy stosuje się odpowiednio do kontroli oraz do utrwalania przy użyciu środków technicznych treści innych rozmów lub przekazów informacji, w tym korespondencji przesyłanej pocztą elektroniczną. Przepis ten stał się przedmiotem uchwały Sądu Najwyższego z dnia 21 marca 2000 r., sygn. I KZP 60/99³⁵, gdyż wątpliwości budziło określenie „przekazy informacji innych niż rozmowy telefoniczne”. Sąd stanął na stanowisku, iż chodzi tutaj o każde przesyłanie informacji, które nie ma charakteru rozmowy telefonicznej (tj. faks, telex, telegraf, telewizja kablowa, komunikacja radiowa, komunikacja z użyciem Internetu). Jest istotne jednak, aby następowało ono za pośrednictwem sieci telekomunikacyjnej, tzn. przez przewody, systemy radiowe, optyczne lub jakiegokolwiek inne urządzenia wykorzystujące energię elektromagnetyczną. Oznacza to, iż omawiany przepis nie odnosi się do sytuacji, w której do podsłuchu wykorzystywano by urządzenia techniczne służące do podsłuchu zdalnego.

Przedstawiona powyżej uchwała spotkała się zarówno z krytyką, jak i z aprobatą ze strony przedstawicieli doktryny³⁶. Zarzucano jej m.in., że za-

³³ S. Waltoś, *Proces karny. Zarys systemu*, Wydawnictwo LexisNexis, Warszawa 2008, s. 577.

³⁴ B. Nita, *Przedmiotowy zakres podsłuchu procesowego*, Prokuratura i Prawo 2002, nr 9, s. 67.

³⁵ OSNKW 2000, nr 3-4, poz. 26.

³⁶ Zob. glosy do tej uchwały: K. Dudki, *PiP* 2000, nr 12, s. 106–110; W. Grzeszczyka, *OSP* 2000, nr 10, poz. 150; S. Hoca, *OSP* 2000, nr 11, poz. 170; B. Kurzępy, *Prok. i Pr.* 2000, nr 11, s. 95–99; M. Wawrona, *PiP* 2000, nr 12, s. 110–113 oraz uwagi: S. Ząbłockiego, *Przegląd orzecznictwa Sądu Najwyższego – Izba Karna*, *Pal.* 2000, nr 5–6, s. 205–206 i R. A. Stefańskiego, *Przegląd uchwał Izby Karnej i Wojskowej Sądu Najwyższego w zakresie prawa karnego procesowego za 2000 r.*, *WPP* 2001, nr 2, s. 87–89,

wężanie zakresu stosowania omawianego przepisu jest sprzeczne z wolą ustawodawcy. W uzasadnieniu rządowego projektu kodeksu postępowania karnego zawarty jest bowiem katalog instrumentów służących ograniczeniu prawa do stosowania podsłuchu. Wynikać ma z niego, iż ustawodawca nie zamierzał ograniczyć stosowania regulacji kodeksowych do tzw. podsłuchu telekomunikacyjnego. Brak takiej wzmianki może również oznaczać, iż ustawodawca uznał ją za zbędną, gdyż w uzasadnieniu wskazano instrumenty służące ograniczeniu tylko takiego podsłuchu, który jest dopuszczalny. Ponadto, w treści art. 242 k.p.k., jak i w wydanym na jego podstawie rozporządzeniu wykonawczym, jest mowa o sieci telekomunikacyjnej, co wyklucza możliwość stosowania podsłuchu bezpośredniego w oparciu o regulację kodeksową³⁷. Procesowa kontrola i utrwalanie rozmów telefonicznych oraz stosowanie środków technicznych do kontroli i utrwalania innych przekazów informacji stanowi poważną ingerencję w sferę prywatności osób, względem których są one stosowane. Prawo do poszanowania życia prywatnego i rodzinnego każdego człowieka, jego mieszkania i korespondencji jest zagwarantowane w Europejskiej Konwencji o Ochronie Praw Człowieka i Podstawowych Wolności (art. 8 Konwencji). Chronione jest ono również przez art. 49 Konstytucji, zgodnie z którym „zapewnia się wolność i ochronę tajemnicy komunikowania się”.

Wolność i tajemnica komunikowania się są dobrem prawnym, których naruszenie jest karalne, jednak zarówno standardy międzynarodowe, jak i krajowe przewidują możliwość ograniczenia tego prawa w określonych warunkach. Artykuł 8 Konwencji stanowi, że ingerencja władzy publicznej jest dopuszczalna wyłącznie w przypadkach określonych w ustawie, gdy jest to konieczne w demokratycznym społeczeństwie z uwagi na bezpieczeństwo państwowe, bezpieczeństwo publiczne lub dobrobyt gospodarczy kraju, ochronę porządku i zapobieganie przestępstwom, ochronę zdrowia i moralności lub ochronę praw i wolności innych osób. Podobnie stwierdza art. 31 ust. 3 Konstytucji, określający warunki ingerencji w wolności i prawa konstytucyjne, że korzystanie z konstytucyjnych wolności i praw może zostać ograniczone jedynie na podstawie ustawy i tylko wówczas, gdy jest to konieczne w demokratycznym państwie dla jego bezpieczeństwa lub porządku publicznego, bądź dla ochrony środowiska, zdrowia i moralności publicznej, albo wolności i praw innych osób. Regulacje te są ze sobą w pełni zgodne. Należy zaznaczyć, że zarówno Konwencja, jak i Konstytucja podkreślają, iż odstępstwa od prawa poszanowania prywatności muszą zostać określone, a zarazem ograniczone przez regulację ustawy krajowej³⁸.

³⁷ A. Adamski, *Prawo karne komputerowe*, Wydawnictwo C. H. Beck, Warszawa 1999, s. 193.

³⁸ B. Nita, *Przedmiotowy zakres podsłuchu procesowego*, Prokuratura i Prawo 2002, nr 9, s. 61.

Przyjęcie, że podsłuch procesowy jest dopuszczalny jedynie względem takich przekazów, które odbywają się poprzez wykorzystanie sieci telekomunikacyjnej, ma swoje konsekwencje przy ocenie możliwości zastosowania regulacji kodeksowych wobec telefonii internetowej, która działa w oparciu o Internet. Tym samym możliwe jest zastosowanie zarówno podsłuchu aktywnego, jak i pasywnego. Zgodnie z przepisami ustawy z dnia 16 lipca 2004 r. – Prawo telekomunikacyjne, przedsiębiorcy telekomunikacyjni są zobowiązani do wykonywania szeregu zadań i obowiązków na rzecz obronności, bezpieczeństwa państwa oraz bezpieczeństwa i porządku publicznego. Zobowiązania te dotyczą w szczególności zapewnienia zarówno technicznych, jak i organizacyjnych warunków dostępu do wskazywanych treści przekazów telekomunikacyjnych i posiadanych przez przedsiębiorcę telekomunikacyjnego danych związanych ze świadczoną usługą telekomunikacyjną, oraz utrwalania tych treści i danych. Szczegółowe warunki wypełniania tych zadań i obowiązków reguluje rozporządzenie Rady Ministrów z dnia 13 września 2005 r., a koszty z nimi związane ponosi przedsiębiorca telekomunikacyjny³⁹. Odpowiednie w tym względzie postanowienia zawierają także umowy koncesyjne. Podmiot ten ma więc obowiązek być przygotowanym do wykonania postanowienia sądu o zastosowaniu podsłuchu telekomunikacyjnego, a treść przekazów informacji jest następnie przekazywana organom ścigania w takiej postaci, która umożliwia zapoznanie się z nimi.

Podstawowy problem dotyczy przypadku, gdy przekaz informacji jest zaszyfrowany, ponieważ może być tak, że do innego podmiotu należy łącze telekomunikacyjne, a do innego program komputerowy lub bramka telefonii internetowej, przy pomocy których odbywa się szyfrowanie danych. Wskutek powyższego przedsiębiorca telekomunikacyjny nie mógłby wywiązać się z narzuconego mu przez ustawę i postanowienia koncesji obowiązku⁴⁰. W takiej sytuacji możliwe byłoby zażądanie od producenta programu komputerowego lub bramki telefonii internetowej, szczególnie gdy producentem byłby podmiot zagraniczny, jak to ma miejsce np. w przypadku popularnego komunikatora „Skype”, zgodnie z którym możliwe jest powoływanie biegłych *ad hoc*. Są to osoby, o których wiadomo, że mają odpowiednią wiedzę w danej dziedzinie. Nic nie stoi na przeszkodzie, aby funkcję tę pełnił reprezentant producentów sprzętu lub oprogramowania komputerowego, albo specjalista w dziedzinie bezpieczeństwa systemów komputerowych i kryptografii. W celu złamania kodu możliwe byłoby również wykorzystanie luk w oprogramowaniu. Programy obsługujące komunikację telefonii internetowej mogą być też wyposażane w swoiste „furtki”, których istnienia będą

³⁹ M. Rogalski, Obowiązki przedsiębiorców telekomunikacyjnych na rzecz obronności i bezpieczeństwa państwa, *Prokuratura i Prawo* 2007, nr 12, s. 45.

⁴⁰ A. Kiedrowicz, Zagadnienie kontroli przekazów informacji w ramach telefonii internetowej, *Prokuratura i Prawo* 2008, nr 10, s. 131.

świadomi jedynie ich twórcy oraz organy ścigania. Konieczność uzyskania klucza potrzebnego do rozszyfrowania przekazu nie stanowiłaby problemu w przypadku zainstalowania na urządzeniu osoby podsłuchiwanej programu szpiegowskiego. Jednak wykładnia art. 241 k.p.k. uniemożliwia takie działanie, ponieważ zarejestrowane w ten sposób słowa nie znajdują się jeszcze w sieci telekomunikacyjnej, lecz w pamięci urządzenia. Tym samym zainstalowanie programu szpiegującego można porównać do zamontowania tzw. „pluskwy”, a na gruncie prawa takie działanie jest niedopuszczalne.

Podsłuch operacyjny to czynność przeprowadzana w ramach tzw. kontroli operacyjnej, której dokonywać mogą przede wszystkim Policja, Agencja Bezpieczeństwa Wewnętrznego, Centralne Biuro Antykorupcyjne i Straż Graniczna. Polega on na stosowaniu środków technicznych umożliwiających uzyskiwanie w sposób niejawnny informacji i dowodów oraz ich utrwalaniu, a w szczególności treści rozmów telefonicznych i innych informacji przekazywanych za pomocą sieci telekomunikacyjnych. Czynności te podejmowane są poza procesem i mają charakter tajny. Można je przeprowadzać jedynie w ramach czynności operacyjno-rozpoznawczych w celu zapobieżenia, wykrycia, ustalenia sprawców, a także uzyskania dowodów przestępstw ściganych z oskarżenia publicznego. Nie są one objęte zakresem stosowania przepisów prawa, lecz unormowane zostały w ustawach regulujących funkcjonowanie każdego z uprawnionych do podsłuchu operacyjnego organów. Ustawy te zawierają również cel, w jakim dany organ ścigania może podsłuch stosować, oraz katalogi przestępstw, których zapobieżeniu lub wykryciu ma on służyć. Zakres działań, które można podejmować w ramach podsłuchu operacyjnego, jest zdecydowanie obszerniejszy, niż ma to miejsce w przypadku podsłuchu procesowego. Dotyczy on bowiem nie tylko rozmów i przekazów informacji przesyłanych za pomocą sieci telekomunikacyjnych, ale wszelkiej formy podsłuchu (np. podsłuch obiektowy – dotyczący określonych pomieszczeń). Należy zwrócić uwagę na cechę, jaką jest asynchroniczność przekazu informacji w ramach technologii telefonii internetowej. Dane dźwiękowe, zanim zostaną przesłane poprzez sieć teleinformatyczną, są przez jakiś czas przechowywane w pamięci urządzenia. Dopiero później tworzone są zaszyfrowane pakiety danych podlegające wysłaniu.

W ramach kontroli operacyjnej możliwe jest stosowanie środków technicznych umożliwiających uzyskiwanie w sposób niejawnny informacji i dowodów oraz ich utrwalanie. Działania te nie są uzależnione od tego, czy dane znajdują się już w sieci telekomunikacyjnej, czy też nie. W ich ramach możliwe byłoby przeprowadzenie inwigilacji przy pomocy oprogramowania szpiegowskiego, co umożliwiłoby przechwycenie danych jeszcze przed ich zaszyfrowaniem, wprost z pamięci urządzenia. Taka operacja dotyczyć będzie danych jeszcze niewysłanych, a z tego powodu może nasunąć się analogia do zatrzymania jeszcze niewysłanej korespondencji. Fakt ten rodzi py-

tanie o moc dowodową materiału, który wprawdzie został w pewien sposób utrwalony, ale nie został jeszcze przekazany lub zakomunikowany drugiej osobie. Autor takiej wiadomości mógłby się bronić, twierdząc, iż wcale nie zamierzał jej komukolwiek przesyłać. W przypadku telefonii internetowej takiemu oświadczeniu trudno byłoby jednak dać wiarę, ponieważ od momentu wprowadzenia danych do urządzenia dalszy proces (czyli szyfrowanie, tworzenie pakietów danych i ich przesłanie) odbywa się w sposób zautomatyzowany, już bez udziału człowieka. Tak więc zamiar użytkownika telefonii internetowej ujawnia się już na etapie nawiązania połączenia i rozpoczęcia konwersacji.

W przypadku przepisów prawnych ingerujących głęboko w sferę prywatności jednostki musi bowiem zostać zachowana proporcjonalność zastosowanego środka⁴¹. Trybunał Konstytucyjny niejednokrotnie odnosił się do zasady proporcjonalności ograniczania praw podmiotowych jednostki, stwierdzając, że „nie wystarczy, aby stosowane środki sprzyjały zamierzonym celom, ułatwiały ich osiągnięcie albo były wygodne dla władzy, która ma je wykorzystać do osiągnięcia tych celów. Środki te powinny być godne państwa określanego jako demokratyczne i prawne⁴². W demokratycznym państwie prawa nie jest poza tym w żadnym wypadku możliwe przechowywanie informacji na temat obywateli uzyskanych w toku czynności operacyjnych z uwagi na potencjalną przydatność tych informacji, bez związku z toczącym się już postępowaniem. Tak więc, zastosowany program szpiegowski powinien rejestrować jedynie prowadzone rozmowy, w żadnym zaś wypadku całą aktywność związaną z korzystaniem z danego komputera. Także w tej sytuacji zakres kontroli operacyjnej podlega jeszcze dalszym ograniczeniom, zawartym w postanowieniu Sądu Najwyższego z dnia 26 kwietnia 2007 r.⁴³. Przede wszystkim materiały, które zostały zgromadzone podczas tej kontroli, a nie zawierają dowodów pozwalających na wszczęcie postępowania karnego, podlegają zniszczeniu. Dotyczy to także materiałów zawierających dowód popełnienia tzw. przestępstwa „niekatalogowego” – czyli takiego, względem którego przepis prawa nie przewiduje możliwości stosowania kontroli operacyjnej. W postanowieniu Sąd zaznaczył, że tylko w ten sposób można zagwarantować realizację celu gromadzenia materiałów kontroli operacyjnej, które określone są w przepisach regulujących działanie służb upoważnionych do tego typu kontroli. Jeśliby natomiast w toku czynności uzyskano dowody popełnienia przestępstwa „katalogowego” innego niż ujęte w postanowieniu sądu lub popełnionego przez inną osobę niż wymieniona w tym postanowieniu, dopuszczalność wykorzystania takich materiałów jest uzależniona od uzyskania następczej zgody sądu.

⁴¹ A. Kiedrowicz, Zagadnienie kontroli..., *op. cit.*, s. 132.

⁴² Wyrok Trybunału Konstytucyjnego z dnia 12 grudnia 2005 r., sygn. K 32/04.

⁴³ Postanowienie Sądu Najwyższego z dnia 26 kwietnia 2007 r., sygn. I KZP 6/07.

Z uwagi na to, iż przed wszczęciem postępowania karnego sprawca często nie zdaje sobie sprawy, że jego działalność jest obiektem zainteresowania organów ścigania, skuteczność podsłuchu operacyjnego może być o wiele wyższa niż procesowego⁴⁴. Nowelizacje ustaw o Straży granicznej i o Policji z 2001 r. oraz nowe uregulowania ustawy o Agencji Bezpieczeństwa wewnętrznego i Agencji Wywiadu, jak i ustawy o Centralnym Biurze Antykorupcyjnym, przyniosły zmiany w sposobie wykorzystania dowodów utrwalonych w czasie kontroli operacyjnej. Tak więc, w razie uzyskania w toku czynności operacyjnych dowodów pozwalających na wszczęcie postępowania karnego lub mających dla niego znaczenie, materiały te wolno odczytać lub odtworzyć na rozprawie. Materiały te mogą zatem zostać bezpośrednio włączone do zebranych dowodów i nie jest konieczna ich transformacja do procesu karnego, np. poprzez przesłuchanie świadka na okoliczność, o której organy ścigania dowiedziały się w toku prowadzonych czynności operacyjno-rozpoznawczych⁴⁵. Wyraźna dotąd granica między czynnościami procesowymi a czynnościami operacyjno-rozpoznawczymi zaciera się, a wątpliwości pojawiają się w momencie, gdy postępowanie karne zostanie już wszczęte. W takiej sytuacji zastosowanie kontroli operacyjnej, zdaniem wielu prawników, nie jest już możliwe. Rynek usług związanych z telefonią internetową rozwija bardzo dynamicznie, stale rośnie również liczba jej użytkowników. W związku z tym kwestia legalności podsłuchiwania rozmów prowadzonych dzięki telefonii internetowej jest bardzo aktualna. Kodeks postępowania karnego zezwala na kontrolę przekazów informacji jedynie w ramach sieci telekomunikacyjnych, co w przypadku telefonii internetowej nastręcza zazwyczaj poważne trudności natury technicznej. Można ich uniknąć, odwołując się do instytucji kontroli operacyjnej, która, dzięki możliwości bezpośredniego włączenia dowodów uzyskanych w toku czynności operacyjnych do procesu karnego, zyskuje obecnie na znaczeniu⁴⁶.

W dniu 16 listopada 2009 r. w siedzibie Helsińskiej Fundacji Praw Człowieka odbyło się zamknięte seminarium pt. „Stosowanie podsłuchów i kontroli operacyjnej a gwarancje praw i wolności jednostki – niezbędne zmiany prawne”. Jego celem było przedyskutowanie najbardziej newralgicznych problemów związanych z kształtem przepisów regulujących kontrolę operacyjną oraz kontrolę i utrwalanie rozmów. Pierwszym poruszonym problemem było ujawnianie przez służby specjalne danych statystycznych dotyczących liczby tzw. podsłuchów operacyjnych. Problem ten nabrał aktualności w związku z odmową (z uwagi na tajemnicę państwową) udostępnienia Hel-

⁴⁴ M. Klejnowska, *Podsłuch operacyjny i prowokacja policyjna*, Prokuratura i Prawo 2004, nr 3, s. 96–97.

⁴⁵ A. Taracha, *czynności operacyjno-rozpoznawcze. Aspekty kryminalistyczne i prawnodowodowe*, Lublin 2006, s. 155.

⁴⁶ A. Kiedrowicz, *Zagadnienie kontroli...*, *op. cit.*, s. 134.

sińskiej Fundacji Praw Człowieka ww. informacji przez Szefa ABW, Szefa CBA oraz Prezesa Sądu Okręgowego w Warszawie. W orzecznictwie NSA utrwaliło się stanowisko zakładające, że sądy mają obowiązek udzielania informacji na podstawie ustawy o dostępie do informacji publicznej, które nie dotyczą ich funkcjonowania jako sądów, czyli orzekania, jednakże dane statystyczne dotyczące zawisłych postępowań, wydanych wyroków itp. podlegają temu obowiązkowi. Żaden z przepisów prawa powszechnie obowiązującego nie zakłada niejawnego charakteru tej informacji statystycznej, co najwyżej można taki wniosek próbować wywodzić z wykazu stanowiącego załącznik nr 1 do ustawy z dnia 22 stycznia 1999 r. o ochronie informacji niejawnych⁴⁷.

T. Tomaszewski zwrócił uwagę na istnienie podejścia zakładającego, że wszystkie informacje dotyczące czynności operacyjno-rozpoznawczych są ze swej natury niejawne⁴⁸. Cytowany autor przytoczył stanowisko Ministra Sprawiedliwości, wskazujące, iż nie ma powodów, dla których miało by się utajniać informacje zbiorcze na temat kontroli operacyjnej, a nie dotyczące konkretnych spraw. Należy tu rozgraniczyć dwie sfery: 1) informacji na temat konkretnej sprawy prowadzonej przez służby specjalne (te informacje muszą być tajne) oraz 2) informacji ogólnych na temat aktywności służb specjalnych (te nie powinny być tajne, co więcej dają obywatelowi możliwość jakiegoś rozeznania w tym, czym zajmują się służby). Wykaz tych informacji powinien określać także poszczególne kategorie przestępstw, co pozwoliłoby oceniać sfery zainteresowania poszczególnych służb specjalnych. Wskazanie takiej informacji pozwoliłoby weryfikować zasadność rozszerzania katalogów przestępstw określających zakres przedmiotowy kontroli operacyjnej, a także pokazywałoby, w jakiej mierze te techniki operacyjne zagrażają określonym prawom człowieka. Ujawnienie nie jest możliwe w przypadku takich służb, jak AW, SKW i SWW, bowiem w tych przypadkach mamy do czynienia ze zjawiskami, a nie przestępstwami. Kategoryzacja nie następuje tu z punktu widzenia kodeksu karnego, gdyż zabezpieczenie cywilne czy rozpracowywanie siatek wywiadowczych nie podlegają uregulowaniom tej ustawy.

Kontrola nad podsłuchami

Ważny problem dotyczy obowiązków służb specjalnych w zakresie gromadzenia, przechowywania i niszczenia materiałów zgromadzonych dzięki

⁴⁷ A. Pietryka, Seminarium nt. „Stosowanie podsłuchów i kontroli operacyjnej a gwarancje praw i wolności jednostki – niezbędne zmiany prawne”, *Prokuratura i Prawo* 2011, nr 2, s. 186–195.

⁴⁸ T. Tomaszewski, Wystąpienie na seminarium, (w:) A. Pietryka, *ibidem*, s. 187.

kontroli operacyjnej oraz kontroli i utrwalaniu rozmów. Problem funkcjonowania skutecznego mechanizmu kontroli nad niszczeniem materiałów sprowadza się do rozważenia kwestii wprowadzenia do tej procedury jakiegoś organu zewnętrznego, np. prokuratury lub sądów, które następnie kontrolowałyby niszczenie materiałów. W grę wchodzi również możliwość zaangażowania Generalnego Inspektora Ochrony Danych Osobowych w procedurę nadzoru nad niszczeniem materiałów zgromadzonych w wyniku kontroli operacyjnej i podsłuchów. Za zaangażowaniem GODO przemawia bogate doświadczenie w zakresie procedur przetwarzania danych. Jednakże GODO jest organem usytuowanym w sferze administracji publicznej nadzorującym ochronę danych osobowych, podczas gdy problem dotyczy tego, czy służby dobrze kwalifikują materiały, które mają zniszczyć. Dlatego trzeba mieć świadomość, że ewentualne zaangażowanie GODO musiałoby w takich warunkach polegać na analizie trafności decyzji i ewentualnego zniszczenia materiałów wytworzonych przez służby. Omawiany problem wynika w znacznym stopniu z faktu, iż najpierw następuje nagranie kontrolowanego, a dopiero potem służby zastanawiają się, które ze zgromadzonych materiałów zniszczyć. Kontrola ta następuje zatem *ex post*. Dla porównania w Stanach Zjednoczonych kontrola materiału następuje na bieżąco, w toku prowadzenia operacji, a dokumentowanie działalności przestępczej musi być prowadzone w powiązaniu z teorią „owoców zatrutego drzewa”. Zdaniem niektórych autorów, z uwagi na coraz to nowe zagrożenia dla prywatności, być może warto się zastanowić nad wprowadzeniem niezależnej instytucji rzecznika do spraw ochrony prywatności, na wzór rozwiązań kanadyjskich czy australijskich⁴⁹.

Ważnym problemem jest sądowa kontrola nad podsłuchami, a dokładnie wymogi, jakie musi spełnić wniosek o uzyskanie zgody na kontrolę operacyjną, tak by kontrola nad nim była rzetelna i merytoryczna. Zdaniem T. Tomaszewskiego, cytowanego wcześniej, kontrola operacyjna jest stosowana subsydiarnie, czyli wtedy, gdy inne środki okazały się lub okażą się nieskuteczne. Dlatego też z wniosku musi wynikać zasadność zarządzenia kontroli operacyjnej, czyli właśnie element subsydiarności. Jeśli uznaje się, że materiał zgromadzony w wyniku stosowania kontroli operacyjnej jest dowodem, tak jak to mówią przepisy ustaw policyjnych, to muszą być określone precyzyjne wymogi, które organ wnioskujący musi za każdym razem spełnić. Takim specjalnym warunkiem jest posiadanie przez sędziego informacji, że środek ma charakter subsydiarny, przy czym najlepszym źródłem informacji o tym będzie bezpośrednia styczność sędziego z funkcjonariuszem odpowiedzialnym za prowadzenie kontroli operacyjnej. Niezwykle istotne jest umożliwienie sędziom przesłuchania funkcjonariusza co do okoliczności

⁴⁹ *Ibidem*, s. 189.

wskazanych we wniosku o zarządzanie kontroli operacyjnej, a obowiązkowe przesłuchanie funkcjonariusza powinno odbywać się w analogiczny sposób jak świadka, czyli z pouczeniem o odpowiedzialności za popełnienie przestępstwa z art. 233 k.k. Warto jednak zwrócić uwagę, iż w środowisku sędziowskim są formułowane wątpliwości, czy sędziowie, rozpatrując wnioski o zarządzanie kontroli operacyjnej, mogą wezwać na posiedzenie funkcjonariusza i przesłuchać go na okoliczności związane z wnioskiem. Zdaniem cytowanego powyżej autora, w obecnych strukturach sądowych zapewnienie należytej kontroli nad stosowaniem czynności operacyjno-rozpoznawczych jest istotnym problemem i należałoby rozważyć propozycję na temat wprowadzenia instytucji sędziego śledczego. W Niemczech kontrolę nad stosowaniem podsłuchów sprawuje specjalne kolegium, w którego skład nie wchodzi sędziowie, ale osoby mające kwalifikacje do wykonywania zawodu sędziego.

Istotnym zagadnieniem w ramach problemu kontroli jest miejsce Sejmowej Komisji ds. Służb Specjalnych w systemie nadzoru nad działalnością służb specjalnych, a w szczególności nadzoru nad stosowaniem czynności operacyjno-rozpoznawczych. Wskazuje się, iż proces powoływania Komisji następował w oparciu o recepcję rozwiązań niemieckich⁵⁰. Zgodnie z założeniami Komisja w początkowym etapie działalności opiniowała akty o charakterze ogólnym, w tym instrukcje operacyjne. U parlamentarzystów należy budować przekonanie o tym, iż Komisja może być efektywnym instrumentem kontroli parlamentarnej, konieczne jest przy tym formułowanie konkretnych oczekiwań wobec prac Komisji. Należy podkreślić, iż właściwe funkcjonowanie Komisji jest zależne od postawy samych członków, jak i osób wzywanych przed Komisję, w tym szefów poszczególnych służb specjalnych, a do Komisji powinny być desygnowane osoby o określonej pozycji politycznej; wiele przy tym zależy od postawy klubów sejmowych, które desygnują kandydatów, a przewodniczący Komisji powinien być stałym członkiem Kolegium ds. Służb Specjalnych. Komisja może być efektywnym instrumentem kontroli nad aktywnością operacyjną służb, na przykład z punktu widzenia ochrony praw człowieka.

Mamy do czynienia z problemem szczególnej pozycji zajmowanej przez Komisję w strukturach Sejmu, ponieważ ze względu na charakter jej pracy i przedmiot zainteresowania, który najczęściej ma status informacji niejawnej, nie może ona upubliczniać szczegółowych wiadomości, do których ma dostęp. Komisja wydaje komunikaty, w których może ogólnie poinformować o jakichś nieprawidłowościach, może rozpatrywać skargi obywateli, nie uzyskuje natomiast informacji szczegółowych na temat poszczególnych czynności operacyjnych. Nie ma uprawnień komisji śledczej, przez co ma ograni-

⁵⁰ J. Cie m n i e w s k i, Wystąpienie na seminarium, (w:) A. P i e t r y g a, *ibidem*, s. 190–191.

czone instrumenty uzyskiwania informacji z zewnątrz, ale może wzywać szefów służb w celach konsultacji czy też składania wyjaśnień.

Specyficzną kwestią w ramach rozpatrywanego zagadnienia jest problem nakładania na służby obowiązku poinformowania jednostki o prowadzonej wobec niej kontroli operacyjnej. Zwraca się uwagę, iż stosowanie kontroli operacyjnej wobec danej jednostki musi kończyć się aktem o charakterze prawnocząłowieczym, otwierającym możliwość weryfikacji w jakiś sposób słuszności działań organów państwa wobec niej prowadzonych. Wskazuje się na doświadczenia niemieckie, gdzie po wyroku Europejskiego Trybunału Praw Człowieka w sprawie Klass i inni przeciwko Niemcom (wyrok z dnia 6 września 1978 r., skarga nr 5029/71) zmieniono ustawodawstwo, wprowadzając obowiązek informowania *ex post* jednostki o prowadzonym podsłuchu. Istnienie tego przepisu dawało olbrzymie możliwości STASI infiltrowania działań RFN-owskich struktur państwowych⁵¹. Dla tego wysuwanie postulatu informowania jednostki o kontroli operacyjnej jest bardzo ryzykowne. Warto podkreślić, że wprowadzenia omawianego obowiązku pozostaje w poważnym konflikcie z niejawną działalnością operacyjną. Obowiązek ten mógłby polegać na przekazaniu osobie inwigilowanej informacji, iż była wobec niej prowadzona kontrola operacyjna, a uzyskane materiały zostały zniszczone. Zatem obowiązek ten *de facto* dotyczyłby informacji o zniszczeniu materiałów, nie zaś szczegółów stosowania kontroli operacyjnej. Informacja jednostki o prowadzonej kontroli operacyjnej mogłaby mieć postać protokołu zniszczenia, w którym znajdowałaby się informacja o prowadzeniu kontroli operacyjnej, w tym okresu jej prowadzenia oraz o zniszczeniu zgromadzonych materiałów. Możliwe byłoby wyłączenie obowiązku poinformowania w sytuacji, gdy ujawnienie tych informacji mogłoby skutkować powstaniem jakiegoś realnego niebezpieczeństwa dla funkcjonowania danej służby specjalnej prowadzącej operację, w której zarządzono kontrolę operacyjną. Taką możliwość dostrzega się także w zakresie działalności służb odpowiedzialnych za prowadzenie działań wywiadowczych i kontrwywiadowczych⁵².

Zdaniem niektórych autorów warto rozważyć stworzenie obywatelowi możliwości złożenia skargi na działanie funkcjonariuszy, prowadzących kontrolę operacyjną, która nie dostarczyła materiałów umożliwiających wszczęcie postępowania karnego⁵³. Obywatel może być bowiem żywotnie zainteresowany tym, by zweryfikować zasadność podejmowania przez służby określonych działań. Istnieją już pewne instytucje, takie jak odpowiedzialność funkcjonariusza za przekroczenie uprawnień lub niedopełnienie obowiązków czy też ochrona dóbr osobistych, nie jest jednak jasne, czy są one przysto-

⁵¹ *Ibidem*, s. 191.

⁵² W. Koziół, Wystąpienie na seminarium, (w:) A. Pietryga, *ibidem*, s. 192.

⁵³ B. Czechowicz, Wystąpienie na seminarium, (w:) *ibidem*.

sowane do realiów czynności operacyjno-rozpoznawczych. Wprowadzenie omawianego obowiązku byłoby naturalnym sposobem realizacji dyspozycji art. 51 ust. 4 Konstytucji RP, przy czym to, czy materiał został zgromadzony sprzecznie z ustawą w praktyce, okazuje się dopiero wtedy, gdy zostanie wydane zarządzenie o protokolarnym, komisyjnym zniszczeniu materiałów. Sam problem ma wymiar konstytucyjny i jest związany z praktyką urzędowania gwarancji z art. 51 ust. 4 Konstytucji RP. Z materiałami uzyskanymi dzięki kontroli operacyjnej można byłoby postępować zgodnie z art. 25 ustawy o ochronie informacji niejawnych, czyli chronić je przez określony ustawowo czas, póki ujawnienie ich będzie zagrażało istotnym interesom państwa.

Ważnym problemem jest rozgraniczenie między materiałem operacyjnym a dowodem. Wskazuje się, iż w doktrynie procesu karnego utrzymało się przekonanie, że w polskim prawie nie funkcjonuje teoria „owoców zatrutego drzewa”, która nie dotyczy tylko i wyłącznie gromadzenia dowodów w ramach działalności operacyjnej. Jednak w ostateczności zawsze decyduje sędzia karny, oceniający w danym przypadku stopień naruszenia prawa przy zbieraniu dowodu. Zasadne byłoby wskazanie, że na gruncie czynności operacyjno-rozpoznawczych mamy do czynienia nie z „dowodem”, ale ze „źródłem informacji o dowodzie”. W tym kontekście pojawia się też problem prywatnego gromadzenia dowodów, jakie wywołał wyrok SN z dnia 10 maja 2002 r., sygn. WA 22/02, dotyczący możliwości wykorzystania w procesie karnym „dowodu prywatnego”, w tym również pochodzącego z podsłuchu⁵⁴. W zakresie korzystania z dowodów prywatnych w kontradiktoryjnym procesie cywilnym istnieją silniejsze gwarancje dla strony w tym zakresie niż w postępowaniu karnym.

W 1990 r. kontrola operacyjna mogła być stosowana jedynie w przypadku dwóch rodzajów przestępstw: zbrodni godzących w życie ludzkie, a także ściganych na mocy umów i porozumień międzynarodowych. Katalog zamieszczony w art. 19 ust. 1 ustawy o Policji jest systematycznie powiększany przy okazji kolejnych nowelizacji. Z uwagi na brak przejrzystych reguł postępowania z materiałami zgromadzonymi w ramach kontroli operacyjnej jedyną drogą zapobieżenia ewentualnym nadużyciom byłoby ograniczenie katalogu okoliczności umożliwiających zarządzenie kontroli operacyjnej; konieczny zatem jest przegląd i dokonanie selekcji katalogów typów przestępstw zawartych w poszczególnych ustawach, które pozwalają na prowadzenie kontroli operacyjnej. W zakresie funkcjonowania teorii „owoców zatrutego drzewa” istnieją już pewne standardy wypracowane przez Europejski Trybunał Praw Człowieka⁵⁵. Za przykład może służyć sprawa Ramanauskas

⁵⁴ A. Pietryga, *ibidem*, s. 193.

⁵⁵ A. Bodnar, Wystąpienie na seminarium, (w:) *ibidem*, s. 195.

przeciwko Litwie (wyrok z dnia 5 lutego 2008 r., skarga nr 74420/01) dotycząca czynnej prowokacji policyjnej. Ważne jest zatem, by przenosić na polski grunt już wypracowane i gotowe rozwiązania w tym zakresie.

Ważną kwestią pozostaje sprawa rozszerzania zakresu środków technicznych, stosowanych w ramach tzw. kontroli operacyjnej i kierunku, jaki powinny obrać zmiany w tym zakresie. Dane, które gromadzą służby, muszą spełniać wymóg „niezbędności w demokratycznym państwie prawnym”, wskazany w art. 51 ust. 2 Konstytucji RP. Można powołać się na niemiecki przypadek tworzenia baz potencjalnych podejrzanych o terroryzm, gdzie kryteriami były m.in. wiek, narodowość, płeć. Rozwój technologiczny pociąga za sobą konieczność przyznania kolejnych uprawnień służbom specjalnym, jednak „elektroniczną inwigilację” obwarować należy silniejszymi gwarancjami dla jednostki niż na przykład czynność przeszukania. Konieczne jest przy tym stworzenie pewnych wymogów proporcjonalności w postaci zakresu przedmiotowego określającego okoliczności sięgania po te środki⁵⁶.

Eavesdropping and surveillance of electronic media users in the context of information security

Abstract

The core discussion is preceded with the introduction that identifies security risks from eavesdropping. References are made to the scope and details of IT network surveillance operations revealed by E. Snowden, crime victims' cell phone voicemail hacking by journalists working for the "News of the World", and the Polish tape scandal. Information is considered to be both the key element of business processes and the basis for operation of almost all present-day companies and organizations, including states.

⁵⁶ A. Pietryga, *ibidem*, s. 195.

Ewa Bienkowska

Wokół projektu utworzenia systemu ochrony pokrzywdzonego i świadka

Streszczenie

Autorka snuje rozważania, które wprowadzie rzadko, ale jednak były już przedmiotem wypowiedzi przedstawicieli doktryny. Niemniej sam fakt odniesienia się w publikacji naukowej do poruszonego już w piśmiennictwie zagadnienia w sposób oczywisty nie może – przynajmniej samoistnie – skutkować dyskwalifikacją takiego opracowania.

Uwagi wstępne

Rządowy projekt z dnia 13 marca 2014 r. ustawy o ochronie pokrzywdzonego i świadka¹ przewiduje utworzenie systemu policyjnej ochrony pokrzywdzonych i świadków występujących w postępowaniu karnym i w postępowaniu karno-skarbowym, który funkcjonowałby niezależnie od już istniejących możliwości ochrony (art. 1–27). Wprowadzenie proponowanego ustawowego rozwiązania stanowiłoby niewątpliwie *novum* w polskim systemie prawnym i wymaga wnikliwej analizy.

Wskazany projekt ma ponadto na celu wdrożenie dwóch aktów prawa unijnego, a mianowicie dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 2012/29/UE z dnia 25 października 2012 r. ustanawiającej normy minimalne w zakresie praw, wsparcia i ochrony ofiar przestępstw oraz zastępującej decyzję ramową Rady 2001/220/WSiSW², jak też dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 2011/99/UE z dnia 13 grudnia 2011 r. w sprawie europejskiego nakazu ochrony³. W przekonaniu jego twórców kwestie dotyczące systemu ochrony pokrzywdzonych i świadków nie są jednak normowane prawem unijnym⁴. Stwierdzenie to jest niewątpliwie słuszne w odniesieniu do

¹ Projekt wraz z uzasadnieniem dostępny jest na stronie Rządowego Centrum Legislacji (druk nr UC 118).

² Dz. Urz. UE L 315 z dnia 14 listopada 2012 r., s. 57.

³ Dz. Urz. UE L 338 z dnia 21 grudnia 2011 r., s. 2.

⁴ Zob. odnoszący się do niego pkt 4 Uzasadnienia, zatytułowany „Rozwiązania autonomiczne mające na celu zapewnienie pomocy i wsparcia – niezwiązane z prawem Unii Europejskiej”, Uzasadnienie..., s. 29.

świadków jako takich, bowiem dotyczące ich standardy rzeczywiście nie są określone w prawie Unii Europejskiej. Nie można jednak pominąć faktu, iż kwestie ochrony świadków są przedmiotem rekomendacji Komitetu Ministrów Rady Europy⁵, w tym przede wszystkim rekomendacji nr R (97)13 odnoszącej się do zastraszania świadków i praw do obrony z dnia 10 września 1997 r.⁶ oraz rekomendacji Rec (2005)9 o ochronie świadków i osób współpracujących z wymiarem sprawiedliwości z dnia 20 kwietnia 2005 r.⁷. Pierwsza z nich definiuje świadka jako każdą osobę, niezależnie od jej statusu w świetle krajowego prawa postępowania karnego, która posiada informacje istotne dla postępowania karnego, a odnosi się ona do świadków występujących w sprawach dotyczących przestępczości zorganizowanej oraz przestępstw w rodzinie⁸. Rekomendacja Rec (2005)9 – mająca na uwadze przestępczość zorganizowaną łącznie z terroryzmem – określa natomiast mianem świadka każdą osobę posiadającą informacje dotyczące postępowania karnego, co do których zeznawała ona lub jest gotowa zeznawać bez względu na jej status i niezależnie od tego, czy bezpośrednio albo pośrednio, jak też ustnie bądź pisemnie, jeśli nie jest objęta definicją osoby współpracującej z wymiarem sprawiedliwości. Tą ostatnią jest każda osoba oskarżona lub skazana za uczestniczenie w związku przestępczym lub innej organizacji przestępczej o podobnym charakterze albo za przestępstwa stanowiące przestępczość zorganizowaną, która zgodziła się współpracować z organami wymiaru sprawiedliwości, w szczególności zeznając na temat związku przestępczego lub organizacji, bądź też przestępstw związanych z przestępczością zorganizowaną lub innych poważnych przestępstw. Pamiętać zaś trzeba, że Unia Europejska nie funkcjonuje w oderwaniu od standardów wypracowanych na forum innych gremiów międzynarodowych, a wśród nich zwłaszcza Rady Europy⁹.

⁵ O ich znaczeniu zob. zwłaszcza M. Balcerzak, Zalecenia Komitetu Ministrów Rady Europy jako forma pozatraktatowej działalności normatywnej i harmonizującej w dziedzinie praw człowieka, (w:) Rada Europy – 60 lat na rzecz jedności europejskiej, pod red. L. Głuszczyńskiej, K. Lankosza, Bielsko-Biała 2009, s. 6 i n.

⁶ Recommendation concerning intimidation of witnesses and the rights of defense, (w:) Victims – Support and Assistance, Council of Europe, Strasbourg 2007, s. 151–158 (tekst polski w: E. Bieńkowska, L. Mazowiecka, Ofiara przestępstwa w dokumentach międzynarodowych, Warszawa 2009, s. 84–90).

⁷ Recommendation on the protection of witnesses and collaborators of justice, (w:) Victims – Support..., s. 107–114.

⁸ Szerzej E. Bieńkowska, Świadek nie dość chroniony, *Gazeta Sądowa* 1998, nr 9, s. 30 i n.

⁹ Zob. m.in. rezolucję Rady z dnia 10 czerwca 2011 r. w sprawie harmonogramu działań na rzecz zwiększenia praw i ochrony ofiar, zwłaszcza w postępowaniu karnym (tzw. harmonogram budapeszteński), Dz. Urz. UE C 187 z dnia 28 czerwca 2011 r, s. 1; DG Justice Guidance Document related to the transposition and implementation of Directive 2012/29/EU of the European Parliament and of the Council of 25 October 2012 establishing minimum standards

Co się natomiast tyczy pokrzywdzonych zarówno posiadających wyłącznie taki status, jak i tych spośród nich, którzy jednocześnie występują w charakterze świadków, jest wręcz przeciwnie: istnieją unijne standardy ich praw, wsparcia i ochrony. Dowodzi tego zwłaszcza najważniejszy obecnie dokument poświęcony tym kwestiom, jakim jest wspomniana dyrektywa 2012/29/UE¹⁰. Dlatego też rozpocznę od przybliżenia niektórych wyznaczonych jej przepisami minimalnych standardów kształtowania ich sytuacji.

Standardy dyrektywy 2012/29/UE

Przyznanie ofiarom przestępstw praw określonych w dyrektywie 2012/29/UE ma na celu przede wszystkim podniesienie poziomu ich bezpieczeństwa poprzez eliminowanie przejawów dalszej wiktymizacji, nie płynącej już wprost z przestępstwa, a przybierającej postać wiktymizacji wtórnej, wiktymizacji ponownej, zastraszania i odwetu¹¹, ale służy również osłabieniu negatywnych bezpośrednich następstw przestępstwa. Wszystko to w pierwszej kolejności wiąże się z potrzebą zapewnienia im niezbędnego wsparcia.

Uznając wagę tych zagadnień, dyrektywa inicjuje katalog uprawnień ofiar rozdziałem 2 pt. „Udzielanie informacji i wsparcia”, którego art. 4 „Prawo do otrzymywania informacji od momentu pierwszego kontaktu z właściwym organem” na czoło wysuwa przekazanie informacji o rodzaju dostępnego wsparcia, która obejmuje „w odpowiednich przypadkach podstawowe informacje o dostępie do pomocy medycznej, wszelkiego wsparcia specjalistycznego, w tym wsparcia psychologa, oraz informacje o zakwaterowaniu zastępczym”, jak też o podmiotach udzielających określonego rodzaju wsparcia” (ust. 1 lit. a)¹². Zakwaterowanie zastępcze ma być oferowane przez specjalistyczne służby wpierania ofiar tym spośród nich, które potrzebują

on the rights, support and protection of victim of crime, and replacing Council Framework Decision 2001/220/JHA, European Commission, DG Justice, 19 December 2013 r., s. 1–2, na stronie: http://ec.europa.eu/justice/criminal/files/victims/guidance_victims_rights_directive.en

¹⁰ Szerzej: E. Bieńkowska, Ofiary przestępstw w postępowaniu karnym – nowe standardy Unii Europejskiej, Państwo i Prawo 2014, nr 4, s. 58 i n.; tejże, Standardy praw pokrzywdzonego w świetle dokumentów europejskich i ustaw zasadniczych, (w:) System prawa karnego procesowego, pod red. P. Hofmańskiego, t. VI: Strony i inni uczestnicy postępowania karnego, pod red. C. Kuleszy, Warszawa (w druku); E. Bieńkowska, K. Dudka, C. Kulesza, L. Mazowiecka, P. Starzyński, W. Zalewski, E. Zielińska, Dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady 2012/29/UE z dnia 25 października 2012 r. ustanawiająca normy minimalne w zakresie praw, wsparcia i ochrony ofiar przestępstw oraz zastępująca decyzję ramową Rady 2001/220/WSiSW. Komentarz, pod red. E. Bieńkowskiej, L. Mazowieckiej, Warszawa (w druku).

¹¹ Zob. bliżej zwłaszcza E. Bieńkowska, L. Mazowiecka, (w:) E. Bieńkowska i in., Dyrektywa..., *op. cit.*

¹² Szerzej komentarz do tego przepisu E. Bieńkowska, L. Mazowiecka, (w:) E. Bieńkowska i in., Dyrektywa..., *op. cit.*

„bezpiecznego miejsca ze względu na bezpośrednie ryzyko wtórnej i ponownej wiktymizacji, zastraszania oraz odwetu” (art. 9 ust. 3 lit. a). Podmiotami udzielającymi wsparcia są natomiast bezpłatne ogólne i specjalistyczne służby wsparcia, a korzystać z ich usług mogą również w razie potrzeby członkowie rodziny ofiary (art. 8 i art. 9 dyrektywy)¹³. Przedstawiciele służb wsparcia powinni być dobrze przygotowani do wypełniania swoich zadań, a w szczególności muszą zostać odpowiednio przeszkoleni i stale doszkalani, aby posiadać jak najlepszą orientację co do potrzeb ofiar i sposobów ich zaspokajania, jak również nabyć umiejętność właściwego odnoszenia się do ofiar. Muszą więc być profesjonalistami w tej dziedzinie (art. 25)¹⁴.

Z kolei prawo ofiary do ochrony statuuje art. 18 dyrektywy stanowiący, iż „Bez uszczerbku dla prawa do obrony państwa członkowskie zapewniają dostępność środków służących ochronie ofiar i członków ich rodzin przed wtórną i ponowną wiktymizacją, zastraszaniem oraz odwetem – w tym także środków przeciwko ryzyku szkód, emocjonalnych lub psychologicznych (zamiast „szkód, emocjonalnych lub psychologicznych” powinno być „krzywd emocjonalnych lub psychologicznych”¹⁵ – uwaga autorki) – oraz służących ochronie godności ofiar podczas przesłuchania lub składania zeznań. W razie konieczności środki takie obejmują także procedury fizycznej ochrony ofiar i członków ich rodzin przewidziane w prawie krajowym”.

Proponowany system ochrony nie dotyczy warunków przesłuchań, dlatego ważne jest w tym miejscu drugie zdanie przytoczonego przepisu. Jest ono co prawda ujęte bardzo lakonicznie, ale wiadomo, że mowa w nim – najogólniej – o stosowaniu takich środków ochrony fizycznej, jak uniemożliwiające zidentyfikowanie bądź też nawiązanie bezpośredniego kontaktu ze świadkiem lub ofiarą przestępstwa¹⁶.

Środki ochrony fizycznej dostępne na podstawie obowiązujących przepisów

Rozważenia wymaga, z jakich form ochrony mogą korzystać obecnie pokrzywdzeni i świadkowie¹⁷. Na tym tle będzie można bowiem ocenić, co no-

¹³ Zob. szerzej E. Bieńkowska, L. Mazowiecka, (w:) *ibidem*.

¹⁴ Bliżej *ibidem*.

¹⁵ Zwrot ten w języku angielskim brzmi następująco: „emotional or psychological harm”.

¹⁶ Szerzej K. Dudka, (w:) E. Bieńkowska i in., *Dyrektywa...*, *ibidem*.

¹⁷ Kompleksowo o dostępnych możliwościach ochrony, także w odniesieniu do przesłuchania, zob. M. Klejnowska, *Ochrona świadków, pokrzywdzonych przestępstwem oraz innych uczestników procesu karnego przed zagrożeniem ze strony sprawcy czynu zabronionego*, Zeszyty Naukowe Uniwersytetu Rzeszowskiego 2012, nr 74, s. 70 i n.; o zmianach w przepisach art. 185a–185d k.p.k. wprowadzonych na mocy ustawy z dnia 13 czerwca 2013 r. (Dz. U. z 2013 r., poz. 849) por. D. Kaczmarzka, *Przesłuchanie małoletniego pokryw-*

wego wnosi w tym zakresie projektowany system oraz czy jego powołanie jest w ogóle potrzebne.

W aktualnym stanie prawnym istnieje możliwość utajnienia na podstawie art. 184 k.p.k. danych pozwalających na zidentyfikowanie świadka (świadek *incognito*) bądź też na zastrzeżenie przez niego miejsca zamieszkania do wyłącznej wiadomości sądu lub prokuratora stosownie do art. 191 § 3 k.p.k. (tzw. mały świadek *incognito*).

Tryb postępowania w odniesieniu do świadka *incognito* określa rozporządzenie Ministra Sprawiedliwości z dnia 18 czerwca 2003 r. w sprawie postępowania o zachowanie w tajemnicy okoliczności umożliwiających ujawnienie tożsamości świadka oraz sposobu postępowania z protokołami zeznań tego świadka¹⁸. Działania Policji zostały zaś szczegółowo opisane w wytycznych nr 3 Komendanta Głównego Policji z dnia 15 lutego 2012 r. w sprawie wykonywania czynności dochodzeniowo-śledczych przez policjantów¹⁹. Stosownie do nich przed przesłuchaniem świadka lub w jego trakcie policjant powinien sprawdzić, czy nie zachodzi potrzeba zachowania w tajemnicy danych uniemożliwiających ujawnienie tożsamości świadka i wystąpienia do prokuratora z wnioskiem o wydanie postanowienia w myśl art. 184 § 1 k.p.k., jak też zastosowania trybu określonego w powołanym rozporządzeniu Ministra Sprawiedliwości (§ 27 ust. 1 pkt 2). Nakazano także „ze szczególną starannością przestrzegać procedur zapewniających zachowanie w tajemnicy wizerunku, głosu, danych osobowych oraz innych informacji lub okoliczności, które mogłyby umożliwić ujawnienie jego tożsamości osobom nieuprawnionym” (§ 27 ust. 2).

W odniesieniu do zastrzeżenia danych o miejscu zamieszkania na podstawie art. 191 § 3 k.p.k. w wytycznych nr 3 wskazano, że jego konsekwencją jest niezamieszczanie tych danych w protokole, a w to miejsce uczynienie adnotacji „do wyłącznej wiadomości prokuratora lub sądu” (§ 28 ust. 2). Organom tym policjant przekazuje notatkę urzędową z informacją o miejscu zamieszkania świadka i adresem do korespondencji, której nie włącza się do przekazywanych im akt (§ 28 ust. 3). Podkreślono też, że zastrzeżenie przez świadka danych dotyczących miejsca zamieszkania jest wiążące przy dokonywaniu wszystkich późniejszych czynności z jego udziałem (§ 28 ust. 4).

Jedynym obowiązującym dokumentem przewidującym mechanizm policyjnej ochrony świadków jest zarządzenie Komendanta Głównego Policji z dnia 15 lipca 2005 r. w sprawie metod i form ochrony udzielanej przez Policję osobom zagrożonym działaniami przestępczymi niebędących świadka-

dzanego w świetle nowelizacji Kodeksu postępowania karnego, Prok. i Pr. 2014, nr 1, s. 14 i n.; A. Z. Krawiec, Przesłuchanie małoletniego świadka po nowelizacji Kodeksu postępowania karnego, Prok. i Pr. 2013, nr 12, s. 117 i n.

¹⁸ Dz. U. Nr 108, poz. 1024.

¹⁹ Dz. Urz. Komendy Głównej Policji z dnia 16 lutego 2012 r., poz. 7 z późn. zm.

mi koronnymi, umożliwiające zapewnienie ochrony osobistej świadka. Ma ono jednak charakter poufny, co wynika z jego szczególnej materii.

Środkami ochrony fizycznej służącymi uniemożliwieniu lub utrudnieniu bezpośredniego kontaktu z pokrzywdzonym, a niekiedy także z innymi osobami, są ponadto wszelkiego rodzaju nakazy i zakazy bądź ograniczenia nakładane na sprawców jako środki zapobiegawcze lub środki karne, stanowiące ich element, bądź też obowiązki probacyjne.

Środki zapobiegawcze – co do zasady – jedynie wyjątkowo mogą mieć charakter ochronny (art. 249 § 1 i art. 258 § 3 w zw. z art. 258 § 4 k.p.k.). Wchodzące w życie z dniem 1 lipca 2015 r. unormowania ustawy z dnia 27 września 2013 r. o zmianie ustawy – Kodeks postępowania karnego oraz niektórych innych ustaw²⁰ tę ogólną zasadę nieco modyfikują. W szczególności – w myśl § 2a dodanego do art. 250 k.p.k. – „We wniosku o zastosowanie tymczasowego aresztowania wymienia się dowody wskazujące na duże prawdopodobieństwo (...) możliwości popełnienia przez oskarżonego nowego ciężkiego przestępstwa”, a stosownie do nowego brzmienia art. 251 § 3 k.p.k. „Uzasadnienie postanowienia o zastosowaniu środka zapobiegawczego powinno zawierać przedstawienie dowodów świadczących o popełnieniu przez oskarżonego przestępstwa, wykazanie okoliczności wskazujących na istnienie zagrożeń dla prawidłowego toku postępowania lub możliwości popełnienia przez oskarżonego nowego, ciężkiego przestępstwa w razie niezastosowania środka zapobiegawczego lub określonej podstawy jego zastosowania i potrzeby zastosowania danego środka. W wypadku tymczasowego aresztowania należy ponadto wyjaśnić, dlaczego nie uznano za wystarczające zastosowanie innego środka zapobiegawczego”. Jak zaś stanowi ujęty na nowo § 3 art. 258 k.p.k.: „Środek zapobiegawczy można wyjątkowo zastosować także wtedy, gdy zachodzi uzasadniona obawa, że oskarżony, któremu zarzucono popełnienie zbrodni lub umyślnego występkę, popełni przestępstwo przeciwko życiu, zdrowiu lub bezpieczeństwu powszechnemu, zwłaszcza gdy popełnieniem takiego przestępstwa groził”, a jego § 4 – „Decydując o zastosowaniu określonego środka zapobiegawczego, uwzględnia się rodzaj i charakter obaw (...), przyjętych za podstawę stosowania danego środka oraz nasilenie ich zagrożenia dla prawidłowego przebiegu postępowania w określonym jego etapie”. Choć więc nadal przy stosowaniu środków zapobiegawczych priorytet mają względy gwarantujące zabezpieczenie właściwego toku postępowania, wyraźniej zaznaczyła się tendencja do wykorzystywania także ich funkcji ochronnej.

Niektóre spośród środków zapobiegawczych mają bezpośrednio na celu odseparowanie sprawcy od pokrzywdzonego. Rolę taką może w szczególności pełnić dozór, połączony m.in. z zakazem kontaktowania się z nim bądź

²⁰ Dz. U. z 2013 r., poz. 1247.

zakazem przebywania w określonych miejscach (art. 275 § 2 k.p.k.). Dozór można ponadto zastosować zamiast tymczasowego aresztowania wobec oskarżonych o przestępstwa z użyciem przemocy na szkodę osoby najbliższej lub innej osoby wspólnie zamieszkującej pod warunkiem, że opuszczą w wyznaczonym terminie wspólnie zajmowany lokal i określą miejsce swojego pobytu (art. 275 § 3 k.p.k.). W stosunku zaś do sprawców przestępstw popełnionych z użyciem przemocy na szkodę osoby wspólnie zamieszkującej, jeżeli istnieje zagrożenie ponownego popełnienia przez nich takiego przestępstwa, można nakazać opuszczenie wspólnie zajmowanego lokalu mieszkalnego (art. 275a k.p.k.).

Z kolei, środkami karnymi o charakterze ochronnym są środki przewidziane w art. 39 pkt 2a k.k., czyli zakaz prowadzenia działalności związanej z wychowaniem, leczeniem, edukacją małoletnich lub z opieką nad nimi w razie skazania na karę pozbawienia wolności za przestępstwo przeciwko wolności seksualnej lub obyczajności na szkodę małoletniego (art. 41 § 1a i § 1b k.k.), jak też w punkcie 2b tego przepisu w postaci obowiązku powstrzymania się od przebywania w określonych środowiskach lub miejscach, zakazu kontaktowania się z określonymi osobami, zakazu zbliżania się do określonych osób, bądź też nakazu opuszczenia lokalu wspólnie zajmowanego z pokrzywdzonym²¹ w razie skazania za przestępstwo przeciwko wolności, jak również za umyślne przestępstwo z użyciem przemocy lub groźby bezprawnej przeciwko osobie najbliższej (art. 41a k.k.). W przypadku orzeczenia zakazu zbliżania się sąd wskazuje odległość od osób chronionych, jakiej skazany nie może przekraczać (art. 41a § 4 k.k.).

I w końcu, wśród obowiązków probacyjnych wymienionych w art. 72 § 1 k.k. charakter ochronny mają obowiązek powstrzymania się od przebywania w określonych środowiskach lub miejscach (pkt 7), obowiązek powstrzymania się od kontaktowania się z pokrzywdzonym lub innymi osobami w określony sposób lub zbliżania się do pokrzywdzonego lub innych osób (pkt 7a) oraz nakaz opuszczenia lokalu zajmowanego wspólnie z pokrzywdzonym (pkt 7b), przy czym, jeżeli nakaz taki dotyczy sprawcy przestępstwa popełnionego z użyciem przemocy lub groźby bezprawnej wobec osoby najbliższej, sąd określa sposób jego kontaktu z pokrzywdzonym (art. 72 § 1a k.k.).

Wskazane obowiązki mogą towarzyszyć warunkowemu zawieszeniu wykonania kary, warunkowemu umorzeniu postępowania (art. 67 § 3 k.k.), karze ograniczenia wolności (art. 36 § 2 k.k.) oraz warunkowemu przedterminowemu zwolnieniu (art. 159 § 1 k.k.w.). Nałożenie wymienionych obowiązków, jak również orzeczenie zakazu zbliżania się do określonych osób lub powstrzymania się od przebywania w określonych miejscach może się po-

²¹ Nakaz opuszczenia lokalu nie został wymieniony w art. 39 pkt 2b k.k., lecz dopiero w precyzującym ten środek przepisie art. 41a § 1 i 2 k.k.

nadto wiązać z wydaniem przez sąd penitencjarny zezwolenia na odbycie przez skazanego kary pozbawienia wolności w systemie dozoru elektronicznego (art. 8 ust. 2 i 3 ustawy z dnia 7 września 2007 r. o wykonywaniu kary pozbawienia wolności poza zakładem karnym w systemie dozoru elektronicznego²²).

Zmiany proponowane w odniesieniu do obowiązujących unormowań o ochronie fizycznej

Projekt z dnia 13 marca 2014 r. przewiduje (art. 28 pkt 4) poszerzenie art. 148 k.p.k. poprzez dodanie § 2a stanowiącego, iż „W protokole nie zamieszcza się danych dotyczących miejsca zamieszkania i miejsca pracy osób biorących udział w czynności. Dane te zamieszcza się w załączniku do wyłącznej wiadomości organu prowadzącego postępowanie” oraz § 5, w myśl którego „Sąd lub prokurator może ujawnić dane, o których mowa w § 2a, jeżeli mają one znaczenie dla rozstrzygnięcia w sprawie”. Ponadto, stosownie do dodanego (art. 28 pkt 5 lit. b projektu) do art. 191 k.p.k. § 1a: „Sąd ustala miejsce zamieszkania świadka na podstawie dokumentu tożsamości lub pisemnego oświadczenia świadka”. Jak argumentowano, „Proponowana zmiana powinna skutkować podniesieniem standardu bezpieczeństwa świadków, biegłych, a także współoskarżonych, poprzez utrudnienie dostępu do ich danych adresowych przez innych uczestników postępowania, np. oskarżonych, którzy mogliby wywierać wpływ na ich zeznania lub wyjaśnienia. Anonimizacja tych danych nie wyeliminuje zupełnie takiego ryzyka, ale w znaczącym stopniu je zmniejsza. Należy podkreślić, że zakładana zmiana nie będzie miała wpływu na zasadę wewnętrznej jawności procesu karnego – anonimizacji nie ma bowiem podlegać tożsamość świadka, a wyłącznie jego adres i miejsce pracy”²³.

Intencja projektodawcy jest godna aprobaty, gdy chodzi o pokrzywdzonych, świadków oraz biegłych, specjalistów czy tłumaczy. Tendencja poszerzenia grona osób chronionych o wspomniane kategorie uczestników postępowania zaznaczyła się już zresztą w dokumentach międzynarodowych. W szczególności definicja pojęcia „świadek” zamieszczona w powoływanej rekomendacji nr R (97)13 uwzględnia również biegłych i tłumaczy. Przepis art. 6 projektu Konwencji Narodów Zjednoczonych o sprawiedliwości oraz wsparciu dla ofiar przestępstw i nadużyć władzy z dnia 10 lutego 2010 r.²⁴

²² Tekst jedn. Dz. U. z 2010 r., Nr 142, poz. 960 z późn. zm.

²³ Uzasadnienie..., s. 37; tak też M. Piechocki, Świadek pod ochroną, *Na Wokandzie* 2014, nr 20, s. 14.

²⁴ Draft. UN Convention on Justice and Support for Victims of Crime and Abuse of Power, 10 February 2010, na stronie: <http://www.worldsocietyofvictimology.org/publications/Draft/20%>

przewiduje natomiast ochronę bezpieczeństwa, integralności fizycznej, psychicznej i społecznej, godności oraz prywatności ofiar, świadków i ekspertów²⁵.

Mam natomiast bardzo poważne zastrzeżenia co do takiego samego potraktowania współoskarżonych. Ci bowiem na ogół doskonale wiedzą, w jaki sposób się ze sobą skontaktować, przede wszystkim zaś – mocno niepokojące jest stawianie ich w jednym szeregu z pozostałymi uczestnikami postępowania karnego. Ich status jest zdecydowanie inny, a potrzeba zapewnienia takiej samej ochrony w odniesieniu do danych adresowych – co najmniej wątpliwa.

W kontekście przedstawionej propozycji dziwi, że nie pomyślano o rozszerzeniu zakresu danych, które mogą zostać zastrzeżone w oparciu o art. 191 § 3 k.p.k., zwłaszcza o dane dotyczące miejsca pracy²⁶ (a należałoby dodać – „lub nauki”), jak również o rezygnacji z regulacji zamieszczonej w końcowym fragmencie tego przepisu, w myśl której pisma procesowe doręcza się do instytucji, w której świadek jest zatrudniony. Wystarczyłoby bowiem wskazanie, iż przekazuje się je na adres przez niego podany.

Pewne propozycje modyfikacji w odniesieniu do środków karnych i warunków probacyjnych zawiera rządowy projekt z dnia 10 grudnia 2013 r. ustawy o zmianie ustawy – Kodeks karny oraz niektórych innych ustaw, ostatecznie przyjęty przez Radę Ministrów w dniu 8 maja 2014 r.²⁷. Przewiduje on nieco inne ujęcie przepisów art. 41 § 1a i 1b oraz 41a k.k., które w uzasadnieniu (s. 20) określono mianem „zmian porządkujących”, uszczegółowienie § 1a art. 72 k.k. poprzez wskazanie, iż orzekając zakaz zbliżania się na podstawie § 1 pkt 7a, sąd wyznacza odległość, jaką skazany ma zachować od osoby chronionej, jak również dodanie do art. 72 k.k. § 1b, w myśl którego, nakładając na sprawcę przestępstwa popełnionego z użyciem przemocy lub groźby bezprawnej wobec osoby najbliższej obowiązek określony w § 1 pkt 7b, sąd określa sposób jego kontaktu z pokrzywdzonym.

Jednocześnie – w związku z proponowanym uchYLENIEM ustawy o wykonywaniu kary pozbawienia wolności poza zakładem karnym w systemie dozoru elektronicznego (art. 20 projektu z dnia 10 grudnia 2013 r.)²⁸ i utratą przez dozór samodzielności statusu – przestanie istnieć wprowadzona na jej mocy podstawa do stosowania obowiązków wymienionych w art. 72 § 1 k.k.

Convention.pdf (jeżeli strona nie działa, należy wpisać pełną nazwę projektu Konwencji w języku angielskim).

²⁵ Szerzej o projekcie E. Bieñkowska, *Standardy ochrony...*, *op. cit.*

²⁶ Zob. E. Bieñkowska, L. Mazowiecka, *Komentarz do Preambuły*, (w:) E. Bieñkowska i in., *Dyrektywa...*, *op. cit.*

²⁷ Projekt jest dostępny na stronie Rządowego Centrum Legislacji; dalej: projekt z dnia 10 grudnia 2013 r.

²⁸ Przepisy o systemie dozoru elektronicznego mają zostać przeniesione do dodanego do k.k.w. rozdziału VIIa.

oraz zakazu zbliżania się do określonych osób. Ograniczenie możliwości nakładania takich obowiązków nastąpi również w przypadku warunkowego zawieszenia wykonania kary, ponieważ odnosić się ma ono wyłącznie do kary pozbawienia wolności (art. 69 § 1 k.k. w ujęciu powołanego projektu).

Założenia projektowanego systemu

Jak stanowi art. 1 ust. 1 projektu ustawy, określa ona „zasady, warunki, zakres i sposób udzielania oraz cofania środków ochrony lub pomocy pokrzywdzonemu i świadkowi w postępowaniu karnym i karno-skarbowym w celu uchronienia ich przed zastraszaniem i odwetem, zapewnienia ich prawidłowego uczestnictwa w postępowaniu oraz uniknięcia wtórnej wiktylizacji pokrzywdzonych”, co nie wyklucza stosowania tego rodzaju środków na podstawie odrębnych przepisów (ust. 2).

Tak określone zadanie ma za swoją podstawę przekonanie, iż – pomimo że środki osobowe stanowią główne źródło pozyskiwania dowodów – „W Polsce brak jest obecnie kompleksowego aktu prawnego mającego na celu ochronę świadka i pokrzywdzonego, wobec których zachodzi realne zagrożenie życia lub zdrowia wynikające ze złożenia zeznań lub wyjaśnień („wyjaśnień”?, wszak wyjaśnienia składają jedynie podejrzani i oskarżeni – uwaga autorki) obciążających sprawcę przestępstwa lub też z samego faktu uczestnictwa w postępowaniu karnym. Nie istnieje również jednolity akt normatywny określający środki i sposoby pomocy, która może być udzielona takim osobom przez państwo. Funkcjonujący obecnie system wsparcia i ochrony odnosi się przede wszystkim do świadka koronnego, a więc skruszonego przestępcy (ustawa z dnia 25 czerwca 1997 r. o świadku koronnym, Dz. U. z 2007 r., Nr 36, poz. 232 z późn. zm.). Przewidziane przez ten system środki są jednak niedostępne dla uczciwego obywatela, będącego świadkiem przestępstwa. Wychodząc z założenia, że tego rodzaju stan rzeczy jest nieprawidłowy, projektowana ustawa wprowadzi szereg rozwiązań zapewniających optymalny poziom ochrony osób biorących udział w postępowaniu karnym”²⁹. Jednocześnie podkreślono, że „Inspirację dla tych rozwiązań stanowi w pewnym stopniu ustawa o świadku koronnym. Projektowane przepisy nie stanowią jednak mechanicznego powielenia wszystkich środków znanych ustawie o świadku koronnym, co byłoby niecelowe z uwagi na odmienne potrzeby takiego świadka w porównaniu z pozostałymi uczestnikami procesu karnego. Ponadto, niektóre ze środków przewidzianych w ustawie o świadku koronnym okazały się niezwykle skomplikowane, przez

²⁹ Uzasadnienie..., s. 21–22; szerzej o aktualnej sytuacji zob. zwłaszcza K. Karsznicki, Program ochrony świadka w Polsce na tle regulacji prawnych innych państw członkowskich Unii Europejskiej, Prokuratura i Prawo 2013, nr 9, s. 23 i n.

co nieefektywne (zmiana tożsamości), niektóre zaś w ogóle nigdy nie były zastosowane (zmiana wyglądu). Te doświadczenia pozwoliły trafniej dobrać katalog środków w projektowanej ustawie³⁰.

Proponowany system

Środkami ochrony lub pomocy – w myśl art. 2 ust. 1 projektu – są pomoc psychologiczna, ochrona na czas czynności procesowej, ochrona osobista oraz pomoc w zakresie zmiany miejsca pobytu lub zatrudnienia. Dwa pierwsze spośród nich są środkami o charakterze podstawowym, natomiast pozostałe stanowią zaawansowane środki ochrony. Te ostatnie to środki o charakterze wyjątkowym, których stosowanie ma zależeć od stwierdzenia występowania zagrożenia dla życia lub zdrowia danej osoby i – co do zasady – być ograniczone do spraw o poważne przestępstwa podlegające właściwości sądów okręgowych³¹.

Wymienione środki mogą być stosowane – pod warunkiem, że osoby te nie są pozbawione wolności – wobec pokrzywdzonych i świadków (art. 2 ust. 3), osób dla nich najbliższych w rozumieniu art. 115 § 11 k.k. (art. 2 ust. 4), jak również wobec „osoby, która nie została wezwana lub przesłuchana w charakterze świadka” (art. 2 ust. 2) na ich wniosek bądź za ich „zgoda i na wniosek sądu, organu prowadzącego postępowanie przygotowawcze lub z urzędu” (art. 3 ust. 1). Na tle tej regulacji zaskakuje pogląd, w myśl którego „Środki te będą stosowane w postępowaniu karnym i karnoskarbowym wobec pokrzywdzonego lub świadka, jak i podejrzanego, oskarżonego czy skazanego (podkr. autorki)”³². Taka interpretacja nasuwa od razu kluczowe pytanie o to, komu tak naprawdę ma służyć proponowany system ochrony.

Przedmiotowy wniosek może zostać złożony na piśmie lub ustnie do protokołu, a „powinien wskazywać na okoliczności uzasadniające zastosowanie środka wobec każdej osoby, która ma być chroniona” (art. 3 ust. 3). Adresem wniosku jest komendant wojewódzki Policji właściwy ze względu na miejsce pobytu osoby, która ma być chroniona (art. 3 ust. 2). Wydaje on w terminie 14 dni „po przeprowadzeniu weryfikacji okoliczności” uzasadniających zastosowanie środka zarządzenie (art. 3 ust. 4), na które osobie ubiegającej się o ochronę przysługuje zażalenie do Komendanta Głównego Policji (art. 3 ust. 6). Ponowny wniosek może zostać złożony w przypadku pojawienia się nowych okoliczności (art. 3 ust. 7).

³⁰ Uzasadnienie..., s. 28–29.

³¹ *Ibidem*, s. 29 i n.

³² M. Piechocki, Świadek..., *op. cit.*, s. 14.

Projekt przewiduje powołanie w komendach wojewódzkich Policji „koordynatorów do spraw zapewnienia bezpieczeństwa osób występujących w procesie karnym w charakterze pokrzywdzonego lub świadka”, którzy mają za zadanie zapewnienie stałego informowania pokrzywdzonych i świadków o ich prawach i obowiązkach, a w tym także o możliwych środkach ochrony lub pomocy, jak też niezwłoczne informowanie sądu, organu prowadzącego postępowanie przygotowawcze lub właściwego komendanta wojewódzkiego Policji o ujawnionych zagrożeniach dla pokrzywdzonych i świadków (art. 4). Wskazuje się, że „dostęp do policyjnego koordynatora wyznaczałby minimalny standard ochrony i wsparcia przysługujący każdej (podkr. autorki) osobie, która w związku z udziałem w postępowaniu karnym odczuwa zagrożenia swojego bezpieczeństwa”³³. Podkreśliłam słowo „każdej”, bowiem jego użycie po raz kolejny dowodzi, że projektowany system jest postrzegany jako przeznaczony również dla podejrzanych i oskarżonych.

W myśl art. 5 projektu pomoc psychologiczna może zostać udzielona wówczas, „gdy przemawiają za tym okoliczności ujawnione w toku postępowania, zwłaszcza zaś charakter przestępstwa będącego jego przedmiotem”. Wskazano przy tym, iż mogą z niej korzystać osoby występujące we wszystkich sprawach, a więc nie tylko w tych najpoważniejszych³⁴.

Ochrona na czas czynności procesowej ma mieć zastosowanie w wypadku wystąpienia zagrożenia dla życia lub zdrowia pokrzywdzonego lub świadka w związku z toczącym się lub mogącym się toczyć postępowaniem, a polega ona „na obecności policjantów w pobliżu osoby chronionej w trakcie czynności procesowej z jej udziałem, w drodze do miejsca przeprowadzenia tej czynności lub w drodze powrotnej” (art. 6).

W odniesieniu do ochrony osobistej dodatkowo – w porównaniu do przesłanek określonych w art. 6 projektu – wskazano, iż może ona być stosowana w sprawach należących w pierwszej instancji do właściwości sądów okręgowych, „a w szczególnie uzasadnionych wypadkach także w pozostałych sprawach” (art. 7 ust. 1). Jej istota sprowadza się do stałej lub czasowej obecności policjantów w pobliżu osoby chronionej, czasowej obserwacji osoby chronionej i jej otoczenia, wskazywania tej osobie bezpiecznego miejsca przebywania oraz czasu i sposobu przemieszczania się oraz ustalenia zakresu, warunków i sposobu kontaktowania się z innymi (art. 7 ust. 2).

Co do pomocy w zmianie miejsca zatrudnienia dodano, iż może ona zostać udzielona wówczas, gdy zagrożenie dla życia lub zdrowia w związku z postępowaniem łączy się z dotychczasowym miejscem zatrudnienia bądź wynika z konieczności zapewnienia środków utrzymania osobie, która zmie-

³³ *Ibidem*, s. 15.

³⁴ *Uzasadnienie...*, s. 30.

niła miejsce pobytu (art. 9 ust. 1). Polega ona zaś na uzyskiwaniu i przekazywaniu informacji o możliwościach zatrudnienia względnie pomocy w uzyskaniu nowych kwalifikacji lub podniesieniu poziomu wykształcenia (art. 9 ust. 2).

Bardzo szczegółowo projekt reguluje kwestie związane z udzielaniem pomocy w zmianie miejsca pobytu, co bez wątpienia wynika ze szczególnego charakteru tego środka. I tak, stosownie do art. 8 ust. 1 przesłanką jego zastosowania – obok wskazanych wcześniej, wymienionych w art. 7 ust. 1 – jest zwłaszcza to, że zachodzi konieczność długotrwałej ochrony lub stwierdza się, iż ochrona osobista nie wystarcza, aby skutecznie wyeliminować zagrożenie dla życia lub zdrowia osoby chronionej. Pomoc w tym zakresie polega „na podejmowaniu czynności o charakterze organizacyjnym lub finansowym, umożliwiających osobie chronionej pobyt w miejscu innym niż dotychczasowe, poprzez: 1) udostępnienie tymczasowego lokalu mieszkalnego, zapewniającego podstawowe potrzeby bytowe; 2) pomoc w wynajęciu mieszkania; 3) pomoc w przeprowadzce lub zagospodarowaniu; 4) pomoc w umieszczeniu dzieci w szkole, przedszkolu lub żłobku; 5) podejmowanie czynności niezbędnych do: a) ochrony mieszkania i mienia pozostawionych w poprzednim miejscu pobytu, b) roztoczenia opieki nad pozostawioną osobą niedołężną lub chorą, którą osoba chroniona się opiekowała, c) załatwienia innych ważnych spraw życiowych związanych ze zmianą miejsca pobytu” (art. 8 ust. 2). Jeżeli osobie chronionej została udzielona pomoc finansowa wskazana w art. 2 ust. 2 projektu, ma ona obowiązek pokrywania z jej środków kosztów użytkowania i wyrządzonych przez nią szkód w lokalu (art. 8 ust. 3).

Ponadto, w przypadku zmiany miejsca pobytu właściwy komendant Policji może zobowiązać operatora pocztowego lub jego placówkę do przekazywania na wskazany przez siebie adres przesyłek przeznaczonych dla osoby chronionej lub ich doręczania za pośrednictwem upoważnionej przez nią osoby (art. 10), jak również zapewnia on osobie chronionej odbieranie adresowanych do niej przesyłek przez policjanta upoważnionego przez nią lub właściwego komendanta Policji, ona zaś może wysyłać przesyłki, w razie potrzeby, za pośrednictwem policjanta upoważnionego przez właściwego komendanta Policji (art. 11). Osobie chronionej poprzez zmianę miejsca pobytu, która nie posiada źródeł utrzymania i nie może podjąć pracy ze względu na łączące się z tym zagrożenie dla jej życia lub zdrowia w związku z postępowaniem lub z powodu braku możliwości zatrudnienia, może być przyznana pomoc finansowa (art. 12 ust. 1) „w wysokości dochodów uzyskiwanych przez nią przed objęciem jej ochroną i nieprzekraczającej przeciętnego wynagrodzenia w poprzednim kwartale, ogłaszanego przez Prezesa Głównego Urzędu Statystycznego” (art. 12 ust. 2). Pomoc finansowa dla osoby małoletniej sięga połowy tej kwoty (art. 12 ust. 3). Wówczas natomiast, gdy

nie ma możliwości zapewnienia osobie chronionej świadczeń opieki zdrowotnej w ramach powszechnego ubezpieczenia zdrowotnego „ze względu na warunki wykonywania ochrony lub brak ubezpieczenia zdrowotnego”, może jej zostać przyznana pomoc finansowa na pokrycie kosztów uzyskania określonych świadczeń (art. 13 ust. 1). W takim przypadku właściwy komendant Policji może wskazywać lekarzy i placówki, z których usług osoba chroniona powinna korzystać (art. 13 ust. 2), do czego jest ona zobowiązana się dostosować (art. 13 ust. 3).

Dalsze przepisy projektu przewidują, że środki ochrony i pomocy stosuje komendant wojewódzki Policji właściwy ze względu na miejsce pobytu osoby chronionej, a w razie potrzeby – Komendant Główny Policji (art. 14 ust. 1) na czas oznaczony (art. 18), jakim najczęściej jest czas trwania postępowania. Kieruje się on w tym zakresie stopniem zagrożenia danej osoby, przekazując jej zasady i zalecenia związane ze stosowaniem środka (art. 14 ust. 2). Stosownie do okoliczności może on zmieniać środki łącznie z wysokością udzielonej pomocy finansowej (art. 14 ust. 3). Jeżeli zaś okoliczności uzasadniające stosowanie środka nie ustały, może też – „na wniosek osoby, chronionej albo za jej zgodą i na wniosek sądu, organu prowadzącego postępowanie przygotowawcze lub z urzędu” – wydać zarządzenie o stosowaniu środka na dalszy oznaczony czas (art. 19). Właściwy komendant wyznacza też jednostkę organizacyjną Policji właściwą do wykonywania zarządzeń (art. 15).

Na osobie chronionej mają ciążyć określone powinności. Musiałaby złożyć właściwemu komendantowi Policji pisemne zobowiązanie do: 1) przestrzegania zasad i zaleceń w zakresie udzielonej ochrony, a także 2) wykonywania obowiązków ciążących z mocy ustawy oraz wynikających z prawomocnych orzeczeń i decyzji – w razie korzystania ze środków ochrony lub pomocy polegających na zmianie miejsca pobytu (art. 16). Byłaby też zobowiązana „do przekazywania organowi wykonującemu zarządzenie o zastosowaniu środka ochrony lub pomocy informacji niezbędnych dla zapewnienia prawidłowej realizacji tego środka, w tym dotyczących kontaktów rodzinnych i towarzyskich, stanu majątkowego oraz stanu zdrowia” (art. 17 ust. 1). Mogłaby również, jeśli wyrazi na to zgodę, zostać poddana badaniu psychofizjologicznemu i psychologicznemu przed wykonaniem danego środka (art. 17 ust. 2).

Projekt przewiduje obligatoryjne i fakultatywne wycofanie środka ochrony lub pomocy. Pierwsze następowaloby: „1) w razie ustania przesłanek, które uzasadniały ich udzielenie; 2) jeżeli świadek złożył fałszywe zeznania w toku postępowania, w związku z którym udzielono mu środków ochrony lub pomocy albo bezpodstawnie uchyla się od złożenia zeznań; 3) jeżeli świadek umyślnie wprowadził w błąd organ postępowania, w związku z którym udzielono mu środków ochrony lub pomocy; 4) na wniosek osoby chronionej o za-

kończenie ochrony lub pomocy” (art. 20 ust. 1). W przypadkach określonych w punktach 2 i 3 osoba chroniona jest zobowiązana do zwrotu równowartości uzyskanych świadczeń (art. 20 ust. 2). Natomiast cofnięcie środka ochrony lub pomocy byłoby fakultatywne wówczas, gdy „osoba chroniona: 1) zataja istotne informacje mające znaczenie dla ochrony; 2) nie przestrzega zasad i zaleceń w zakresie udzielonej ochrony; c) korzysta z pomocy niezgodnie z jej przeznaczeniem” (art. 21 ust. 1).

W myśl art. 22 projektu niedopuszczalne mają być czynności dowodowe zmierzające do ujawnienia okoliczności będących podstawą zastosowania środka ochrony lub pomocy, które – stosownie do projektowanego art. 23 – „podlegają ochronie zgodnie z przepisami o ochronie informacji niejawnych”. Jak stanowi z kolei proponowany art. 24: „1. Funkcjonariusze Policji, w ramach wykonywanej ochrony, mogą wprowadzać, także w drodze czynności operacyjno-rozpoznawczych, współpracując z właściwymi organami państwa, dane, o których mowa w art. 2 ust. 1 pkt 4 (tj. pomoc w zakresie zmiany miejsca pobytu – uwaga autorki), do systemów informatycznych oraz kartotek, skorowidzów, ksiąg, wykazów i innych zbiorów ewidencyjnych organów państwowych oraz jednostek samorządu terytorialnego, innych państwowych lub komunalnych jednostek organizacyjnych oraz podmiotów niepaństwowych, realizujących zadania publiczne. 2. Podmioty wymienione w ust. 1 są obowiązane udzielać pomocy funkcjonariuszom Policji oraz współdziałającym z nimi funkcjonariuszom innych organów państwa przy wykonywaniu tych zadań”.

Dodać należy, że projekt z dnia 13 marca 2014 r. przewiduje (art. 28 pkt 8) uzupełnienie – wprowadzonego na mocy ustawy z dnia 27 września 2013 r. – przepisu art. 300 § 2 k.p.k., który wchodzi w życie z dniem 1 lipca 2015 r., m.in. o informacje dotyczące dostępnych środków ochrony i pomocy.

Podstawowe zastrzeżenia

Pomijając już fakt, że decyzja o potrzebie i ewentualnym przyznaniu pomocy psychologicznej, jak też jej zapewnienie pokrzywdzonym, nie leży i nie powinna w ogóle leżeć w gestii Policji, zasadniczy sprzeciw wywołuje przewidziany w projekcie tryb przyznawania środków ochrony lub pomocy. To, że – jak podkreślono – Policja sprawdziła się jako podmiot działający w odniesieniu do świadków koronnych³⁵, wcale nie znaczy, iż ma ona również pełnić podobną rolę w sferze udzielania pomocy i ochrony pokrzywdzonym. W grę wchodzi bowiem działania dotyczące osób o zupełnie innym statusie, a w szczególności takich, które nie popadły w konflikt z prawem karnym. Przyznanie Policji funkcji decyzyjnej w tych kwestiach co najmniej dziwi.

³⁵ Uzasadnienie..., s. 31.

W szczególności komendant wojewódzki, a tym bardziej Komendant Główny Policji, nie są tymi organami, które mają bezpośredni kontakt z daną sprawą oraz występującymi w niej pokrzywdzonymi i świadkami, i to na pewno nie oni winni przesądzać o potrzebie dostarczenia im – lub nie – określonych środków pomocy i ochrony. Regulacja w postaci uczynienia funkcjonariusza Policji podmiotem dokonującym weryfikacji wniosku sądu lub prokuratora w przedmiocie zastosowania środków ochrony w postępowaniu karnym jest zarazem sprzeczna z art. 15 ust. 1 k.p.k., w myśl którego Policja wykonuje w jego zakresie polecenia sądu i prokuratora, bądź też w określonych przypadkach podlega nadzorowi tego ostatniego. Kompetencje dotyczące przyznania środka ochrony mogą zatem przysługiwać wyłącznie organom prowadzącym dane postępowanie karne, a więc sądowi lub prokuratorowi. Policja może jedynie wykonywać ich decyzje w tym przedmiocie. Trzeba też pamiętać o istotnej różnicy między postępowaniem karnym i postępowaniem karno-skarbowym. W tym drugim jedynym pokrzywdzonym jest bowiem Skarb Państwa. W grę wchodzi zatem wyłącznie ochrona świadków niebędących jednocześnie pokrzywdzonymi.

Szczególnie niepokojące są propozycje dotyczące pomocy w zmianie miejsca pobytu. Środek ten ma być bowiem stosowany na czas oznaczony, a ma charakter bardzo inwazyjny. Powstaje zatem pytanie, co będzie po zakończeniu stosowania tego środka z osobą chronioną i jej życiem osobistym, które tak drastycznie zmieniono bądź w ogóle zburzono? Korzystanie z tego środka jest *de facto* równoznaczne z niemal całkowitym podporządkowaniem życia codziennego osoby chronionej i jej najbliższych zaleceniom Policji. O zaleceniach takich nie wiadomo nic bliższego, ale można przypuszczać, że ich przedmiotem byłyby jakieś dodatkowe ograniczenia nałożone na osobę chronioną. Kontrolowane – w myśl projektu – mają być kontakty rodzinne i towarzyskie tej osoby, a korespondencja wysyłana i odbierana przez funkcjonariusza Policji, co w konsekwencji może prowadzić do jej izolacji społecznej. Mamy tu zatem z pewnością do czynienia z ochroną kosztem bardzo znacznego ograniczenia wolności osoby chronionej.

Konkluzja

W świetle przedstawionych zastrzeżeń nie ulega wątpliwości, że zaproponowany model systemu ochrony pokrzywdzonych i świadków jest nie do przyjęcia. W szczególności z całą pewnością nie było dobrym pomysłem wykorzystanie – jako wzorcowych – unormowań dotyczących świadków koronnych. W ich przypadku bowiem ochrona za cenę określonych ograniczeń wolności jest dość oczywista, zważywszy, że w zamian za współpracę korzystają oni z bezkarności. Ponadto, nie ulega wątpliwości, że twórcy

przedmiotowego rozwiązania niezbyt dokładnie zapoznali się z wymogami dyrektywy 2012/29/UE.

Przyznanie, jak i niesienie pokrzywdzonym pomocy psychologicznej, co wyraźnie z dyrektywy wynika, jest bowiem zadaniem nie Policji, lecz organizacji wspierania ofiar. Co się zaś tyczy pomocy w zmianie miejsca pobytu, trudno zaakceptować obciążanie osób chronionych różnymi uciążliwymi ograniczeniami, a więc sytuację, w której życie pokrzywdzonych i świadków, czyli osób, które nie popełniły przestępstwa, podlega rygorom wskazań policyjnych. Trudno też zgodzić się na możliwość stosowania jakichkolwiek restrykcji wobec nich w związku z niepodporządkowaniem się takim wskazaniom. Powstaje zresztą pytanie, czy sama zmiana miejsca pobytu jest wystarczająca, jeśli znane jest miejsce pracy osoby chronionej.

Nie sposób pozbyć się wrażenia, że u podstaw przedstawionego rozwiązania leży koncepcja podobna do tej, jaką początkowo przyjęto w odniesieniu do zakazu zbliżania się w ustawie o wykonywaniu kary pozbawienia wolności poza zakładem karnym w systemie dozoru elektronicznego. W myśl pierwotnego ujęcia jej art. 12 ust. 1 na osoby chronione nakładano rozmaite obowiązki, a wśród nich obowiązek powstrzymywania się od inicjowania zbliżania się do skazanego oraz obowiązek powstrzymywania się, w razie potrzeby, od przebywania w określonych miejscach w określonym czasie w celu umożliwienia skazanemu realizacji jego praw. Konsekwencją ich niewykonywania mogło być cofnięcie przez sędziwego penitencjarnego zakazu zbliżania się, o co miał prawo wnioskować także kurator sądowy. Osoba chroniona była więc nie tylko kontrolowana, lecz mogła zostać nawet ukarana. Nie ulegało w tej sytuacji wątpliwości, że ceną za ochronę w postaci zakazu zbliżania się było ograniczenie jej wolności. Z powodu doznania przestępstwa ponosiła ona ujemne konsekwencje ze strony systemu wymiaru sprawiedliwości karnej, choć powinny być one udziałem wyłącznie sprawcy³⁶. Ostra krytyka sprawiła w końcu, że przyjętą regulację uznano za idącą nazbyt daleko i zmieniono³⁷.

Potrzeba zapewnienia pokrzywdzonym i świadkom odpowiedniej ochrony fizycznej w sytuacji, gdy narażeni są na akty zastraszania i odwetu ze strony

³⁶ Szerzej E. Bieńkowska, Zakaz zbliżania się do pokrzywdzonego przez skazanego odbywającego karę pozbawienia wolności w systemie dozoru elektronicznego – kontrowersyjna regulacja, (w:) *Węzłowe problemy prawa karnego, kryminologii i polityki kryminalnej. Księga pamiątkowa ofiarowana Profesorowi Andrzejowi Markowi*, pod red. V. Konarskiej-Wrzosek, J. Lachowskiego, J. Wójcikiewicza, Warszawa 2010, s. 833 i n.

³⁷ Zob. E. Bieńkowska, Nowelizacja przepisów o zakazie zbliżania się do pokrzywdzonego przez skazanego odbywającego karę pozbawienia wolności w systemie dozoru elektronicznego – czy wystarczająca?, (w:) *Teoretyczne i praktyczne problemy współczesnego prawa karnego. Księga jubileuszowa dedykowana Profesorowi Tadeuszowi Bojarskiemu*, pod red. A. Michalskiej-Warias, I. Nowikowskiego, J. Piórkowskiej-Flieger, Lublin 2011, s. 822 i n.

sprawców oraz osób z ich najbliższego otoczenia społecznego, które mogą przybrać też postać działań o charakterze przestępczym, wydaje się oczywiste. Celowi temu powinno jednak służyć wprowadzenie odpowiedniego unormowania do k.p.k. Jeśli bowiem zawiera on regulację o zatrzymaniu i przymusowym doprowadzeniu przez Policję świadka (art. 285 § 2 zdanie 1), to tym bardziej – choć oczywiście w innym miejscu, a najlepiej w rozdziale 21 pt. „Świadkowie” – powinien znaleźć się w nim przepis uprawniający sąd lub prokuratora do zastosowania środków chroniących zagrożonego pokrzywdzonego i świadka na czas czynności procesowej lub polegających na ochronie osobistej. Ta ostatnia nie może jednak być tożsama z całkowitą zmianą dotychczasowego życia osoby chronionej. Szczegółowo wszystkie te kwestie powinno regulować rozporządzenie wykonawcze Ministra Sprawiedliwości, zaś akty Komendanta Głównego Policji – precyzyjnie określać zadania Policji w tej sferze. Powinno też być oczywiste, że wszystkie działania na rzecz ochrony powinny być podejmowane w ścisłej współpracy poszczególnych służb państwowych i prywatnych, wśród których pierwszoplanowa rola musi przypadać służbom wspierania ofiar. Sytuacja pokrzywdzonych występujących w charakterze świadków i pozostałych świadków jest przy tym niejednakowa, ponieważ ci pierwsi doznali przestępstwa i z tego powodu obarczeni są balastem wcześniejszych negatywnych przeżyć. Nie mogą więc być tak samo traktowani jak osoby będące wyłącznie świadkami. O tym twórcy projektu po prostu zapomnieli.

Nie bez znaczenia jest ponadto, że w Ośrodkach Pomocy dla Osób Pokrzywdzonych Przestępstwem, które wchodzi w skład powołanej do życia przez Ministerstwo Sprawiedliwości Sieci Pomocy Ofiarom Przestępstw³⁸, funkcjonuje opiekun pokrzywdzonego, który może m.in. towarzyszyć mu w drodze na miejsce przeprowadzania określonych czynności procesowych i z powrotem³⁹. Ponadto projekt z dnia 13 marca 2014 r. przewiduje dodanie do k.p.k. – dokonującego wdrożenia art. 20 lit. c dyrektywy 2012/29/UE⁴⁰ – przepisu art. 299a, w myśl którego „Podczas czynności z udziałem pokrzywdzonego w postępowaniu przygotowawczym może być obecna osoba przez niego wskazana, jeżeli nie uniemożliwia to przeprowadzenia czynności albo nie utrudnia jej w inny sposób”. Zawsze należy zatem rozważyć, czy w konkretnym przypadku nie wystarcza ochrona takich osób zapewniana samą ich fizyczną obecnością przy pokrzywdzonym.

³⁸ Zob. bliżej J. Toporowski, Pokrzywdzeni w centrum uwagi, *Na Wokandzie* 2014, nr 20, s. 5.

³⁹ Zob. Jednolite standardy pracy z osobami pokrzywdzonymi w Ośrodkach Pomocy dla Osób Pokrzywdzonych Przestępstwem działających w ramach projektu „Sieć Pomocy Ofiarom Przestępstw”, s. 8 i n., dostępne na stronie Ministerstwa Sprawiedliwości.

⁴⁰ Szerzej o tej regulacji K. D u d k a, (w:) E. B i e ņ k o w s k a i in., *Dyrektywa... op. cit.*

Stwierdzić zatem należy, że nie wydaje się dobrym pomysłem jednakowe potraktowanie pokrzywdzonych i świadków niebędących pokrzywdzonymi, jak też wspólne odniesienie się do postępowania karnego i postępowania karno-skarbowego. Nieporozumieniem jest przyznanie prawa do weryfikowania okoliczności świadczących o zagrożeniu danej osoby i decydowania o stosowaniu ochrony przez niezwiązany z konkretną sprawą organ policyjny. Należałoby ponadto wyraźnie określić, czy projektowany system rzeczywiście ma odnosić się także do sprawców przestępstw. Jeśli tak, jest to nie do przyjęcia. Trzeba byłoby również sprecyzować, czy chodzi bardziej o ochronę świadków, czy też pokrzywdzonych, w tym także będących świadkami. W odniesieniu do tej drugiej grupy uczestników postępowania nieodzowne jest uwzględnienie wskazań dyrektywy 2012/29/UE.

Some remarks about plans for the victim and witness protection system

Abstract

Addressed herein, the topic has already been touched upon, although infrequently, by legal academics and commentators. However, the fact alone that a scientific study refers to the issue that the literature has already been concerned with can by no means render such study purposeless.

Igor Zduński

Środki zabezpieczające w projekcie nowelizacji kodeksu karnego

Streszczenie

Przygotowywana nowelizacja prawa karnego zachęca do podjęcia analizy projektowanych zmian. Środki zabezpieczające w odróżnieniu od kar i środków karnych stosuje się niezależnie od winy sprawcy, lecz z uwzględnieniem stopnia niebezpieczeństwa czynu, jakiego się dopuścił sprawca. Poszczególne środki zabezpieczające nie są bowiem karami, lecz instytucją prawa karnego materialnego o charakterze prewencyjnym.

Przed projektodawcami zmian w kodeksie karnym, kodeksie karnym wykonawczym oraz kodeksie postępowania karnego w zakresie zmian dotyczących środków zabezpieczających stoi trudne zadanie między innymi w wymiarze społecznym. Coraz mocniej akcentuje się potrzebę zmiany stosunku społeczeństwa do sprawców określanych jako „osoby stwarzające zagrożenie”. Wskazani sprawcy po opuszczeniu zakładu psychiatrycznego, a także zakładu karnego, narażeni są na silne, niekontrolowane reakcje innych osób. Społeczeństwo ma mocne poczucie zagrożenia z ich strony i wywołuje to odpowiedź w postaci agresji wobec takich sprawców, mogącej prowadzić nie tylko do zagrożenia ich poczucia bezpieczeństwa, ale także do zagrożenia ich własnego życia i zdrowia. Z pewnością projektodawcy, przedstawiciele doktryny i praktyki oczekiwaliby, aby stygmatyzacja społeczna zaczęła maleć, a w społeczeństwie kształtowała się świadomość, że sprawcy, powracając do społeczeństwa po odbyciu terapii, nie będą stanowić zagrożenia. Mam obawę, czy jednak nie będziemy mieli do czynienia z „grzechem pierworodnym” związanym z medialnym ugruntowaniem się strachu przed sprawcami opuszczającymi zakłady karne, a wciąż określanymi jako „stwarzający zagrożenie”? Ciągłe przekonywanie, jak bardzo niebezpieczna jest określona kategoria sprawców, rodzi domniemanie, że w społeczeństwie stanie się powszechną postawą opowiadająca się za tym, iż ci sprawcy nigdy nie przestaną być niebezpieczni.

Zmiany w projekcie ustawy o zmianie ustawy – Kodeks karny oraz o zmianie ustawy – Kodeks karny wykonawczy¹ polegają na odmiennym niż

¹ [Http://legislacja.rcl.gov.pl](http://legislacja.rcl.gov.pl).

dotychczas sposobie unormowania środków zabezpieczających, jak i na modyfikacji ich katalogu. Proponowane są nowe wolnościowe środki zabezpieczające, takie jak dozór Policji lub dozór kuratora czy elektroniczna kontrola miejsca pobytu. Projekt wprowadza środek zabezpieczający w postaci terapii, pod którym to pojęciem należy rozumieć zarówno psychoedukację poznawczo-behawioralną, realizowaną głównie w zakładach karnych, oraz różne formy psychoterapii, realizowane w warunkach wolnościowych, czy w końcu także farmakoterapię. Osobnym środkiem jest również terapia uzależnień rozumiana jako leczenie odwykowe, które podobnie jak terapia może być realizowana w izolacji, jak i w warunkach wolnościowych. Kolejnym, najdalej idącym środkiem zabezpieczającym jest pobyt w zakładzie psychiatrycznym. Projekt przewiduje również możliwość orzeczenia tytułem środków zabezpieczających zakazów lub nakazu określonego w art. 39 punkty 2–3, a także przepadku przedmiotów.

W projektowanym kształcie rozdziału X k.k. przewidziano rozwiązanie systemowe, polegające na określeniu:

- katalogu środków zabezpieczających (art. 93a),
- zasad stosowania środków (art. 93b),
- sprawców, wobec których można zastosować środki (art. 93c),
- czasu stosowania środków (art. 93d),
- obowiązków związanych z poszczególnymi środkami (art. 93e–93g),
- podstawy stosowania środków karnych tytułem środka zabezpieczającego (art. 99).

Z racji przyjęcia powyższego systemowego opisu normatywnego w projekcie uchyla się dotychczas obowiązujące art. 93–98 k.k. W proponowanym ujęciu przepisy proj. art. 93a–93c rządowego projektu będą ściśle ze sobą powiązane, zaś ich zakresy będą się krzyżować. Oznacza to, że każdy ze środków określonych w proj. art. 93a k.k., przy zastosowaniu zasad określonych w proj. art. 93b k.k., będzie można zastosować do każdego sprawcy określonego w proj. art. 93c k.k., na czas określony w proj. art. 93d k.k. Wyjątek wprowadzono jedynie w odniesieniu do najsurowszego ze środków, czyli orzeczenia pobytu w zakładzie psychiatrycznym, który będzie można orzec jedynie w konkretnych wypadkach².

W przewidzianym proj. art. 93b k.k. wyrażone zostają dwie podstawowe zasady obowiązujące przy stosowaniu wszystkich środków zabezpieczających. Są to zasada subsydiarności oraz zasada proporcjonalności. W myśl art. 93b § 1 proj. k.k. sąd może orzec środek zabezpieczający w postaci między innymi dozoru policji, dozoru kuratora, elektronicznej kontroli miejsca

² <http://legislacja.rcl.gov.pl>; projekt ustawy o zmianie ustawy – Kodeks karny oraz o zmianie ustawy – Kodeks karny wykonawczy, dokument nr 105055 wraz z uzasadnieniem, s. 35 (dostęp w dniu 1 kwietnia 2014 r.).

pobytu, terapii, terapii uzależnień, pobytu w zakładzie psychiatrycznym jedynie wówczas, gdy jest to konieczne, aby zapobiec ponownemu popełnieniu przez sprawcę czynu zabronionego. Zasadzie proporcjonalności odpowiada przede wszystkim katalog wymienionych środków zabezpieczających, których kolejność uwzględnia stopień dolegliwości. Warto zauważyć, że użycie przez ustawodawcę w przytoczonym powyżej unormowaniu określenia „sprawca” przesądza jednoznacznie, iż ma on zastosowanie jedynie do grupy podmiotów umieszczonych w art. 18 § 1 k.k. (sprawca pojedynczy, współsprawca, sprawca polecający). W związku z tym nie można stosować go względem niesprawczych form popełnienia przestępstwa w postaci podżegania i pomocnictwa³. W tym miejscu przypomnieć trzeba, że podżegacz i pomocnik popełniają „własne” przestępstwa i jako postaci zjawiskowe przestępstwa są one zrealizowane, w odróżnieniu od postaci sprawczych w momencie realizacji znamion tych postaci zjawiskowych, w momencie zakończenia nakłaniania lub udzielania pomocy⁴. Zasadzie proporcjonalności odpowiada też katalog wymienionych środków zabezpieczających, których kolejność uwzględnia stopień dolegliwości. Wskazany przepis w dalszej części podkreśla oczywisty, prewencyjny charakter środków zabezpieczających wprost: „aby zapobiec ponownemu popełnieniu przez sprawcę czynu zabronionego”. Ustawodawca w art. 93c proj. k.k. nieco redakcyjnie odmienił, niż czyni to w art. 93 k.k., określa katalog sprawców:

- a) popełniających czyny zabronione w stanie niepoczytalności określonej w art. 31 § 1 k.k.,
- b) popełniających przestępstwa w stanie ograniczonej poczytalności określonej w art. 31 § 2 k.k.

W rezultacie skutek regulacji jest identyczny jak w obowiązującym k.k. i zmierza do zrealizowania celów prewencji przed czynami zabronionymi pozostającymi w związku z chorobą psychiczną, zaburzeniami preferencji seksualnych, upośledzeniem umysłowym lub uzależnieniem od alkoholu lub innego środka odurzającego. Do materialnych przesłanek zastosowania środka zabezpieczającego zalicza się popełnienie przez sprawcę czynu zabronionego związanego z jego chorobą psychiczną, upośledzeniem umysłowym lub uzależnieniem od alkoholu lub innego środka odurzającego i istnienie realnej obawy przed możliwością popełnienia przez niego w takich samych warunkach kolejnego takiego czynu. Zgodnie z art. 115 § 1 k.k. czynem zabronionym jest zachowanie o znamionach określonych w ustawie karnej. Na gruncie przedmiotowego unormowania czynu zabronionego nie można utożsamiać z przestępstwem, ponieważ zawiera on w sobie jedynie jego znamiona zaliczane do strony przedmiotowej, brak mu natomiast elementu wi-

³ J. Postulski, Środki zabezpieczające jako forma reakcji karnej, GSP 2008, nr 1, s. 313.

⁴ Wyrok SA w Białymstoku z dnia 25 kwietnia 2002 r., sygn. II AKa 112/02, KZS 2002, nr 12, poz. 51.

ny⁵. Przez chorobę psychiczną należy rozumieć wywołane czynnikami organicznymi bądź czynnościowymi zaburzeniami dotyczącymi intelektu, woli lub innych aspektów życia psychicznego człowieka (np. schizofrenia, cyklofrenia, padaczka, otępienie miażdżycowe). Za upośledzenie umysłowe uważa się wrodzony niedorozwój umysłowy bądź obniżenie sprawności umysłowej wywołane urazami zewnętrznymi, które przejawia się niską sprawnością umysłową⁶. „Uzależnienie” od alkoholu lub innego środka odurzającego to stan o charakterze ciągłym i powtarzalnym, którego przejawem jest konieczność zażywania w określonych odstępach czasu przez daną osobę jednego z powyższych środków dla zachowania sprawności funkcji organizmu. Z kolei chęć zdobycia samych używek bądź środków majątkowych na ich nabycie determinuje jego bezprawną działalność. W tym miejscu należy podnieść, że rodzaj przyjmowanego środka, jak również jego ilość i częstotliwość, winny być brane pod uwagę przez sąd przed wydaniem orzeczenia w przedmiocie zastosowania środka zabezpieczającego.

Orzeczenie środka zabezpieczającego powinno mieć charakter konieczny i uzasadniony tym, że „inne środki prawne określone w tym kodeksie lub orzeczone na podstawie innych ustaw nie są wystarczające”. Wyrażona zasada subsydiarności wskazuje, iż sąd powinien rozważyć w należyty sposób, czy prawdopodobieństwo popełnienia przez sprawcę nowego czynu zabronionego może być zredukowane w drodze leczenia bez orzeczenia środka zabezpieczającego. Istnieje bowiem możliwość zastosowania środków o charakterze izolacyjnym przewidzianych w ustawie o przeciwdziałaniu narkomanii, ustawie o wychowaniu w trzeźwości i przeciwdziałaniu alkoholizmowi czy ustawie o ochronie zdrowia psychicznego. Wymagają one, w przeciwieństwie do środków zabezpieczających, zgody pacjenta lub zastępczej zgody sądu rodzinnego. Rozważyć należy także wdrożenie innych, nieizolacyjnych metod leczenia chorób psychicznych czy uzależnień (psychoterapia, działalność wychowawcza, edukacyjna, grupy wsparcia itd.). Sąd każdorazowo winien zatem ocenić ewentualną skuteczność alternatywnych środków oddziaływania. W razie orzeczenia środków zabezpieczających, niezbędne jest wykazanie w uzasadnieniu orzeczenia okoliczności wskazujących na to, że *in concreto* sięgnięcie po te środki było niezbędne, gdyż zastosowanie innych form oddziaływania byłoby niewystarczające. Do określenia zasady konieczności następuje przez dodatkową gwarancję, że elektroniczna kontrola miejsca pobytu oraz pobyt w zakładzie psychiatrycznym może nastąpić tylko przy szczególnym uzasadnieniu przewencyjnym. W myśl proj. art. 93b § 1 k.k. wymienione środki zabezpieczające w postaci

⁵ R. Góral, Praktyczny komentarz. Kodeks karny, Warszawa 2007, s. 216.

⁶ A. Grześkowiak (red.), A. Grześkowiak, M. Gałązka, R. Hałas, K. Wiak, F. Ciepły, S. Hypś, D. Szeleszczuk, Prawo karne, Wydawnictwo C. H. Beck, Warszawa 2007, s. 117.

elektronicznej kontroli miejsca pobytu oraz pobytu w zakładzie psychiatrycznym można orzec, aby zapobiec ponownemu popełnieniu przez sprawcę czynu zabronionego o znacznej społecznej szkodliwości. Z uznaniem przyjąłem rezygnację w wersji rządowego projektu z dnia 31 marca 2014 r. z przesłanki „znacznej społecznej szkodliwości” wymienionej jako podstawa zastosowania każdego środka zabezpieczającego we wcześniejszej wersji projektu z dnia 13 marca 2014 r. Akcentowanie przesłanki „znacznej społecznej szkodliwości” podnosiłoby jeszcze wyżej poprzeczkę oceny zasadności stosowania środków zabezpieczających, a pod znakiem zapytania stawiałoby ich praktyczne stosowanie wobec sprawców drobnych lub nawet średnich przestępstw, lecz często uciążliwych dla otoczenia. Nie oznacza to jednak rezygnacji z oceny stopnia społecznej szkodliwości. Przy orzekaniu środka zabezpieczającego należy uwzględnić stopień społecznej szkodliwości i wziąć go pod uwagę przy wyborze odpowiedniego do tego stopnia środka. W tym zakresie należy zwrócić uwagę na to, że nie można w żadnym razie przyjąć, że na ocenę tego czynnika ma wpływ zagrożenie ustawowe przewidziane w sankcji danego przepisu karnoprawnego. Ocena taka winna być dokonana zgodnie z wymogami art.115 § 2 k.k., tj. powinna odnosić się ściśle do okoliczności związanych z samym czynem – z jego stroną przedmiotową i podmiotową. W żadnym wypadku nie można stwierdzić, że konkretna kategoria przestępstw (np. przeciwko życiu i zdrowiu) może być z góry uznana za kategorię społecznie szkodliwą. Ocena taka winna być dokonana zawsze indywidualnie w stosunku do konkretnego popełnionego czynu zabronionego⁷. W proponowanym stanie prawnym, wobec sprawców czynów zabronionych realizujących ustawowe znamiona wykroczeń, czyli czynów społecznie szkodliwych, lecz nie w stopniu znacznym, którzy zostaną uznani za niepokrywalnych, zasadne będzie stosowanie – zamiast środków penalnych – innych form opieki medycznej. Prognozowany „znaczny stopień społecznej szkodliwości” jako podstawowa przesłanka stosowania środków zabezpieczających w postaci elektronicznej kontroli miejsca pobytu oraz pobytu w zakładzie psychiatrycznym zachęca do pytania, czy ustawodawcy chodziło o rozważania dotyczące „wysokiego” albo „bardzo wysokiego” stopnia społecznej szkodliwości?. Na to pytanie przyjdzie odpowiedzieć praktyce, gdyż sąd, stosując jakikolwiek środek zabezpieczający, a tym bardziej środki zabezpieczające w postaci elektronicznego dozoru miejsca pobytu oraz pobytu w szpitalu psychiatrycznym, zobligowany jest każdorazowo wykazać, dlaczego uznaje w konkretnej sprawie, że prognozowany stopień społecznej szkodliwości czynu zabronionego jest wyższy niż w przypadku „zwykłego” przestępstwa. Zaniechanie tego przez organ orzekający albo upozorowanie powtórzeniem słów ustawy nie jest wystarczające. Przede wszystkim sąd nie

⁷ Wyrok SN z dnia 8 grudnia 2004 r., sygn. II KK 210/04, LEX nr 155024.

możne uchylać się w tym względzie od takiej oceny, szczególnie, że środki zabezpieczające ingerują w wolność człowieka, poprzez dozór Policji lub kuratora, terapię, elektroniczny monitoring kontroli zachowania z pozbawieniem wolności włącznie w postaci przymusowego i bezterminowego umieszczenia w zakładzie psychiatrycznym. Ponadto, zapadłe orzeczenie w przedmiocie środka zabezpieczającego powinno w należyty sposób poddać się kontroli zarówno ze strony uczestników postępowania, jak i sądu odwoławczego, którzy winni mieć możliwość oceny przesłanek, jakie legły u podstaw wydanej decyzji procesowej oraz przebiegu stosowanego przy tym przez sąd rozumowania. Brak należytego uzasadnienia orzeczenia w przedmiocie zastosowania środka zabezpieczającego może być uznana bowiem za przejaw dyskrecjonalności sędziowskiej, które to zachowywanie uznać należy za rażąco sprzeczne z prawem do zaskarżenia wszelkich orzeczeń do sądu wyższej instancji⁸. Na ocenę stopnia społecznej szkodliwości czynu zabronionego nie mają wpływu kwestie związane z zagadnieniami zdrowia psychicznego sprawcy, a co za tym idzie możliwe perspektywy jego wyleczenia⁹. Poza wpływem na stopień społecznej szkodliwości, która to przesłanka decyduje w głównej mierze o wyborze adekwatnego środka zabezpieczającego, pozostaną często rozważania z opinii biegłych dla przykładu dotyczące pewnej propozycji związanej z pozytywną prognozą leczenia ambulatoryjnego podejrzanego¹⁰.

Poziom abstrakcji prowadzonych rozważań w odniesieniu do prognozowania „znacznego stopnia społecznej szkodliwości” jest wysoki, ale możliwy do przeprowadzenia przed sąd orzekający w danej sprawie z wykorzystaniem dotychczasowego orzecznictwa. Pewne obawy związane z trafnym zastosowaniem środka zabezpieczającego związane są z koniecznością wzięcia pod uwagę przy wyborze i wykonaniu środka zabezpieczającego przesłanki „ryzyka popełnienia czynu zabronionego”. Przyznam, że podobnie jak projektodawcy, bliższe jest dla mnie pojęcie „ryzyka” niż określenie „niebezpieczeństwa popełnienia czynu zabronionego” pomimo utrwalenia się takiego pojęcia w związku z terminem: „sprawca szczególnie niebezpieczny” odnoszonym do skazanych stwarzających poważne zagrożenie społeczne albo poważne zagrożenie dla bezpieczeństwa zakładu karnego¹¹. Uważam, że „niebezpieczeństwo” i „ryzyko” to dwa różne pojęcia. Jedno i drugie najogólniej oznacza możliwość (prawdopodobieństwo) wywołania pewnej zmiany w świecie zewnętrznym przez sprawcę, czyli zrealizowania ustawowych

⁸ Art. 176 ust. 2 Konstytucji RP

⁹ Postanowienie SA w Krakowie z dnia 12 listopada 2002 r., sygn. II AKz 448/02, KZS 2002, nr 11, poz. 9.

¹⁰ Postanowienie SN z dnia 17 grudnia 2010 r., sygn. V KK 383/10, Prok. i Pr. 2011, dodatek „Orzecznictwo”, nr 4, poz. 3.

¹¹ Zob. art. 88 § 1 k.k.w.

znamion czynu zabronionego. To właśnie otwarcie perspektywy na możliwość realizacji przez sprawcę czynu zabronionego wskazuje, że zarówno „niebezpieczeństwo”, jak i „ryzyko”, ujęte od strony biegłych lekarzy psychiatrów i psychologa, leży w płaszczyźnie ocen probabilistycznych. Pojęcia te, tożsame w tej płaszczyźnie, mogą wykazywać istotne różnice w innej płaszczyźnie. Moim zdaniem, „niebezpieczeństwo” jest znacznie bliżej odnoszone do zrealizowania czynu zabronionego, a w przypadku „ryzyka” stopień niepewności ma charakter dwoisty, przy którym możliwość zrealizowania znamion czynu zabronionego łączy się jednocześnie z prawdopodobieństwem jego niezrealizowania. W ten sposób, rzeczywiście, termin „ryzyko popełnienia czynu zabronionego” należy uznać za trafny i być może niewzbudzający kontrowersji w kontekście narosłych już skojarzeń związanych z określeniem „sprawcy niebezpiecznego”. Nie wdając się jednak w dłuższą terminologiczną polemikę, chciałbym podsumować, że ustalenie w opinii przez biegłych sądowych poziomu ryzyka w postaci braku ryzyka popełnienia czynu zabronionego wyłącza możliwość zastosowania jakiegokolwiek środka zabezpieczającego lub sytuacji w której, co prawda mamy do czynienia z istniejącym ryzykiem, ale które nie ma charakteru wysokiego, i wówczas wyłącza możliwość zastosowania środka zabezpieczającego w postaci umieszczenia w zakładzie psychiatrycznym.

W ten sposób projektodawca zastąpił pojęcie „wysokiego prawdopodobieństwa ponownego popełnienia czynu zabronionego” pojęciem „ryzyka”, ale wyrażam przekonanie, że dorobek orzecznictwa SN, odwołujący się do pierwszego pojęcia, zachowa swoją aktualność w praktyce sądów niższej instancji przy ocenie „ryzyka” w konkretnych sprawach. W dalszym ciągu orzeczenie chociażby daleko idącego środka w postaci pobytu w zakładzie psychiatrycznym musi charakteryzować ryzyko, które będzie graniczyć z pewnością. Samo tylko przypuszczenie, dopuszczalność możliwości popełnienia czynu zabronionego, zatem taka sytuacja, w której możliwość tę uznaje się jedynie za niewykluczoną, nie jest wystarczające¹². Dlatego też dla prawidłowej oceny „stopnia prawdopodobieństwa” popełnienia przez sprawcę ponownie czynu zabronionego, a według projektodawców oceny ryzyka, niezbędnym jest, poza specjalistyczną opinią biegłych lekarzy psychiatrów i psychologa wypowiadających się w danej kwestii, także dokonanie analizy tego prawdopodobieństwa z uwzględnieniem dotychczasowej linii życia sprawcy, jego uprzedniej karalności oraz obecnej sytuacji życiowej, połączonej z prognozowaniem możliwości zaistnienia okoliczności i warunków sprzyjających zaprzestaniu leczenia i ewentualnością popełnienia przestępstwa. Zawężenie zaś oceny wyłącznie do oceny dokonanej przez lekarzy psychiatrów i psychologa nie jest pełną oceną istniejącej prognozy ryzy-

¹² Postanowienie SA w Lublinie z dnia 7 lipca 2010 r., sygn. II AKz w 535/10, LEX nr 628247.

ka, na którą, poza stanem zdrowia sprawcy, nakładają się także inne czynniki życiowe i społeczne¹³. W tym miejscu należy podkreślić, że decyzję o zasadności stosowania środka zabezpieczającego podejmuje sąd, a nie biegli. Biegli ustalają natomiast, jaki jest stan zdrowia psychicznego sprawcy czynu zabronionego i formułują medyczną prognozę prawdopodobieństwa popełnienia przez taką osobę czynu zabronionego określonej kategorii w przyszłości. Rzeczą sądu natomiast jest zdecydowanie, czy takie ryzyko, jakie ustalają biegli, popełnienia takiego rodzaju czynu powoduje, że uznać trzeba, iż pozostawienie tej osoby na wolności grozi poważnym niebezpieczeństwem dla porządku prawnego¹⁴. Niebezpieczeństwo lub według projektodawców ryzyko ma charakter poważny, jeżeli pozostawienie sprawcy na wolności grozi realnie popełnieniem przez niego czynu zabronionego o znacznej społecznej szkodliwości¹⁵.

Często występującym w praktyce czynnikiem wskazującym na ryzyko ponownego popełnienia przez sprawcę ponownie w przyszłości czynu zabronionego o znacznej społecznej szkodliwości jest jego bezkrytyczny stosunek do własnych wcześniejszych doznań psychotycznych, nie dostrzeganie z jego strony potrzeby leczenia się i brak zamiaru leczenia się po zwolnieniu ze szpitala. W takiej sytuacji wielce prawdopodobny jest bowiem nawrót jego choroby i płynących z niej zachowań agresywnych, które mogą wywołać skutek w postaci popełnienia czynu zabronionego w stanie niepoczytalności¹⁶.

W dalszej części przepisu proj. art. 93b § 3 k.k. ustawodawca posługuje się daleko idącą drobiazgowością i wskazuje, iż orzeczenie rodzaju oraz sposobu wykonywania środka zabezpieczającego powinno być zgodne z „potrzebami i postęпами w terapii lub terapii uzależnień”. Wskazany przepis podkreśla przede wszystkim leczniczy charakter niektórych środków zabezpieczających oraz konieczność kierowania się przy ich stosowaniu wskazaniami wiedzy i praktyki z określonej dziedziny medycyny, psychiatrii, seksuologii oraz psychologii.

Zgodnie z przywołaną zasadą proporcjonalności w jednym z orzeczeń Sądu Najwyższego podkreślono, iż przed podjęciem decyzji o zastosowaniu najdalej idącego środka zabezpieczającego w postaci umieszczenia w zamkniętym zakładzie psychiatrycznym, sąd powinien przeprowadzić swego rodzaju test przez rozważenie, jaką, gdyby nie stan niepoczytalności spraw-

¹³ Postanowienie SA w Katowicach z dnia 18 kwietnia 2001 r., sygn. II AKz 180/01, Prok. i Pr. 2002, dodatek „Orzecznictwo”, nr 3, poz. 22.

¹⁴ K. Zgryzek, Postępowanie w przedmiocie zastosowania środków zabezpieczających w polskim procesie karnym, Katowice 1989, s. 126–127.

¹⁵ Uchwała SN z dnia 12 października 1972 r., sygn. VI KZP 51/72, OSNKW 1972, nr 12, poz. 183.

¹⁶ Postanowienie SA w Krakowie z dnia 6 grudnia 2000 r., sygn. II AKz 460/00, KZS 2000, nr 12, poz. 26.

cy czynu zabronionego, karę należałoby sprawcy, za popełnienie takiego czynu zabronionego, wymierzyć. Tylko w przypadku, gdy nie ma wątpliwości, że właściwą karą dla takiego sprawcy za popełnienie zarzucanego mu czynu (gdyby mógł ponosić odpowiedzialność karną) byłaby bezwzględna kara pozbawienia wolności, sąd powinien podjąć decyzję o umieszczeniu takiej osoby w zamkniętym zakładzie psychiatrycznym. W sytuacji gdyby sąd uznał, że karą adekwatną do wagi popełnionego czynu byłaby kara o charakterze wolnościowym, stosowanie tego środka zabezpieczającego mogą uzasadniać wyłącznie szczególne okoliczności tego czynu¹⁷. Czy przywołane orzeczenie SN zachowa swoją aktualność? Myślę, że dyskusja jest otwarta w tym zakresie, na ile obecny projekt kodeksu karnego pozostawia w zakresie oceny szczególnych okoliczności danego czynu zabronionego czy przestępstwa szeroki wybór właśnie sądowemu wymiarowi środków zabezpieczających.

Nie sposób przejść obojętnie obok tego, że projektodawca, we wcześniejszym projekcie rządowym z dnia 13 marca 2014 r., za enumeratywnie wymieniony rodzaj popełnionego przestępstwa przy wymierzanej bezwzględnej karze pozbawienia wolności nakładał na organ wymiaru sprawiedliwości precyzyjne prognozowanie odnośnie nie tylko co do rodzaju popełnionego przestępstwa ale również jego ustawowego zagrożenia: „jeżeli istnieje wysokie ryzyko, że sprawca popełni przestępstwo określone w rozdziale XIX, XXIII, XXV lub XXVI, zagrożone karą pozbawienia wolności, której górnej granica nie jest niższa niż 10 lat”. Kazuistyczny i nie do końca poprawny metodologicznie charakter dotyczył proj. art. 93g § 3 k.k. z dnia 13 marca 2014 r. regulującego fakultatywne orzeczenie pobytu w odpowiednim zakładzie zamkniętym wobec sprawcy z zaburzoną osobowością w razie skazania na karę co najmniej 10 lat pozbawienia wolności, karę 25 lat pozbawienia wolności lub karę dożywotniego pozbawienia wolności, jeżeli istnieje wysokie ryzyko, że popełni on przestępstwo określone w rozdziale XIX, XXIII, XXV lub XXVI, zagrożone karą pozbawienia wolności, której górnej granica nie jest niższa niż 10 lat, popełnione w związku z poważnym zaburzeniem osobowości. Należy przyjąć z uznaniem i z zadowoleniem, że projekt k.k. z dnia 31 marca 2014 r. odszedł od tego typu kazuistyki. Zdecydowanie chybiało powiązanie ryzyka za strony sprawcy z ustawowym wymiarem kary za czyny, jakich może on dopuścić się w przyszłości.

W myśl proj. art. 93g § 2 k.k., skazując sprawcę, który popełnił przestępstwo w stanie poczytalności ograniczonej określonej w art. 31 § 2 na karę pozbawienia wolności bez warunkowego zawieszenia jej wykonania, karę 25 lat pozbawienia wolności lub karę dożywotniego pozbawienia wolności, sąd orzeka pobyt w odpowiednim zakładzie psychiatrycznym, jeżeli istnieje wy-

¹⁷ Wyrok SN z dnia 5 lutego 2009 r., sygn. II KK 252/08, LEX nr 491593.

sokie ryzyko, że popełni on czyn zabroniony o znacznej społecznej szkodliwości w związku z chorobą psychiczną lub upośledzeniem umysłowym. Ponadto, zgodnie z proj. art. 93g § 3 k.k., skazując sprawcę za przestępstwo określone w art. 148, art. 156, art. 197, art. 198, art. 199 § 2 lub art. 200 § 1, popełnione w związku z zaburzeniem preferencji seksualnych na karę pozbawienia wolności bez warunkowego zawieszenia jej wykonania, karę 25 lat pozbawienia wolności lub karę dożywotniego pozbawienia wolności, sąd orzeka pobyt w odpowiednim zakładzie psychiatrycznym, jeżeli istnieje wysokie ryzyko, że skazany popełni przestępstwo przeciwko życiu, zdrowiu lub wolności seksualnej w związku z zaburzeniem preferencji seksualnych. Należy dodać, że w myśl proj. art. 93g § 4 k.k. sąd, skazując sprawcę za przestępstwo popełnione w związku z uzależnieniem od alkoholu, środka odurzającego lub innego podobnego środka na karę pozbawienia wolności bez warunkowego zawieszenia jej wykonania, karę 25 lat pozbawienia wolności lub karę dożywotniego pozbawienia wolności, może orzec pobyt w zakładzie psychiatrycznym.

Wobec powyższego pojawia się istotne praktyczne pytanie, w jaki sposób będzie dokonywana ocena wyżej wymienionego ryzyka?

Jak słusznie zauważa M. Bocheński, w ostatnich latach, między innymi w USA, Kanadzie, Wielkiej Brytanii, Nowej Zelandii, daje się zaobserwować tendencję do tworzenia i rozwijania narzędzi służących do oceny ryzyka u przestępców seksualnych w sposób jak najbardziej precyzyjny (a zarazem niemal „mechaniczny”, za pomocą rozbudowanych kwestionariuszy i algorytmów), w oparciu o najlepsze dane dotyczące specyfiki sprawców przestępstw seksualnych. Takie postępowanie ma niewiele wspólnego z początkowo dominującym w ocenie ryzyka (*risk assessment*) recydywy dokonywaniem nieustrukturyzowanej oceny klinicznej (*unstructured clinical judgement*). Wspomniane podejście polegało na sformułowaniu wniosków, w zasadniczej części, na podstawie informacji uzyskanych z przeprowadzonego ze sprawcą wywiadu. Jakkolwiek zakres branych pod uwagę informacji mógł być znaczny, to jednak faktem jest, że stawiane wnioski stanowiły *de facto* czysto subiektywną ocenę, formułowaną w zasadniczej mierze na podstawie doświadczenia osoby dokonującej oceny. Aktualnie dominujące podejście określa się natomiast mianem *purely actuarial approach*. Narzędzia badawcze tworzone przez ekspertów: praktyków i badaczy, skupiają się najczęściej na historycznych elementach, których znaczenie dla recydywy seksualnej zostało zidentyfikowane w badaniach naukowych. Wystąpienie tych czynników i ich kodowanie według ustalonych zasad pozwala obliczyć prawdopodobieństwo ponownego popełnienia przestępstwa seksualnego i sklasyfikować sprawcę w jednej z kilku kategorii ryzyka. Wśród najbardziej znanych warto wskazać na: Rapid Risk Assessment for Sex Offender Recidivism, Static-99, Risk-Matrix 2000, The Sex Offence Risk Appraisal Guide (SORAG),

The Minnesota Sex Offender Screening Tool-Revised (MnSOST-R). W dążeniu do przewyższenia ograniczeń wspomnianych narzędzi niektórzy badacze opracowali systemy klasyfikacji, które dodatkowo uwzględniały czynniki, które mogą ulegać zmianie, co miało doprowadzić do formułowania jeszcze bardziej trafnych ocen ryzyka recydywy. W podejściu określanym z kolei mianem *clinically adjusted actuarial approach* uwzględniane są dynamiczne czynniki ryzyka (ulegające zmianie, mogące zaistnieć lub zniknąć w miarę upływu czasu), z jednej strony, aby wyznaczyć wyjściowy poziom zagrożenia recydywą, z drugiej zaś, aby korygować pierwotną ocenę na podstawie wyników prowadzonych oddziaływań specjalistycznych. Warto w tym miejscu wskazać, że dokonywanie oceny i szacowania ryzyka recydywy przy użyciu przywołanych narzędzi określane jest mianem ustrukturuwanej, profesjonalnej oceny ryzyka.

Tymczasem w Polsce nie są stosowane tego rodzaju narzędzia służące do trafnej i rzetelnej oceny ryzyka recydywy wśród sprawców przestępstw, w tym w szczególności sprawców przestępstw seksualnych – brak jest ich tłumaczenia, a przede wszystkim normalizacji, co prowadzi do wniosku, że w warunkach polskich w dalszym ciągu mamy *de facto* do czynienia z nieustrukturuowaną oceną kliniczną, której trafność i rzetelność jest dalece niewystarczająca. Należy wymagać, aby ocena, czy osoba taka rzeczywiście stwarza wysokie ryzyko, dokonywana była w sposób metodologicznie poprawny, z wykorzystaniem najpełniejszej wiedzy na temat recydywy, czyli właśnie oceny zagrożenia ze strony danego sprawcy. Kryteria, na podstawie których dokonywane będą te ustalenia w toku procedury w przedmiocie uznania sprawcy za stwarzającego ryzyko, muszą być obiektywne, zaś w przypadku stosowanej w Polsce oceny klinicznej z całą pewnością takie nie są.

Warto więc postulować, aby ocena stopnia ryzyka ze strony danego sprawcy była dokonywana z uwzględnieniem najnowszego dorobku wiedzy i osiągnięć nauki w zakresie oceny ryzyka recydywy. Przy ocenie ryzyka recydywy nawet najlepsze dostępne narzędzia diagnostyczne pozwalają co najwyżej przewidywać prawdopodobieństwo popełniania zachowań o określonym charakterze, ewentualnie zachowań konkretnego rodzaju (np.: zachowania z użyciem przemocy, zachowania noszące znamiona agresji seksualnej), co jednak nie pozwala wywodzić prostego wniosku, że będzie to czym zagrożony taką, a nie inną karą pozbawienia wolności¹⁸. Mając na uwadze powyższe i bardzo cenne spostrzeżenia M. Bocheńskiego, proponowanie we wcześniejszym projekcie rządowym z dnia 13 marca 2014 r. powiązania sfery diagnostyki psychologicznej i medycznej z kategoriami

¹⁸ [Http://www.czipk.pl](http://www.czipk.pl); M. Bocheński, Populizm penalny w polskim wydaniu – rzecz o kryminologicznej problematyce ustawy o postępowaniu wobec osób stwarzających zagrożenie, e-Czasopismo Prawa Karnego i Nauk Penalnych 2004, nr 2, s. 8–11.

stricto prawnymi wydawało się w najwyższym stopniu błędne, a przede wszystkim problematyczne w perspektywie stosowania tej regulacji.

Ponadto należy zaznaczyć, iż słusznie projektodawca w proj. art. 93b § 2 k.k. wyartykułował wprost, iż sąd uchyla środek zabezpieczający, gdy dalsze jego stosowanie nie jest już konieczne. Przy tym warto podkreślić, iż właściwe byłoby określenie w przepisach wykonawczych nie tylko częstotliwości weryfikacji orzeczonego środka zabezpieczającego ale także skutków prawnych niedotrzymania przez sąd określonego terminu w postaci odstąpienia od stosowania środka zabezpieczającego. Wskazany problem pojawił się chociażby na gruncie stosowania art. 204 § 1 k.k.w. zgodnie z którym sąd, nie rzadziej niż co 6 miesięcy, a w wypadku uzyskania opinii, że dalsze pozostawianie sprawcy w zamkniętym zakładzie, w którym wykonuje się środek zabezpieczający, nie jest konieczne, bezzwłocznie orzeka w przedmiocie dalszego stosowania tego środka. W razie potrzeby sąd zasięga opinii innych biegłych. Przywołana regulacja nie ma jednak charakteru gwarancyjnego dla sprawcy, iż niedotrzymanie przez sąd powyższego terminu wywołuje skutek w postaci odstąpienia od stosowania wobec internowanego środka zabezpieczającego. W tej sytuacji prawną podstawą jego kontynuowania jest poprzednie orzeczenie o stosowaniu izolacji. Żaden bowiem sąd nie zarządził zwolnienia internowanego z zamkniętego zakładu psychiatrycznego¹⁹. W proj. art. 204 § 4 k.k.w. przewidziano, że powyższą regulację stosuje się odpowiednio, jeżeli wobec sprawcy orzeczono inny środek zabezpieczający, z tym, że sąd orzeka w przedmiocie dalszego stosowania tego środka nie rzadziej niż co 12 miesięcy. Podobne spostrzeżenia dotyczą więc pozostałych środków zabezpieczających, gdyż brak jest tutaj dla sprawcy gwarancji, iż niedotrzymanie przez sąd terminu prowadzi do skutku w postaci odstąpienia od stosowania środka zabezpieczającego. Jakże ważna jest kwestia ciągłego weryfikowania orzeczonego środka zabezpieczającego pod kątem jego współmierności, adekwatności, gdyż zgodnie z proj. art. 93b § 3 k.k. sąd może zmienić orzeczony wobec sprawcy środek zabezpieczający lub sposób jego wykonywania, jeżeli poprzednio orzeczony środek stał się nieodpowiedni. Współmierności orzekanych środków zabezpieczających ma także służyć regulacja proj. art. 93b § 4 k.k., przewidująca łączenie środków zabezpieczających, a która stanowi, że wobec tego samego sprawcy można orzec więcej niż jeden środek zabezpieczający. Co więcej, zgodnie z art. 93d § 2 proj. k.k., uchylając środek zabezpieczający w postaci pobytu w zakładzie psychiatrycznym, sąd może orzec jeden lub więcej środków zabezpieczających z katalogu środków wymienionych w proj. art. 93a § 1 punkty 1–5 k.k. Istotę stosowanych środków zabezpieczających oddaje rów-

¹⁹ Postanowienie SA w Łodzi z dnia 10 listopada 2010 r., sygn. II AKzw 597/10, Prok. i Pr. 2011, dodatek „Orzecznictwo”, nr 7–8, poz. 25.

niez treść art. 93d § 1 proj. k.k., który wskazuje, że czasu stosowania środka zabezpieczającego nie określa się z góry. Sąd, który wydał orzeczenie w pierwszej instancji, jest właściwy do orzekania w przedmiocie środków zabezpieczających na zasadach określonych w rozdziale X Kodeksu karnego a także w postępowaniu dotyczącym wykonania środków zabezpieczających, z wyjątkiem elektronicznej kontroli miejsca pobytu (proj. art. 199a § 1 i § 2 k.k.w.). Wniosek o orzeczenie, zmianę lub uchylenie środka zabezpieczającego może złożyć również dyrektor zakładu karnego, kierownik zakładu psychiatrycznego lub kierownik podmiotu leczniczego, w której sprawca odbywa terapię lub terapię uzależnień. Przed orzeczeniem, zmianą i uchyleniem środka zabezpieczającego sąd wysłuchuje: psychologa; w sprawach osób niepełnosprawnych, o ograniczonej pełnosprawności lub z zaburzeniami osobowości albo gdy sąd uzna to za wskazane – nadto lekarza psychiatrę; w sprawach osób z zaburzeniami preferencji seksualnych – biegłego psychologa, lekarza psychiatrę oraz lekarza seksuologa lub psychologa seksuologa; w sprawach osób uzależnionych, jeżeli sąd uzna to za wskazane – biegłego w przedmiocie uzależnienia (proj. art. 199 b § 1 – § 2 k.k.w.). W myśl proj. art. 199b § 4 k.k.w. można pozostawić bez rozpoznania wnioski o zmianę lub uchylenie środka zabezpieczającego, jeżeli od wydania poprzedniego orzeczenia w tym przedmiocie upłynęło mniej niż 6 miesięcy, a wnioskodawca nie wskazał nowych okoliczności, mających znaczenie dla rozstrzygnięcia.

Warto zauważyć, że k.k.w. w przywołanym proj. art. 199b § 2 przewiduje na etapie wykonawczym wysłuchanie lekarza psychiatry, a nie lekarzy psychiatrów. Warunek wysłuchania lekarzy psychiatrów przed wydaniem orzeczenia w przedmiocie środka zabezpieczającego został umieszczony w art. 324a k.p.k. Na etapie wykonawczym wprowadza się obowiązek wysłuchania jednego lekarza psychiatry, co wynika z faktu, że w większości wypadków będzie to już kolejna opinia psychiatryczna w sprawie. Ponadto, na tym etapie nie jest już możliwe orzeczenie izolacyjnych środków zabezpieczających. Pod pojęciem „wysłuchania” należy rozumieć czynność procesową, w trakcie której obecni na posiedzeniu biegły psychiatra i biegły psycholog wydadzą ustne opinie w przedmiocie istnienia *in casu* ustawowych przesłanek dotyczących stosowania środków zabezpieczających. W szczególności wypowiedź psychiatry powinna dotyczyć zdiagnozowanych u sprawcy schorzeń psychiatrycznych i sposobów ich leczenia, natomiast psychologa – prognozy społeczno-kryminologicznej jego dotyczącej²⁰. Nie jest wystarczające złożenie opinii przez biegłych wyłącznie na piśmie, który kategorycznie formułuje wymóg złożenia przez biegłych opinii ustnej przed sądem²¹. Zaniechanie

²⁰ J. K. Gierowski, *Psychiatria sądowa w Polsce – aktualny stan i perspektywy*, Palestra 2003, nr 7–8, s. 104.

²¹ Wyrok SN z dnia 27 lutego 2008 r., sygn. IV KK 20/08, LEX nr 354825.

przez sąd w jakiejkolwiek formie wysłuchania biegłych psychiatry i psychologa, a następnie orzeczenie o zastosowaniu środka zabezpieczającego stanowi rażące naruszenie prawa, które zawsze ma istotny wpływ na treść orzeczenia. Brak przeprowadzenia tych dowodów na rozprawie nie pozwala między innymi na jednoznaczne stwierdzenie, czy umieszczenie sprawcy w zakładzie psychiatrycznym jest konieczne, by zapobiec ponownemu popełnieniu przez niego czynu zabronionego związanego np. z zaburzeniem osobowości.

Projektodawca słusznie przewidział możliwość zastosowania wobec osób, w stosunku do których stosuje się środki zabezpieczające, swoistej probacji i zwolnień warunkowych. Rozwiązanie to pozwala również bardziej prawidłowo ocenić stopień zagrożenia społecznego. Mianowicie, zgodnie z proj. art. 93d § 4 k.k., środki zabezpieczające w postaci dozoru Policji, dozoru kuratora, elektronicznej kontroli miejsca pobytu, terapii, terapii uzależnień można orzec również do czasu wykonania kary pozbawienia wolności. W myśl art. 93d § 3 – § 5 sąd ustala potrzebę i możliwości wykonania orzeczonego środka zabezpieczającego nie wcześniej niż na 6 miesięcy przed przewidywanym warunkowym zwolnieniem lub odbyciem kary pozbawienia wolności. Sąd może orzec środek zabezpieczający w trakcie wykonania kary pozbawienia wolności, jednak nie wcześniej niż na 6 miesięcy przed przewidywanym warunkowym zwolnieniem lub odbyciem kary pozbawienia wolności. Jeżeli sprawca został skazany na karę pozbawienia wolności bez warunkowego zawieszenia jej wykonania, karę 25 lat pozbawienia wolności lub karę dożywotniego pozbawienia wolności, środek zabezpieczający stosuje się po odbyciu kary lub warunkowym zwolnieniu, chyba że ustawa stanowi inaczej. Przywołana regulacja odpowiednio wpisuje się w założenia prawa penitencjarnego, które przewiduje, że w okresie przed spodziewanym wyjściem skazanego na wolność przewidziana jest szczególnie intensywna praca z więźniami. Ma to miejsce w sytuacji zarówno odbycia całej kary pozbawienia wolności, jak i w następstwie zastosowania warunkowego przedterminowego zwolnienia z odbycia reszty kary. Zdecydowane zaakcentowanie ważności okresu przeznaczonego na intensywne przygotowanie więźniów do życia na wolności znajdziemy w Regułach Minimum ONZ (Reg. 80–81) oraz w Europejskich Regułach Więziennych (Reg. 70; Reg. 87–89). Istotny okres readaptacji więźniów został również uwzględniony w k.k.w. Zgodnie z art. 164 § 1 k.k.w., intensywna praca z więźniami – mająca ułatwić im proces readaptacji społecznej – może być wdrożona na 6 miesięcy przed przewidywanym warunkowym zwolnieniem lub na 6 miesięcy przed wykonaniem kary. W przypadku skazanych, co do których będzie po wykonaniu kary pozbawienia wolności wykonywany środek zabezpieczający, mamy w istocie do czynienia z readaptacją dozorowaną polegającą na konieczności monitorowania oceny stopnia zagrożenia społecznego ze strony sprawcy. Charak-

ter środków zabezpieczających w postaci dozoru Policji, dozoru kuratora, elektronicznej kontroli miejsca pobytu, terapii, terapii uzależnień, z pewnością nie ogranicza możliwości i skutecznej readaptacji. Niewątpliwie, zagwarantowana jest możliwość objęcia sprawcy, wobec którego wykonywany jest środek zabezpieczający, odpowiednim postępowaniem leczniczym, psychotherapeutycznym, rehabilitacyjnym lub resocjalizacyjnym, którego celem jest poprawa stanu jego zdrowia i zachowania w stopniu umożliwiającym funkcjonowanie w społeczeństwie. Oczekiwane jest jak najszersze wykorzystanie kontaktów z różnymi instytucjami społecznymi mogącymi pomóc skazanym w przygotowywaniu warunków dla skutecznej readaptacji, takimi jak: kościoły, związki wyznaniowe, organizacje społeczne, stowarzyszenia, fundacje oraz osoby godne zaufania. W okresie poprzedzającym zwolnienie skazany powinien w miarę możliwości odbywać karę w zakładzie karnym położonym najbliżej przyszłego miejsca pobytu²². Wskazana regulacja stwarza możliwości realizowania potrzeby nawiązania kontaktu ze środowiskiem i rodziną, z których wywodzi się skazany, co ułatwia proces readaptacji społecznej oraz stworzenia możliwości uczestniczenia osób bliskich przy postępowaniu leczniczym, psychotherapeutycznym, rehabilitacyjnym. Często wsparcie ze strony osób bliskich przyspiesza i uskutecznia leczenie, psychoterapię i rehabilitację. Warto podkreślić, iż przed opuszczeniem zakładu karnego ogromną rolę odgrywają kuratorzy penitencjarni. Rola kuratorów nabiera jeszcze większego znaczenia zwłaszcza przy nowym środku zabezpieczającym w postaci dozoru kuratora. Jak podkreśla się w literaturze penitencjarnej, wśród licznych podmiotów, które ustalają ze skazanym zakres niezbędnej pomocy w społecznej readaptacji i sposób jej udzielenia, należy wymienić również kuratorów penitencjarnych, z którymi łatwo powinien nawiązać kontakt każdy z osadzonych. Jak słusznie podkreśla H. Machel, kurator ten ustala, niezależnie od wychowawców i psychologów więziennych, potrzeby zwalnianych więźniów i wspólnie z nimi ustala sposób uzyskania tej pomocy, zaś akcentując ich osobistą aktywność, uzyskuje od nich deklaracje na temat realizacji powziętych postanowień. Mogą one dotyczyć zarejestrowania się i odwiedzania urzędów pracy, pomocy społecznej, zapisania się do wolnościowych grup AA lub innych grup terapeutycznych. Kuratorzy penitencjarni zawiązują z więźniami rodzaj kontraktu na realizację przez nich przemyślanych, indywidualnie zaprogramowanych postanowień. Takie działania, poprzedzające wykonywanie środka zabezpieczającego w postaci dozoru kuratora, mogą stanowić istotne wprowadzenie w realia wykonywanego środka zabezpieczającego i wykorzystania wcześniej zbudowanej prawidłowej relacji pomiędzy kuratorem a skazanym. W myśl proj. art. 93e § 1 k.k. sprawca, wobec którego orzeczono dozór kuratora, ma obowiązek umożliwić

²² Art. 165 § 1 k.k.w.

kuratorowi wstęp do swojego miejsca pobytu, okazać mu na żądanie dokument stwierdzający tożsamość oraz udzielać mu żądanych wyjaśnień i informacji. Dozór jest sprawowany przez sądowego kuratora zawodowego.

Nowatorskim rozwiązaniem projektodawcy jest także kolejny środek zabezpieczający w postaci dozoru Policji. Zgodnie z proj. art. 93e § 2 k.k., orzekając dozór Policji, sąd nakłada na sprawcę obowiązek stawiennictwa we właściwej jednostce organizacyjnej Policji z dokumentem stwierdzającym tożsamość w odstępach czasu wskazanych przez sąd, nie rzadziej jednak niż raz w tygodniu, oraz obowiązek każdorazowego informowania jednostki Policji wykonującej dozór o zmianie miejsca stałego pobytu, miejsca zatrudnienia, imienia i nazwiska, a także o terminach i miejscach wyjazdów. W myśl art. 93e § 4, sąd może orzec dozór Policji na czas do rozpoczęcia wykonywania kolejnego, nowego środka zabezpieczającego w postaci elektronicznej kontroli miejsca pobytu. Orzekając elektroniczną kontrolę miejsca pobytu, sąd nakłada obowiązek poddania się przez sprawcę nieprzerwanej kontroli miejsca pobytu sprawcy za pomocą urządzeń technicznych, w tym noszonego przez sprawcę nadajnika.

System dozoru elektronicznego przestaje być wyłącznie kojarzony z systemem wykonywania kary pozbawienia wolności, gdyż staje się także systemem, który może łączyć się z wykonywaniem środków karnych, a także środków zabezpieczających. Projektodawca przewidział rozdział VIIa zatytułowany „System dozoru elektronicznego”, gdzie zgodnie z proj. art. 43a § 1 k.k.w. kary, środki karne i środki zabezpieczające, których wykonanie łączy się z zastosowaniem dozoru elektronicznego, wykonuje się według przepisów niniejszego rozdziału. Należy w tej mierze wykorzystać dotychczasowe doświadczenie płynące z wykonywania kary pozbawienia wolności w systemie dozoru elektronicznego, wykonywanej u boku osób bliskich. Wpływ warunków wolnościowych przy odbywanej karze pozbawienia wolności jest tutaj niewątpliwie ogromnym walorem readaptacji społecznej osoby skazanej. Podobnie, wykonywanie środka zabezpieczającego w takich warunkach z jednej strony nosi ze sobą elementy prewencji, ale z drugiej może mieć walory psychoterapeutyczne prowadzące do szybszych postępów wychodzenia z zaburzeń psychicznych, nałogów, uzależnień. Charakter wskazanego środka zabezpieczającego pozwala na podtrzymanie więzów rodzinnych, zwłaszcza wtedy, kiedy funkcjonowanie jednego z członków rodziny wymaga terapii. Kontrola zachowania osoby, wobec której orzeczono wymieniony środek zabezpieczający, będzie realizowana przy użyciu aparatury monitorującej, czyli urządzeń elektronicznych oraz instalacji i systemów, które zawierają służące tej kontroli podzespoły elektryczne lub elektroniczne. Monitorowanie miejsca pobytu skazanego może dotyczyć nie tylko obowiązku pozostawania w miejscu stałego pobytu, ale przy przewidzianej przez projekt k.k. możliwości łączenia środków zabezpieczających może także do-

tyczyć orzeczonego tytułem środka zabezpieczającego zakazu zbliżania się do określonej osoby. W myśl proj. art. 43 c § 1 k.k.w., środki zabezpieczające w systemie dozoru elektronicznego wykonuje się jako dozór zbliżeniowy lub mobilny. Dozór mobilny oznacza bieżącą kontrolę miejsca pobytu skazanego, niezależnie od tego, gdzie skazany przebywa (proj. art. 43b § 3 pkt 2 k.k.w.). Dozór zbliżeniowy polega na kontrolowaniu zachowania przez skazanego określonej odległości od osoby wskazanej przez sąd (proj. art. 43b § 3 pkt. 3 k.k.w.). W celu zapewnienia optymalnego oddziaływania na osoby, wobec których sprawowany jest dozór, oraz zastosowania właściwej metody kontroli tych osób w art. 169b § 1 k.k.w. projektodawca ustalił trzy grupy ryzyka powrotu do przestępstwa: grupa obniżonego ryzyka (A), grupa podstawowa (B), grupa podwyższonego ryzyka (C). Warto zauważyć, iż do grupy podwyższonego ryzyka (C) kwalifikuje się osoby uzależnione, skazane za przestępstwo pozostające w związku z używaniem alkoholu, środka odurzającego lub substancji psychotropowej; skazanych za przestępstwa przeciwko wolności seksualnej lub obyczajności na szkodę małoletniego, a także za przestępstwa przeciwko wolności seksualnej popełnione w związku z zakłóceniem czynności psychicznych o podłożu seksualnym innym niż choroba psychiczna; skazanych z zaburzeniami psychicznymi, jeżeli zaburzenia te miały związek z popełnieniem przestępstwa. W myśl proj. art. 93d § 6 k.k., jeżeli zachowanie sprawcy po uchyleniu środka zabezpieczającego wskazuje, że zachodzi konieczność stosowania środków zabezpieczających, sąd, nie później niż w ciągu 3 lat od uchylenia środka, może ponownie orzec ten sam lub inny środek zabezpieczający, o którym mowa w proj. art. 93a § 1 punkty 1–5 k.k. Poprzednia wersja rządowego projektu z dnia 13 marca 2014 r. przewidywała w przytoczonym przepisie, obok ponownego orzeczenia tego samego lub innego środka zabezpieczającego, również możliwość orzeczenia tytułem środka zabezpieczającego określonego nakazu lub zakazu zajmowania określonego stanowiska, wykonywania określonego zawodu lub prowadzenia określonej działalności gospodarczej, zakazu prowadzenia działalności związanej z wychowaniem, leczeniem, edukacją małoletnich lub z opieką nad nimi, zakazu wstępu na imprezę masową, zakazu wstępu do ośrodków gier i uczestnictwa w grach hazardowych, zakazu prowadzenia pojazdów, nakazu opuszczenia lokalu zajmowanego wspólnie z pokrzywdzonym. Późniejsza wersja projektu k.k. z dnia 31 marca 2014 r. znacznie ograniczyła możliwość orzekania powyższych środków do wypadków przewidzianych w ustawie. W myśl art. 93a § 2 proj. k.k., jeżeli ustawa tak stanowi, tytułem środka zabezpieczającego można orzec nakaz i zakazy określone w art. 39 punkty 2–3. Projektowany art. 99 § 1 k.k. przewiduje możliwość ich orzeczenia wobec sprawcy, który dopuścił się czynu zabronionego w stanie niepoczytalności określonej w art. 31 § 1.

Wśród wymienionych zakazów, proj. art. 39 § 1 pkt 2b k.k. przewiduje zmianę dotychczasowego brzmienia art. 39 pkt 2b k.k., który brzmi: „obowiązek powstrzymania się od przebywania w określonych środowiskach lub miejscach, zakaz kontaktowania się z określonymi osobami, zakaz zbliżania się do określonych osób lub zakaz opuszczania określonego miejsca pobytu bez zgody sądu” na bardziej kateryczne sformułowanie w brzmieniu: „zakaz przebywania w określonych środowiskach lub miejscach, kontaktowania się z określonymi osobami, zbliżania się do określonych osób lub opuszczenia określonego miejsca pobytu bez zgody sądu”. W ten sposób nie ma już „obowiązku”, ale jest katerycznie sformułowany „zakaz”. Ponadto, w myśl proj. art. 39 pkt 2e k.k., sąd może orzec nakaz okresowego opuszczenia lokalu zajmowanego wspólnie z pokrzywdzonym. Projekt, tak jak do tej pory czyni k.k., przewiduje także możliwość orzeczenia tytułem środka zabezpieczającego przepadku. W ten sposób utrzymany został fakultatywny („sąd może orzec”) charakter nakazu, zakazów oraz przepadku. Odpowiada to ogólnej charakterystyce środków zabezpieczających, których orzeczenie w konkretnej sprawie uzależnione jest od spełnienia ogólnych opisanych powyżej przesłanek. Projektodawca w odniesieniu do zakazów wyraził wprost w proj. art. 99 § 2 k.k., że zakazy orzeka się bez określenia czasu ich obowiązywania; sąd uchyla je, jeżeli ustały przyczyny ich orzeczenia. Projektodawca przyjął, że podobnie jak przepadek, orzeczenie nakazu opuszczenia lokalu zajmowanego wspólnie z pokrzywdzonym ma charakter jednorazowy, a nie rozciągnięty w czasie. Warto zauważyć, że projektodawca umożliwił w postępowaniu wykonawczym w proj. art. 183a § 1 k.k.w., jeżeli nie uczyniono tego w wyroku, możliwość określenia odstępów czasu, w jakich skazany ma zgłaszać się do Policji lub innego wyznaczonego organu, a także możliwość wskazania odległości od osób chronionych zakazem zbliżania się do nich oraz określenia terminu wykonania nakazu okresowego opuszczenia lokalu zajmowanego wspólnie z pokrzywdzonym. Odpis wyroku sąd przesyła jednostce Policji, a także odpowiedniemu organowi administracji rządowej lub samorządu terytorialnego, właściwemu dla miejsca pobytu skazanego, a nadzór nad wykonywaniem tego wyroku powierza się zawodowemu kuratorowi sądowemu (proj. art. 181a § 1 i § 2 k.k.w.).

Kolejnymi środkami zabezpieczającymi są terapia oraz terapia uzależnień. Projektowany art. 93f § 1 k.k. reguluje obowiązki związane z terapią, zaś § 2 dotyczy obowiązku stawiennictwa w placówce prowadzącej leczenie odwykowe i poddania się mu. Projekt rozróżnia farmakoterapię od postępowania terapeutycznego, które może przybrać postać od psychoedukacji po zaawansowaną terapię kliniczną. Przepis określa cel terapii, jakim jest osłabienie popędu psychoseksualnego w przypadku farmakoterapii oraz poprawa funkcjonowania sprawcy w społeczeństwie, w przypadku oddziaływań psychoterapeutycznych. Jakkolwiek sąd ma swobodę wyboru środka, to nie

wiąże lekarza, psychologa lub psychoterapeuty konkretnymi wskazaniami co do metody postępowania.

Projektowany art. 93g k.k. dotyczy izolacyjnego środka zabezpieczającego w postaci pobytu w zakładzie psychiatrycznym i nakłada na sąd obowiązek orzeczenia takiego pobytu wobec sprawcy niepoczytalnego, jeżeli istnieje wysokie ryzyko, że popełni on czyn zabroniony o znacznej społecznej szkodliwości. Wskazaną regulacją objęte są osoby, których niepoczytalność wynika z choroby psychicznej lub upośledzenia umysłowego. Projektodawca, podobnie jak ma to miejsce w obecnym stanie prawnym, nie wprowadził możliwości orzekania pobytu w zakładzie psychiatrycznym wobec osób, których niepoczytalność *tempore criminis* była skutkiem innego zakłócenia czynności psychicznych. Warto zauważyć, że inne zakłócenie czynności psychicznych, o którym mowa w art. 31 § 1 k.k., ma nieraz charakter fizjologiczny, albo jest skutkiem takich zaburzeń ośrodkowego układu nerwowego, które nie są zaburzeniami psychicznymi. Pod tym pojęciem rozumie się zatem nie tylko zaburzenia psychiczne *sensu stricto*, ale też silne emocje, toksemię, skrajne zmęczenie organizmu, zaburzenia neurohormonalne, patologiczne upojenie alkoholowe, odurzenie, także środkami psychotropowymi i narkotycznymi, hipnozę, stany halucynacji, stany pośpiączkowe i po zapaleniu opon mózgowych, zamroczenie wywołane wysoką gorączką albo na tle padaczki czy odurzenie senne, a także zakłócenia będące skutkiem chorób organicznych. Nie ma zatem racjonalnych podstaw, aby stosować najsurowszy środek zabezpieczający wobec osób, których niepoczytalność wynikała z takich przyczyn, tym bardziej, że przyczyny te nie będą się poddawać leczeniu psychiatrycznemu. Projekt przewiduje natomiast możliwość stosowania wobec takich osób wolnościowych środków zabezpieczających.

Regulacja zawarta w proj. art. 93g § 2 k.k. stanowi realizację dawno zgłaszanego postulatu wprowadzenia możliwości orzekania izolacyjnego środka zabezpieczającego wobec sprawcy działającego z ograniczoną poczytalnością, o której mowa w art. 31 § 2 k.k. Na tej podstawie sąd uzyskuje możliwość orzeczenia kary izolacyjnej i zarazem izolacyjnego środka zabezpieczającego, który będzie stosowany przed rozpoczęciem wykonywania kary, podczas przerwy w wykonywaniu tej kary lub po jej wykonaniu (proj. art. 202a § 1 k.k.w.). Zgodnie z proj. art. 93g § 2 – § 4 k.k. orzeczenie tego środka zabezpieczającego będzie możliwe wobec sprawców skazanych na karę pozbawienia wolności bez warunkowego zawieszenia jej wykonania, karę 25 lat pozbawienia wolności lub karę dożywotniego pozbawienia wolności, jeżeli istnieje wysokie ryzyko, że popełnią czyny zabronione w związku z chorobą psychiczną lub upośledzeniem umysłowym, czy przestępstwa przeciwko życiu, zdrowiu lub wolności seksualnej w związku z zaburzeniem preferencji seksualnych lub przestępstwa popełnionego w związku z uzależnieniem od alkoholu, środka odurzającego lub innego podobnego środka.

Przepisy w proj. art. 200 § 1 k.k.w. definiują pojęcie zakładu psychiatrycznego rozumianego jako podmiot leczniczy udzielający świadczeń opieki zdrowotnej w zakresie opieki psychiatrycznej. Utrzymany został podział na zakłady psychiatryczne zorganizowane jako zakłady dysponujące warunkami: podstawowego zabezpieczenia, wzmocnionego zabezpieczenia oraz maksymalnego zabezpieczenia. Projekt w art. 201 § 1a k.k.w. określa zadania komisji psychiatrycznej do spraw środków zabezpieczających, do której należy:

- wydawanie opinii dla właściwych sądów lub innych uprawnionych instytucji w sprawie przyjmowania, wypisywania lub przenoszenia sprawców, wobec których orzeczono wykonywanie środka zabezpieczającego w zakładach psychiatrycznych,
- analiza dostępnej dokumentacji, w tym dokumentacji medycznej,
- analiza informacji o licznie dostępnych miejsc w zakładach psychiatrycznych przeznaczonych do wykonywania środków zabezpieczających,
- wizytacja i ocena zakładów psychiatrycznych dysponujących warunkami podstawowego, wzmocnionego i maksymalnego zabezpieczenia, w których realizowany jest środek zabezpieczający.

Wykonując orzeczenie o zastosowaniu środka zabezpieczającego związanego z umieszczeniem w zamkniętym zakładzie psychiatrycznym, sąd, po zasięgnięciu opinii komisji psychiatrycznej do spraw środków zabezpieczających, określa rodzaj zakładu i przesyła odpis orzeczenia wraz z poleceniem doprowadzenia sprawcy właściwemu ze względu na miejsce pobytu sprawcy kierownikowi podmiotu leczniczego wykonującego działalność leczniczą w rodzaju stacjonarne i całodobowe świadczenia zdrowotne, właściwej jednostce Policji lub właściwemu organowi wojskowemu, a odpis orzeczenia i polecenie przyjęcia – kierownikowi właściwemu zakładowi. Kierownik podmiotu leczniczego jest zobowiązany do zorganizowania transportu sanitarnego sprawcy do zamkniętego zakładu psychiatrycznego (proj. art. 201 § 2 k.k.w.).

Wobec sprawcy umieszczonego w zamkniętym zakładzie psychiatrycznym można stosować środki przymusu bezpośredniego na zasadach, w trybie i w sposób określony w przepisach o ochronie zdrowia psychicznego (proj. art. 204a k.k.w.). Ponadto, sprawcy przebywającemu co najmniej 6 miesięcy w zamkniętym zakładzie psychiatrycznym, dysponującym warunkami podstawowego zabezpieczenia, można udzielić zezwolenia na czasowy pobyt poza zakładem pod opieką członka rodziny lub osoby godnej zaufania, jeżeli jest to uzasadnione względami terapeutycznymi lub ważnymi względami rodzinnymi, zaś niebezpieczeństwo, że sprawca przebywający poza zakładem dopuści się czynu zabronionego lub zagrazi własnemu życiu lub zdrowiu, jest nieznaczące. Zezwolenia udziela się na okres nieprzekraczający 3 dni. W wyjątkowych, szczególnie uzasadnionych wypadkach można udzielić zezwolenia na okres nieprzekraczający 7 dni. Zezwolenia udziela

kierownik zakładu po uzyskaniu opinii lekarza prowadzącego, zaś o udzieleniu zezwolenia kierownik zakładu niezwłocznie informuje sąd. Projektowane przepisy w tym zakresie wprowadzają rewolucyjną zmianę. Obecnie, zgodnie z art. 141a k.k.w., nie istnieje możliwość wydania internowanemu zezwolenia na opuszczenie zamkniętego zakładu psychiatrycznego i udzielenia przerwy w wykonaniu środka zabezpieczającego.

Jak podkreślono w jednym z orzeczeń SN, ustawodawca celowo zaniechał regulacji prawnej co do możliwości stosowania wobec osób internowanych tytułem określonego w art. 94 § 1 k.k. środka zabezpieczającego przerw w toku ich wykonywania, gdyż wynika to wprost z jego funkcji prewencyjnej, tj. ochronnej społeczeństwa przed osobami stanowiącymi poważne niebezpieczeństwo dla porządku prawnego²³. Projektowane zmiany przewidują, że jeśli sprawca nie powróci do zakładu, z upływem okresu, na który udzielono zezwolenia, można udzielić ponownego zezwolenia na czasowy pobyt poza zakładem nie wcześniej niż po upływie roku od powrotu sprawcy do zakładu. Sprawcy, który przebywając poza zakładem dopuścił się czynu zabronionego lub zagroził własnemu życiu lub zdrowiu, nie udziela się ponownego zezwolenia na czasowy pobyt poza zakładem (art. 204d § 1 – § 6 proj. k.k.). Orzekając o zwolnieniu z zakładu psychiatrycznego, sąd, w razie stwierdzenia, że zachodzą przesłanki do przyjęcia sprawcy do domu pomocy społecznej w rozumieniu ustawy z dnia 19 sierpnia 1994 r. o ochronie zdrowia psychicznego (Dz. U. z 2011 r., Nr 231, poz. 1375), zawiadamia o tym właściwy organ do spraw pomocy społecznej (proj. art. 204 § 3 k.k.w.).

Prewencja powrotności do przestępstwa lub czynu zabronionego i możliwość inkluzji społecznej sprawców osadzonych w zakładach karnych lub umieszczonych w zamkniętych szpitalach psychiatrycznych wymagają intensywnych działań propagujących człowieczeństwo takich sprawców. Niezbędnym elementem włączenia opuszczających zakłady karne oraz zamknięte zakłady psychiatryczne do społeczeństwa jest zmiana ich wizerunku w percepcji społecznej. Przy środkach zabezpieczających problematyka readaptacji i resocjalizacji często towarzyszy problematyce leczenia. Tymczasem, bez społecznej tolerancji i akceptacji, bez wsparcia i pomocy społeczeństwa oraz osób najbliższych, wszelkie działania resocjalizacyjne oraz lecznicze, terapeutyczne i psychokorekcyjne są skazane na niepowodzenie²⁴. Należy w tym miejscu przywołać za A. Bałandynowiczem słowa Jana Pawła II, który powiedział do przestępców w Płocku: „Jesteście przestępcami, ale nie jesteście ludźmi potępionymi”. Papież wskazał na wartość etyczną każdego człowieka. Poprzez wysiłek resocjalizacyjny i pracę własną przestępcy mogą wyjść z roli dewianta i stać się osobami cieszącymi się za-

²³ Postanowienie SN z dnia 28 września 2006 r., sygn. I KZP 23/06, OSNKW 2006, nr 11, poz. 100.

²⁴ A. Jaworska, *Leksykon...*, s. 348–349.

ufaniem społecznym. Mówimy wówczas o procesie destygmatyzacji. Zjawisko destygmatyzacji – odrzucenia stygmy, to jest proces reagowania społeczeństwa na osoby będące dewiantami, które naruszają dobro wspólne. Społeczeństwo powinno nakładać stygmę, ale powinno się też nauczyć ją zdejmować. Stygmatyzacja nie powinna być trwała, nie może mieć charakteru nakładania barbarzyńskich kar, nie może naruszać godności człowieka, być hańbiącą i odbierać człowiekowi szanse na zmianę stylu życia. Proces destygmatyzacji powinien więc być wolny od tych działań niepożądanych – karzących i restryktywnych, od działań niehumanitarnych i odwetowych²⁵. W proces destygmatyzacji niewątpliwie wpisują się między innymi działania zmierzające do ilościowego poszerzenia katalogu wolnościowych środków zabezpieczających.

Measures of protection in the draft amendment to the Penal Code

Abstract

The amendment to criminal law, which amendment is currently being prepared, encourages examining proposed changes. Unlike punishments and penal measures, measures of protection apply irrespective of a perpetrator's fault but with due consideration given to a degree of harm caused by the perpetrator's act. This is because specific measures of protection are not intended as punishment but a substantive criminal law instrument of prevention.

²⁵ S. Sobczak, Światopogląd i pedagogika, Opieka–Wychowanie–Terapia 2007, nr 3–4, s. 71–72; podano za: A. Bałandynowicz, Probacja..., s. 252.

Magdalena Kowalewska

Przestępstwa z zapomnienia

Streszczenie

Artykuł porusza problematykę tzw. przestępstw z zapomnienia. Autorka przywołuje w nim podstawowe ustalenia z zakresu psychologii dotyczące mechanizmu zapominania oraz dokonuje przeglądu i weryfikacji dotychczasowych poglądów doktryny na kwestię przestępstw będących efektem zapomnienia. Artykuł stanowi również próbę udzielenia odpowiedzi na pytanie o możliwy kształt strony podmiotowej przestępstw z zapomnienia.

Problematyka tzw. przestępstw z zapomnienia nie była i nadal nie jest przedmiotem szczególnej uwagi nauki prawa karnego. Poza niepublikowaną rozprawą dokorską M. Król-Bogomilskiej i kilkoma opracowaniami artykułowymi¹ brak jest szerszego zainteresowania kwestią czynów zabronionych popełnianych na skutek zapomnienia. Sytuacja taka może budzić zdziwienie przede wszystkim ze względu na fakt, że w funkcjonowaniu człowieka proces zapominania jest powszechny i przypuszczać można, że dość często stanowi przyczynę popełnienia nieumyślnego czynu zabronionego². W czasach, w których przyszło nam żyć – wymagających szybkiego podejmowania decyzji, elastyczności, selektywności i podzielności uwagi, towarzyszącego nam permanentnie przeciążenia informacyjnego, mechanizm zapominania jawi się wręcz jako adaptacyjny i nieodzowny dla normalnego funkcjonowania³. Wydaje się więc, że warto pochylić się nad problematyką tzw. prze-

¹ Zob. M. Król-Bogomilska, Psychologiczne przesłanki odpowiedzialności karnej za przestępstwa z zapomnienia, *Państwo i Prawo* 1976, nr 12, s. 112–120; tejże, Odpowiedzialność karna za przestępstwa popełnione wskutek zapomnienia, *Zeszyty Naukowe Instytutu Badań Prawa Sądowego* 1979, nr 12, s. 62–78; W. Wolter, Oceny prawnokarne zapomnienia, *Państwo i Prawo* 1985, nr 5, s. 43–45; A. Chmiel, Kilka uwag o tzw. przestępstwach z zapomnienia, *Palestra* 1991, nr 3–4, s. 10–14 i B. Bielski, Gdy sąd słyszy „nie pamiętam”, *Prokuratura i Prawo* 2005, nr 2, s. 129–138. Przy czym ostatnie ze wskazanych opracowań traktuje o zapomnieniu przede wszystkim w kontekście zeznań świadków w procesie karnym, zaś do przestępstw z zapomnienia odnosi się jedynie marginesowo.

² Zob. W. Wolter, *Oceny...*, *op. cit.*, s. 43.

³ Por. A. Chmiel, *Kilka...*, *op. cit.*, s. 10 i M. Król-Bogomilska, *Odpowiedzialność...*, *op. cit.*, s. 62. Warto też zwrócić uwagę, że obecny postęp naukowo-techniczny i cywilizacyjny prowadzi do zwiększania się ilości i wagi przestępstw popełnianych nieumyślnie w ogóle – por. T. Kaczmarek; J. Giezek, Przestępstwo z niedbalstwa jako wynik deficytu informa-

stępstw z zapomnienia raz jeszcze. Niniejszy artykuł nie będzie pretendował do roli wyczerpującej analizy przedmiotowego zagadnienia. Stanowił będzie natomiast próbę rewizji dotychczas prezentowanych poglądów co do istoty przestępstw z zapomnienia wraz z przedstawieniem i uargumentowaniem własnego stanowiska. W tym celu zasadne wydaje się w pierwszej kolejności terminologiczne uporządkowanie pola rozważań poprzez zdefiniowanie zapomnienia, a następnie zanalizowanie istoty związku zapomnienia z faktem popełnienia czynu zabronionego oraz próba odpowiedzi na pytanie o prawidłowe określenie możliwego kształtu strony podmiotowej tzw. przestępstw z zapomnienia.

Prawidłowe zdefiniowanie zapomnienia wymaga sięgnięcia do dorobku współczesnej psychologii. Procesy poznawcze w ogóle, w tym pamięciowe, a wśród nich proces zapominania, zostały najpełniej zbadane właśnie przez naukę psychologii. Z wiedzy psychologicznej przy analizie problematyki przestępstw z zapomnienia czerpała już M. Król-Bogomilska, nawiązując do klasycznej Freudowskiej psychoanalizy i teorii nastawienia D. Uznadze⁴. Wydaje się jednak, że wytlumaczenia istoty mechanizmów pamięci i zapomnienia można też poszukać w psychologii poznawczej, która poświęciła im najwięcej uwagi ze wszystkich działów i paradygmatów psychologii.

Rozważania dotyczące samego zapomnienia warto rozpocząć od zdefiniowania pamięci. Ujmując jej istotę najbardziej lapidarnie, można wskazać, że pamięć jest „zdolnością do przechowywania informacji i późniejszego jej wykorzystania”⁵. Chcąc zaś podkreślić procesualny charakter pamięci wskazuje się, że „pamięć to zespół procesów poznawczych, zaangażowanych w nabywanie, przechowywanie i późniejsze odtwarzanie informacji”⁶. Warto zwrócić uwagę na najczęstszy podział pamięci na system pamięci długotrwałej (*long-term memory* – LTM), krótkotrwałej (*short-term memory* – STM) oraz pamięci sensorycznej (*sensory memory*)⁷. Pamięć sensoryczna ma za zadanie przechowywać bieżące informacje napływające z poszczególnych modalności zmysłowych (np. wzroku – pamięć ikoniczna, słuchu – pamięć echoiczna). Funkcjonuje ona automatycznie, poza kontrolą wolicjonalną⁸.

cji, Przegląd Prawa Karnego 1990, nr 3, s. 19 i G. Rejman, Teorie i formy winy w prawie karnym, Warszawa 1980, s. 200.

⁴ Zob. M. Król-Bogomilska, Psychologiczne..., *op. cit.*, s. 113–115.

⁵ E. Nęcka, J. Orzechowski, B. Szymura, Psychologia poznawcza, Warszawa 2006, s. 320.

⁶ *Ibidem*.

⁷ Ze względu na cel niniejszego artykułu i jego ramy pominięta została prezentacja pozostałych modeli i klasyfikacji pamięci – m.in. modelu Squire’a i Zola Morgana, dzielącego pamięć na deklaratywną (semantyczną i epizodyczną) i niedeklaratywną, oraz koncepcji poziomów przetwarzania informacji.

⁸ Zob. E. Nęcka, J. Orzechowski, B. Szymura, *ibidem*, s. 321–322 i 340.

Pamięć krótkotrwała (STM), utożsamiana też z pamięcią roboczą⁹, służy wykonywaniu bieżących operacji umysłowych. Czas przechowywania w niej informacji, bądź to odbieranych z zewnątrz i przechodzących przez pamięć sensoryczną, bądź też przywołanych z LTM, wynosi od kilku do kilkudziesięciu sekund¹⁰. Pamięć długotrwała posiada stosunkowo dużą pojemność oraz najdłuższy czas przechowywania informacji. Gromadzi przede wszystkim naszą wiedzę oraz wspomnienia¹¹.

Szczególnie istotne z punktu widzenia istoty przestępstw z zapomnienia są procesy pamięciowe i wpisany w nie mechanizm zapominania. Najczęściej procesy pamięciowe dzieli się na związane z zapamiętywaniem, tj. wprowadzaniem informacji do jednego z systemów pamięci, z przechowywaniem informacji, czyli po prostu pamiętaniem, które scharakteryzować można jako przeciwdziałanie zanikowi informacji oraz z tzw. odpamiętywaniem czy też odtwarzaniem, rozumianym jako skorzystanie z pamiętanej informacji¹². Na etapie zapamiętywania, podczas kodowania informacji, o zapomnieniu możemy mówić jedynie w kontekście braku przekazania informacji z systemu STM do LTM. Krótko mówiąc, informacja nie zostaje w ogóle trwale zapamiętana. Pojawia się ona wprawdzie w pamięci sensorycznej lub krótkotrwałej, ale nie zostaje zakodowana w pamięci długotrwałej. Sytuację taką można określić mianem pierwotnego zapomnienia. Z „klasycznym” zjawiskiem zapomnienia mamy do czynienia w ramach procesów związanych z przechowywaniem informacji, która została już wcześniej zakodowana.

Istnieje kilka konkurencyjnych koncepcji próbujących tłumaczyć mechanizm zapominania. Główne z nich to koncepcja zanikania śladu pamięciowego oraz koncepcja utraty dostępu. Zgodnie z pierwszą, zapamiętana uprzednio informacja zaciera się w pamięci, aż zostaje ostatecznie utracona. Zanikanie śladu pamięciowego, a przede wszystkim jego dynamika, jest determinowana upływem czasu od momentu zapamiętania danej informacji oraz jej rodzajem – znacznie szybciej zapominane są dane bezsensowne, pozbawione kontekstu lub związku z innymi zapamiętanymi informacjami. Względnie odporna na mechanizm zapomnienia jest tzw. pamięć proceduralna obejmująca konkretne umiejętności. Na ewentualny zanik śladu pamięciowego wpływa też oczywiście poziom i częstotliwość utrwalania lub pogłębiania danej informacji m.in. poprzez przywoływanie jej do pamięci operacyjnej i wykonywanie na niej operacji poznawczych.

⁹ Zob. A. Falkowski, T. Maruszewski, E. Nęcka, *Procesy poznawcze*, (w:) J. Strelau, D. Doliński (red.), *Psychologia. Podręcznik Akademicki*, t. 1, Gdańsk 2008, s. 429.

¹⁰ Zob. E. Nęcka, J. Orzechowski, B. Szymura, *Psychologia...*, *op. cit.*, s. 343.

¹¹ *Ibidem*, s. 363–371.

¹² Zob. *ibidem*, s. 373; A. Falkowski, T. Maruszewski, E. Nęcka, *Procesy...*, *op. cit.*, s. 426; A. Chmiel, *Kilka...*, *op. cit.*, s. 10; B. Bielski, *Gdy sąd...*, *op. cit.*, s. 130.

Koncepcja utraty dostępu zakłada zaś, że raz zapamiętana informacja pozostaje w pamięci, jednakże może nie być możliwa do odtworzenia ze względu na utratę do niej dostępu. Jako przykład takiej sytuacji podaje się najczęściej zjawisko „końca języka”, kiedy jesteśmy przekonani, że coś wiemy, jednakże nie możemy tego umysłowo, a tym samym werbalnie, przywołać¹³. Jakkolwiek kuriozalnie może to brzmieć – wiemy, że pamiętamy, nie wiemy jednak co. Zapomnienie w tym ujęciu nie oznacza więc usunięcia informacji z pamięci w ogóle, ale jedynie niemożność jej odtworzenia. Warto dodać, że niemożność ta może być jedynie tymczasowa, a powodowana m.in. zmęczeniem, przeciążeniem informacyjnym, dekoncentracją, silnymi emocjami czy np. stresem.

Warto też zwrócić uwagę na tłumaczenie mechanizmu zapominania poprzez zjawisko interferencji retroaktywnej. Polega ono na zakłóceniu procesu przechowywania informacji przez informację nowo kodowaną. Zakłócenia skutkujące zapomnieniem informacji wcześniej zapamiętanych będą tym silniejsze, im bardziej podobne są obie informacje¹⁴.

Zauważyć trzeba, że opisane wyżej mechanizmy zapominania choć podawane są jako alternatywy wyjaśniania tego zjawiska nie wykluczają się wzajemnie i powinny być raczej postrzegane jako komplementarne¹⁵. W każdym razie, w wypadku zapomnienia – zarówno tego, które określiliśmy mianem pierwotnego, jak i tego właściwego, mającego swe źródło w fazie przechowywania informacji – nie dojdzie do skutecznego procesu odtworzenia informacji. Przez nieskuteczność odtworzenia należy rozumieć zarówno niemożność odtworzenia informacji w ogóle, jak i błędne jej odtworzenie. To ostatnie jednak nie jest typowym zapomnieniem, a raczej błędem powstałym na skutek zniekształcenia zakodowanej informacji¹⁶. Co do zasady więc genezy zapomnienia trzeba upatrywać w fazie zapamiętywania lub przechowywania. Samo zapomnienie ujawnia się zaś podczas próby odtworzenia – przypomnienia. Nie można też jednak wykluczyć przypadku, w którym informacja została skutecznie zakodowana i była pamiętana, jednakże proces odtworzenia przebiegał w takich warunkach, że jej przypomnienie okazało się niemożliwe. O sytuacji takiej wspomniano już wyżej, opisując tymczasową utratę dostępu do danej informacji. Zapomnienie może więc powstać na każdym etapie procesów pamięciowych¹⁷.

¹³ Zob. E. Nęcka, J. Orzechowski, B. Szymura, *Psychologia...*, *op. cit.*, s. 399.

¹⁴ Zob. *ibidem*, s. 397–398.

¹⁵ Zob. *ibidem*, s. 399; E. Altmann, W. Gray, Forgetting to remember: the functional relationship of decay and interference, *Psychological Science* 2002, nr 13, s. 27.

¹⁶ Zniekształcenie to będzie najczęściej spowodowane umiarkowaną interferencją retroaktywną lub specyficzną sytuacją odtwarzania wiążącą się z tożsamymi trudnościami, jak przy tymczasowej utracie dostępu do informacji.

¹⁷ Nie ma więc racji A. Chmiel, twierdząc, że w przypadku fazy zapamiętywania i przechowywania nie można mówić o zapomnieniu. Zgodzić się jednak trzeba z tym autorem, że za-

Warto też zauważyć, że w wypadku zapomnienia nie zawsze w ogóle dojdzie do próby odtworzenia informacji. Wyróżnić więc można dwie jakościowo odmienne sytuacje. Pierwsza ma miejsce wówczas, kiedy podjęta zostaje próba odtworzenia i, ze względu na okoliczności zaistniałe w fazie zapamiętywania, przechowywania bądź odtwarzania, okazuje się ona nieefektywna. W sytuacji drugiej w ogóle nie dochodzi do próby przypomnienia. Już w tym miejscu podkreślić trzeba, że w pierwszej ze wskazanych sytuacji podmiot może sobie uświadomić okoliczność swego zapomnienia. W drugiej zaś, jako że w ogóle nie doszło do sytuacji wymagającej operacji poznawczych związanych z wydobyciem i skorzystaniem z informacji, podmiot będzie nieświadomy tego, że o czymś zapomniał. Rozróżnienie to będzie miało niebagatelne znaczenie przy rozważaniu możliwego kształtu strony podmiotowej przestępstw z zapomnienia.

Wykorzystując poczynione powyżej ustalenia o charakterze teoretyczno-psychologicznym, pora przejść na grunt rozważań prawno-karnych i spróbować wyłuszczyć istotę przestępstw z zapomnienia, a przede wszystkim zanalizować możliwy kształt ich strony podmiotowej.

Oczywistym jest, że sam fakt zapomnienia pozostający zjawiskiem w pełni intrapsychoicznym jest irrelevantny z punktu widzenia odpowiedzialności karnej. Może stać się istotny dopiero wtedy, gdy, jak trafnie zauważa W. Wolter, „zapomnienie» może dotknąć jakiegoś czynnika psychicznego wchodzącego w zakres podmiotowej strony przestępstwa”¹⁸, a zatem, gdy do zrealizowania znamion czynu zabronionego dochodzi właśnie na skutek zapomnienia o czymś przez sprawcę. W. Wolter konsekwentnie ograniczał możliwy kształt strony podmiotowej czynów zabronionych popełnionych w związku z zapomnieniem do nieświadomej nieumyślności (niedbalstwa)¹⁹, wskazując na intuicyjną konstatację, że czynnik świadomości występujący w obu postaciach umyślności oraz w świadomej nieumyślności przeciwstawny jest zapomnieniu²⁰. Tylko więc sytuację, w której sprawca w ogóle nie przewiduje możliwości popełnienia czynu zabronionego, a więc charakteryzującą się nieświadomą nieumyślnością można, zdaniem W. Woltera, wiązać z zapomnieniem²¹. Trafnie przy tym W. Wolter zauważa, że nie każde nieprzewidywanie możliwości popełnienia czynu zabronionego jest zapomnieniem, choć – jak będzie się starano wykazać – nie zachodzi relacja od-

pomnienie może ujawnić się dopiero na etapie próby odtworzenia – zob. tegoż, Kilka..., *op. cit.*, s. 10.

¹⁸ W. Wolter, *Oceny...*, *op. cit.*, s. 43.

¹⁹ W. Wolter, (w:) I. Andrejew, W. Świda, W. Wolter, *Kodeks karny z komentarzem*, Warszawa 1973, s. 52.

²⁰ W. Wolter, *Oceny...*, *op. cit.*, s. 44. Stanowisko W. Woltera zaaprobował J. Giezek – *Świadomość sprawcy czynu zabronionego*, Warszawa 2013, s. 234.

²¹ W. Wolter, *ibidem*.

wrotna forsowana przez W. Woltera, wskazująca, że każde zapomnienie jest jednocześnie nieprzewidywaniem²².

Odmienne poglądy na możliwy kształt strony podmiotowej przestępstw z zapomnienia przedstawili M. Król-Bogomilska i A. Chmiel. M. Król-Bogomilska zauważyła, że przestępstwa z zapomnienia można podzielić na dwie grupy. Do pierwszej z nich należałyby czyny, w których zapomnienie czegoś przez sprawcę, które doprowadziło do popełnienia przez niego czynu zabronionego, spowodowane było uprzednim świadomym naruszeniem przez niego reguł ostrożności²³. Jako przykłady takich sytuacji M. Król-Bogomilska podaje chwilowe opuszczenie stanowiska pracy na przejeździe kolejowym przez dróżnika i w konsekwencji zapomnienie o opuszczeniu szlabanu oraz prowadzenie przez kierowcę samochodu w stanie silnego zmęczenia i w efekcie zapomnienie o włączeniu kierunkowskazu podczas manewru skręcania, co doprowadziło do wypadku²⁴. Podkreślić trzeba wymóg świadomości, który autorka formułuje co do naruszenia reguł ostrożności. Świadomość ta powinna implikować jej zdaniem przypisanie sprawcy, mimo elementu zapomnienia, lekkomyślności (świadomej nieumyślności) w popełnieniu czynu zabronionego²⁵.

Druga grupa przestępstw z zapomnienia w klasyfikacji M. Król-Bogomilskiej obejmuje czyny, w których samo zapomnienie było jedynym naruszeniem reguł ostrożności. Jako przykład autorka przytacza przypadek mechanika, który prawidłowo wykonując swoje obowiązki, zapomniał jednak zamknąć zawory gazu. Zdaniem M. Król-Bogomilskiej, w tym przypadku można by mówić jedynie o niedbalstwie (nieświadomej nieumyślności) w popełnieniu czynu zabronionego. Rozważanie możliwości przewidzenia popełnienia czynu zabronionego zostaje tu jednak, jak wskazuje autorka, zastąpione rozważaniem możliwości przypomnienia, a więc jakichś tylko potencjalnych procesów psychicznych. Trudno tym samym, według M. Król-Bogomilskiej, mówić o jakimkolwiek wyborze czy decyzji sprawcy²⁶. Dotychczasowy dorobek psychologii, a tym bardziej karnistyki, stanowi bowiem zbyt wątpliwe podstawy do rozważania ewentualnej możliwości przypomnienia sobie przez sprawcę tego, o czym zapomniał, i tym samym uniknięcia popełnienia czynu zabronionego²⁷.

Odmienne poglądy na temat możliwego kształtu strony podmiotowej tzw. przestępstw z zapomnienia proponował A. Chmiel, wskazując na trzy możliwe typy zapomnienia: zapomnienie, że w ogóle ma się coś zrobić, za-

²² *Ibidem*.

²³ Zob. M. Król-Bogomilska, *Psychologiczne...*, *op. cit.*, s. 115–116.

²⁴ *Ibidem*, s. 112–115.

²⁵ *Ibidem*, s. 116.

²⁶ Zob. *ibidem*, s. 117; *też* e, *Odpowiedzialność...*, *op. cit.*, s. 72–73.

²⁷ Zob. *też* e, *Psychologiczne...*, *op. cit.*, s. 117.

pomnienie tego, co ma się zrobić, oraz zapomnienie, jak ma się coś zrobić²⁸. Przyjmując tę typologię, autor wskazuje, że tylko w wypadku, gdy sprawca w ogóle nie pamiętał, że ma coś zrobić, można każdorazowo mówić o nieprzewidywaniu w związku z tym możliwości popełnienia czynu zabronionego. Sprawca bowiem nie tylko czegoś zapomniał, ale też w ogóle nie jest świadomy faktu zapomnienia. W dwóch pozostałych przypadkach sprawca może być świadomy, że czegoś zapomniał, tj. może sobie zdawać sprawę z tego, że powinien coś zrobić, ale nie pamięta co, bądź też wie, co ma zrobić, jednakże nie pamięta jak. Taka świadomość sprawcy może zaś, zdaniem A. Chmiela, być równoznaczna z przewidywaniem przez niego możliwości popełnienia czynu zabronionego. Jak zauważa ten autor, jeśli potraktujemy pamięć sprawcy czynu zabronionego jako swoisty element kwalifikacji sprawcy, to nie ma przeszkód, by skonstatować, że sprawca, który podejmuje dane zachowanie ze świadomością, że nie pamięta, co albo jak ma zrobić, wykonuje daną czynność, wiedząc, że nie ma ku temu odpowiednich kwalifikacji, a więc świadomie narusza reguły ostrożności²⁹. A. Chmiel na zilustrowanie takiej sytuacji przytacza przykład lekarza, który po przerwie w wykonywaniu zawodu, przeprowadzając jakiś zabieg, uświadamia sobie, że nie pamięta, jak go przeprowadzić lub co dokładnie powinien w ramach zabiegu zrobić³⁰.

Ustosunkowując się do wyżej zaprezentowanych poglądów doktryny na istotę przestępstw z zapomnienia, podkreślić trzeba ich rozbieżność. W. Wolter stronę podmiotową takich czynów ograniczał jedynie do niedbalstwa. M. Król-Bogomińska wskazywała, że w kontekście odpowiedzialności karnej za przestępstwo z zapomnienia można mówić tylko o lekkomyślności. A. Chmiel dopuszczał zaś obie formy nieumyślności.

Zajmując własne stanowisko, zauważyć trzeba, że przestępstwa z zapomnienia nie stanowią grupy jednorodnej. Uzasadniony jest w związku z tym zaproponowany przez A. Chmiela podział na przestępstwa wynikłe wskutek zapomnienia, że w ogóle ma się coś zrobić, zapomnienia, co ma się zrobić, i zapomnienia, jak ma się coś zrobić. Zauważyć przy tym można, że rozważania W. Woltera i M. Król-Bogomińskiej zdają się odnosić jedynie do przestępstw z zapomnienia pierwszego typu. Tymczasem, o czym świadczą przywoływane przez A. Chmiela przykłady, nie można wykluczyć popełnienia czynu zabronionego w związku z zapomnieniem drugiego i trzeciego typu.

Zapomnienie analizowane przez W. Woltera i M. Król-Bogomińską, tj. zapomnienie przez sprawcę, że w ogóle miał coś zrobić, względnie czegoś nie zrobić, sklasyfikować można jako opisywane wcześniej zapomnienie pierwotne – powstające jeszcze w fazie zapamiętywania, bądź też jako zapo-

²⁸ Zob. A. Chmiel, Kilka..., *op. cit.*, s. 11–12.

²⁹ Zob. *ibidem*, s. 12.

³⁰ *Ibidem*, s. 11.

mnienie powstałe na skutek nieprawidłowości w procesach przechowywania. Każdorazowo jednak będzie to zapomnienie, którego sprawca nie jest świadomy – nie dochodzi w ogóle do próby odtworzenia informacji. Zgodzić trzeba się z W. Wolterem, że w przypadku przestępstw popełnionych na skutek takiego zapomnienia stroną podmiotową może charakteryzować jedynie nieświadoma nieumyślność. Sprawca nie przewiduje bowiem w żadnym stopniu możliwości popełnienia czynu zabronionego. Przykład może stanowić tutaj opisywana przez M. Król-Bogomilską sytuacja, w której dróżnik zapomniał zamknąć szlaban, co doprowadziło do wypadku. Zapomniał on, że ma zamknąć szlaban, a w związku z tym poza jego świadomością pozostawało przewidywanie ewentualnych następstw niewykonania tego obowiązku, czyli przewidywanie możliwości popełnienia czynu zabronionego.

M. Król-Bogomilska wskazywała na dwie, odmienne jej zdaniem, sytuacje zapomnienia. Pierwsza, jak już wyżej wskazywano, miałaby polegać na tym, że sprawca świadomie naruszył reguły ostrożności, czego efektem było zapomnienie. Wówczas należy, zdaniem autorki, mówić o lekkomyślności. W drugiej zaś sytuacji samo tylko zapomnienie stanowi jedyne naruszenie reguł ostrożności. Nie można jednak wówczas przypisywać sprawcy odpowiedzialności karnej, bowiem popełnienie czynu zabronionego było efektem jedynie zapomnienia, nie zaś decyzji sprawcy.

Odnosząc się do tych poglądów M. Król-Bogomilskiej, zauważyć trzeba, że świadome naruszenie reguł ostrożności nie implikuje automatycznie przewidywania możliwości popełnienia czynu zabronionego, a tym samym ewentualnej świadomej nieumyślności³¹. Świadomość nieostrożnego zachowania (naruszenia reguł ostrożności) jest wstępnym warunkiem koniecznym świadomej nieumyślności, ale niewystarczającym. Nierzadkie są bowiem sytuacje, w których sprawca świadomie przekracza reguły ostrożności – np. kierowca prowadzi pojazd z nadmierną prędkością, ale poza jego świadomością pozostaje ewentualna możliwość popełnienia czynu zabronionego – spowodowania wypadku³². Jeśli więc nawet sprawca świadomie narusza reguły ostrożności, co prowadzi do zapomnienia przez niego o podjęciu/niepodjęciu danego zachowania, to wciąż nie sposób przyjmować, by przewidywał on tym samym możliwość popełnienia na skutek zapomnienia czynu zabronionego. Jeśli dróżnik, tak jak opisuje to M. Król-Bogomilska, opuścił swoje stanowisko pracy (naruszył reguły ostrożności) i w następstwie

³¹ Zob. J. Giezek, T. Kaczmarek, Einige Probleme der Fährllssigkeit im Polnischen Strafrecht, (w:) J. Joerden, A. J. Szwarc, K. Yamanaka (red.), Das Vierte deutsch-japanisch-polnische Strafrechtskolloquium der Stipendiaten der Alexander von Humboldt-Stiftung: ausgewählte Bereiche des deutschen, japanischen und polnischen Straf und Strafprozessrechts im Vergleich, Poznań 2011, s. 133; J. Giezek, Świadomość..., *op. cit.*, s. 228–229.

³² Zob. T. Przesławski, (w:) R. A. Stefański, Kodeks karny. Komentarz, Legalis 2014, nb. 131.

zapomniał o opuszczeniu o odpowiedniej godzinie szlabanu, to nie oznacza to w żadnym razie, że przewidywał on tym samym możliwość popełnienia czynu zabronionego. Sensownie można jedynie rozważać, czy mógł on taką możliwość przewidzieć, a to kieruje nas nieuchronnie ku nieświadomej nieumyślności popełnienia czynu zabronionego.

Nie można też zaaprobować poglądów M. Król-Bogomilskiej co do drugiej możliwej postaci przestępstw z zapomnienia, którą autorka wyodrębnia poprzez wskazanie, że zapomnienie o czymś przez sprawcę jest jedynym naruszeniem reguł ostrożności. Przede wszystkim należy zauważyć, że samo zapomnienie jako zjawisko intrapsychiczne nie może *per se* naruszyć żadnej reguły ostrożności. Naruszenie to może się dokonać dopiero poprzez konkretne zachowanie, które może być co najwyżej wynikiem owego zapomnienia. Tak więc w przytaczanym przez M. Król-Bogomilską przykładzie mechanika, który zapomniał zakręcić zawory gazu, naruszeniem reguł ostrożności nie jest deficyt w jego pamięci, ale fakt wykonania/niewykonania w związku z tym deficytem konkretnych czynności.

M. Król-Bogomilska zaprezentowała nadto pogląd, iż przy przestępstwach popełnionych wskutek zapomnienia, do którego nie doszło w efekcie świadomego naruszenia reguł ostrożności, rozważanie, czy sprawca mógł przewidzieć możliwość popełnienia czynu zabronionego, zostaje zastąpione rozważaniem możliwości przypomnienia, co stanowi „wyjście z płaszczyzny stwierdzenia rzeczywistych procesów psychicznych na płaszczyznę możliwości zaistnienia tych procesów”³³. Odnosząc się do tych spostrzeżeń autorki, zaznaczyć trzeba, że gdyby nawet uznać, iż rzeczywiście w wypadku analizy strony podmiotowej przestępstwa z zapomnienia badamy w niektórych wypadkach nie możliwość przewidywania ewentualności popełnienia czynu zabronionego, ale raczej możliwość przypomnienia sobie przez sprawcę tego, co zapomniał, to wciąż nieuzasadniony pozostaje zarzut M. Król-Bogomilskiej co do przejścia na płaszczyznę analizy potencjalnych procesów psychicznych sprawcy. Takim samym, jedynie potencjalnym, procesem psychicznym jest przecież również możliwość przewidywania. Ani przewidywanie, ani przypomnienie nie charakteryzują procesów poznawczych sprawcy dopuszczającego się przestępstwa z zapomnienia w nieświadomej nieumyślności. Oba te procesy rozważane mogą być jedynie pod kątem możliwości ich zaistnienia, a więc jako procesy potencjalne. Zgodzić należy się natomiast z autorką, że „W psychologii podkreśla się, że przebieg określonych procesów psychicznych można przewidywać jedynie z pewnym prawdopodobieństwem”³⁴. Nie wydaje się jednak, że ustalając, czy sprawca mógł przewidzieć możliwość popełnienia czynu zabronionego, narażamy się

³³ M. Król-Bogomilska, *Psychologiczne...*, *op. cit.*, s. 117.

³⁴ *Ibidem*.

na mniejsze ryzyko błędu niż przy ustalaniu, czy mógł o czymś pamiętać. Podobnie ustalanie każdej z form strony podmiotowej – stwierdzenie, że sprawca chciał popełnić czyn zabroniony albo jedynie na to się godził, lub też że przewidywał możliwość popełnienia czynu, jest dokonywane przede wszystkim w oparciu o pewne wskaźniki psychologiczne manifestujące się w zachowaniu sprawcy. Ocena tych wskaźników jest zaś zawsze obarczona ryzykiem błędu. Chcąc tego ryzyka uniknąć, musielibyśmy w ogóle powstrzymać się od analizowania znamion strony podmiotowej konkretnego czynu i poprzestać na odpowiedzialności obiektywnej, co z oczywistych względów jest dziś nie do przyjęcia. Nie można tym samym zaaprobować poglądu M. Król-Bogomiłskiej, iż w sytuacjach, gdy naruszenie reguł ostrożności polegało tylko na zapomnieniu, nie powinno się pociągać sprawcy do odpowiedzialności karnej, gdyż do popełnienia przez niego czynu zabronionego nie doszło w rezultacie wyboru i decyzji. Przyjmując taki punkt widzenia, trzeba by w ogóle zanegować możliwość odpowiedzialności za wszystkie przestępstwa popełniane w nieświadomej nieumyślności³⁵. Nieprzewidywanie przez sprawcę możliwości popełnienia czynu zabronionego, niezależnie czym powodowane, nie wyłącza jednak możliwości uznania jego zachowania za rezultat decyzji. Procesy decyzyjne zachodzą u takiego sprawcy i w konsekwencji, choć dotyczą stanów rzeczy prawnokarnie irrelevantnych, prowadzą do popełnienia przezeń czynu zabronionego, niezależnie od tego, czy zdołał to przewidzieć, czy też nie.

Podsumowując powyższe rozważania, stwierdzić trzeba, że analizowane przez W. Woltera i M. Król-Bogomiłską przykłady stanowią klasyczne wypadki przestępstw z zapomnienia i, jak starano się wyżej wykazać, jedyną możliwą formą strony podmiotowej tych przestępstw jest nieświadoma nieumyślność. Co do tych czynów zabronionych rację miał W. Wolter, pisząc, że „Tym samym «zapomnienie» prezentuje się jako nieprzewidywanie i to decyduje o wszystkim. Zapomnienie jest szczególnym wypadkiem nieprzewidywania”³⁶.

Wydaje się jednak, że między zakresami nieprzewidywania i zapomnienia nie zachodzi stosunek zawierania się, jak twierdził W. Wolter, pisząc, że „każde zapomnienie jest nieprzewidywaniem”³⁷, ale jest to raczej stosunek

³⁵ Na marginesie zauważyć trzeba, że możliwość mówienia w ogóle o czynie w przypadku przestępstw popełnianych z niedbalstwa została zanegowana przez T. Kaczmarka i J. Gieźka – zob. tychże, *Przestępstwo z niedbalstwa jako wynik deficytu informacji*, *Przegląd Prawa Karnego* 1990, nr 4, s. 28–29. Według obu autorów przestępstwa z niedbalstwa nie można uznać ani za zachowanie reaktywne, ani celowe, występuje ono jedynie na tle innego psychicznie sterowanego zachowania, prawnokarnie irrelevantnego. W związku z tym zachowanie wypełniające znamiona przestępstwa z niedbalstwa można uznać, zdaniem autorów, co najwyżej za korelat czynu – *ibidem*, s. 29.

³⁶ W. Wolter, *Oceny...*, *op. cit.*, s. 44.

³⁷ *Ibidem*.

krzyżowania. Przytoczyć bowiem można, co czyni w swym opracowaniu A. Chmiel³⁸, takie przypadki przestępstw z zapomnienia, w których niewykluczone jest przewidywanie przez sprawcę możliwości popełnienia czynu zabronionego mimo zapomnienia³⁹. Chodzi tu o sytuację, w której sprawca nie zapomniał, że ma coś zrobić, względnie nie zrobić, ale zapomniał jedynie, jak ma to zrobić. Zapomnienie dotyczy więc tutaj obrębu tzw. pamięci proceduralnej, jak wskazywano, stosunkowo odpornej na procesy zapomniania. Nie można jednak wykluczyć przypadków, w których do zapomnienia takiego dojdzie i doprowadzi ono do prawnokarnie relewantnych skutków. Jako przykład A. Chmiel przytacza kasus lekarza, który po przerwie w wykonywaniu zawodu przystępuje do przeprowadzenia zabiegu i uświadamia sobie, że nie pamięta, jak ma go przeprowadzić. Zapomnienie takie dokonuje się najczęściej prawdopodobnie w fazie przechowywania lub odtwarzania na skutek mechanizmu utraty dostępu.

Zgodzić trzeba się z A. Chmielem, że przystąpienie do wykonania określonej czynności ze świadomością, że nie pamięta się, jak ją prawidłowo wykonać, trzeba postrzegać jako świadome naruszenie reguł ostrożności, które może prowadzić do realizacji znamion określonego czynu zabronionego i w konsekwencji, poza np. wypadkami, w których będzie można mówić o stanie wyższej konieczności, do odpowiedzialności karnej⁴⁰. Oczywiście, samo świadome naruszenie reguł ostrożności nie może przesądzać o przypisaniu sprawcy świadomej nieumyślności, tak samo jak świadomość, że się o czymś zapomniało, nie oznacza automatycznie świadomości możliwości popełnienia czynu zabronionego. Jeśli jednak sprawca, wiedząc, że nie pamięta, jak ma daną czynność wykonać, uświadomi sobie zarazem, że wykonanie tej czynności może w związku z tym doprowadzić do realizacji znamion czynu zabronionego, to w wypadku, gdy do popełnienia czynu rzeczywiście doszło, jego stronę podmiotową należałoby określić jako świadomą nieumyślność. Zaznaczyć jednak od razu trzeba, że nie zawsze świadomość sprawcy co do tego, że zapomniał, jak wykonać daną czynność, prowadzić będzie do świadomości możliwości popełnienia czynu zabronionego. Nie-

³⁸ Zob. A. Chmiel, Kilka..., *op. cit.*, s. 11–12.

³⁹ Wyróżnić więc można takie przypadki zapomnienia, które nie będą tożsame z nieprzewidywaniem możliwości popełnienia czynu zabronionego, jak i oczywiście takie przypadki nieprzewidywania (nieświadomej nieumyślności), które nie będą współwystępowały z zapomnieniem. Zapomnienie, jak starano się wykazać w toku prowadzonych wyżej rozważań z zakresu psychologii poznawczej, zakłada, że dana informacja pojawiła się już kiedyś w pamięci, a tym samym przynajmniej chwilowo w świadomości sprawcy. Słusznie stwierdził więc Sąd Najwyższy w jednym ze swych orzeczeń, iż „Jest przecież oczywiste, że «zapomnieć» można tylko to, co się już wiedziało” – zob. postanowienie z dnia 5 lutego 2009 r., sygn. II KK 254/08, LEX nr 486550. Nieświadoma nieumyślność powstać zaś może również wówczas gdy dana informacja, związana w jakiś sposób z możliwością popełnienia czynu zabronionego, nigdy nie pojawiła się w świadomości sprawcy.

⁴⁰ Zob. A. Chmiel, Kilka..., *op. cit.*, s. 12–13.

jednokrotnie bowiem zdarzyć się może i tak, że sprawca, świadomie naruszając reguły ostrożności i przystępując do wykonania czynności, nie będzie sobie jednak uświadamiał, że może w związku z tym dopuścić się popełnienia czynu zabronionego. W grę będzie wówczas wchodzić co najwyżej nieświadoma nieumyślność⁴¹.

Zauważyć więc można, że wbrew intuicyjnym konstatacjom W. Woltera⁴² nie można ograniczyć możliwego kształtu strony podmiotowej przestępstw z zapomnienia do nieświadomej nieumyślności i bynajmniej nie jest tak, że „nie da się w przypadku pojawiającego się deficytu informacji objętej zapomnieniem przewidywać możliwości popełnienia czynu zabronionego w sposób charakterystyczny dla świadomej nieumyślności”⁴³. Przyznać jednak trzeba, że opisany przez A. Chmiela i zanalizowany powyżej przypadek zapomnienia w obrębie pamięci proceduralnej jest jakościowo odmienny od tych opisywanych przez W. Woltera i M. Król-Bogomiłską. Zapomnienie, jak coś należy zrobić, prowadzi bowiem do popełnienia czynu zabronionego, ale pojawia się jednocześnie element uświadomienia sobie swego zapomnienia, a więc niedostatecznego stanu wiedzy czy też pamięci, który bezpośrednio poprzedza świadome naruszenie reguł ostrożności, a w konsekwencji nieumyślne popełnienie czynu zabronionego.

Dla kompletności prowadzonych tu rozważań pochylić trzeba się nad jeszcze jednym wyróżnionym przez A. Chmiela⁴⁴ typem przestępstw z zapomnienia. Mowa tu o sytuacji, w której sprawca pamięta wprawdzie, że ma coś zrobić, zapomniał jednak co. Zauważyć należy, że sytuacja taka, wbrew temu, co twierdzi A. Chmiel, wyklucza możliwość przypisania sprawcy świadomej nieumyślności w wypadku popełnienia przezeń czynu zabronionego. O przewidywaniu przez sprawcę możliwości popełnienia czynu zabronionego można bowiem sensownie mówić dopiero wówczas, gdy precyzuje on, na czym możliwość ta miałaby polegać. Jeśli zaś sprawca uświadamia sobie, że miał coś zrobić, ale nie pamięta co, to pomimo, że jest świadomy swego zapomnienia, nie można stwierdzić, że precyzował dokładnie jego konsekwencje, w tym możliwość popełnienia czynu zabronionego. Jeżeli bowiem sprawca nie wie, co miał zrobić, to nie wie też dokładnie, jakie mogą być skutki zaniechania tego, co miał zrobić, a tym samym nie przewiduje on możliwości popełnienia konkretnego czynu zabronionego. Przypuszczać można, iż sprawca przewiduje co najwyżej, że jego zapomnienie może mieć negatywne skutki, ale nie wie jakie.

Podsumowując, należy więc stwierdzić, że w wypadku, gdy sprawca w ogóle o czymś zapomniał lub zapomniał, co miał zrobić i na skutek tego

⁴¹ Por. *ibidem*, s. 12–14.

⁴² Zob. W. Wolter, *Oceny...*, *op. cit.*, s. 44; por. też J. Giezek, *Świadomość...*, *op. cit.*, s. 234.

⁴³ J. Giezek, *ibidem*.

⁴⁴ Zob. A. Chmiel, *Kilka...*, *op. cit.*, s. 11.

dopuszczył się czynu zabronionego, jedyną możliwą formą strony podmiotowej tego czynu jest nieświadoma nieumyślność. Jedynie w sytuacji, gdy sprawca zapomniał tylko, jak ma coś zrobić, możliwe jest, że przewidział w związku z tym możliwość popełnienia czynu zabronionego, a więc można mu przypisać świadomą nieumyślność.

W kontekście przeprowadzonych wyżej rozważań krystalizuje się jeszcze jeden wniosek dotyczący tzw. przestępstw z zapomnienia. Otóż, zazwyczaj przyjmuje się *a priori*, że przestępstwo z zapomnienia jest przestępstwem z zaniechania, że sprawca zapomniał coś zrobić⁴⁵. Tymczasem, jak pokazuje chociażby przykład zapomnienia w obrębie pamięci proceduralnej, nie można wykluczyć, że sprawca na skutek swojego zapomnienia dopuścił się czynu zabronionego z działania. Podobnie rzecz będzie wyglądać w przypadku tzw. klasycznego zapomnienia, kiedy sprawca zapomniał, że miał czegoś nie zrobić, a zrobienie tego doprowadziło do popełnienia przezeń czynu zabronionego.

Kończąc powyższe rozważania dotyczące przestępstw z zapomnienia i możliwego kształtu ich strony podmiotowej, pozostaje wyrazić nadzieję, że przypomnienie tej problematyki być może zwróci uwagę na związane z nią liczne wątpliwości i przyczyni się do odświeżenia nad nimi dyskusji.

Offences caused by not remembering

Abstract

This paper discusses issues relevant for offences of not remembering. Referred to are fundamental psychological findings concerning the mechanism of forgetting. Reviewed and verified are the existing views of legal academics and commentators on offences that result from not remembering. An attempt is also made to answer the question about a possible nature of subjective aspects of such offences.

⁴⁵ Zob. W. Wolter, (w:) I. Andrejew, W. Świda, W. Wolter, Kodeks..., *op. cit.*, s. 52.

Paweł Kołodziejski

Skuteczność ścigania przestępczości skarbowej a zmiany systemowe

Streszczenie

W artykule przedstawiono propozycje zmian systemowych, niezbędnych dla efektywnego ścigania współczesnej przestępczości skarbowej. Poruszone problem braku profesjonalnej służby powołanej do jej zwalczania i przedstawiono propozycję reformy obecnych urzędów kontroli skarbowej jako organów uprawnionych do prowadzenia postępowań o przestępstwa powszechne pozostające w idealnym zbiegu, o którym mowa w art. 8 § 1 k.k.s., i nierozzerwalnie związane z czynami karnymi skarbowymi (pranie pieniędzy, udział w zorganizowanej grupie przestępczej itp.).

I. Charakterystyka przestępczości skarbowej w Polsce

Współczesna przestępczość gospodarcza, nie tylko w Polsce, lecz także na świecie, to w znacznej mierze przestępczość skarbową, zwłaszcza związana z uszczupleniami w podatku VAT i akcyzowym. Nie trudno odgadnąć przyczyny takiego stanu rzeczy. Związane są one przede wszystkim z zyskami, jakie dla sprawców niosą przestępstwa skarbowe. Trudno oszacować globalną liczbę przestępstw podatkowych w Polsce, z uwagi na fakt, że postępowania o czyny stypizowane w kodeksie karnym skarbowym prowadzone są przez różne organy, jak: Policja, ABW, Straż Graniczna, Żandarmeria Wojskowa, CBA, urzędy skarbowe, inspektorów kontroli skarbowej czy urzędy celne. Dodatkowo sprawę komplikuje fakt, że wiele czynów stanowiących naruszenia obowiązków podatkowych kwalifikowanych było i jest przez niefinansowe organy postępowania przygotowawczego i prokuraturę wyłącznie z kodeksu karnego. Nie zmienia to faktu, iż liczba postępowań z tej kategorii z roku na rok wzrasta¹. Dramatycznie wzrasta także kwota samych uszczupleń. Skala nadużyć podatkowych w Polsce jest tak duża, że zaczynają one

¹ Procentowy udział śledztw obejmujących uszczuplenia w podatkach w stosunku do wszystkich postępowań prowadzonych i nadzorowanych w Wydziale VI do Spraw Przestępczości Gospodarczej Prokuratury Okręgowej w Bydgoszczy z roku na rok wzrasta i w 2013 r. wyniósł już blisko połowę wszystkich zarejestrowanych spraw.

godzić w bezpieczeństwo finansowe państwa². Prowadzone są różnego rodzaju analizy dotyczące tzw. luki podatkowej, tj. różnicy pomiędzy kwotą podatków, które powinny zostać zapłacone, a kwotą rzeczywiście uiszczoną do budżetu państwa. Według raportu PricewaterhouseCoopers sp. z o.o. wspomniana luka podatkowa w podatku od towarów i usług za 2012 r. wynosiła między 36 mld zł a 58 mld zł, co stanowi pomiędzy 2,3% a 3,8% PKB³. Oczywiście pojęcia luki podatkowej nie należy utożsamiać wyłącznie z przestępstwami skarbowymi. Składają się na nią bowiem także:

- działania przedsiębiorców zmierzające do obniżenia/unikania opodatkowania metodami zgodnymi z prawem, lecz skutek zachowań sprzecznych z zamiarem ustawodawcy;
- błędy podatkowe, które nie wynikają z działań świadomych;
- niewypłacalność podatników czy upadłość⁴.

Nie budzi jednak wątpliwości, że głównym składnikiem tzw. luki podatkowej są zachowania stanowiące naruszenia przepisów kodeksu karnego skarbowego. „Ściągalność” podatków, zwłaszcza podatku VAT, ma również bezpośrednie przełożenie na kondycję finansową państwa. Jak wynika z komunikatu Komisji Europejskiej z dnia 27 czerwca 2012 r. w sprawie konkretnych sposobów usprawnienia walki z oszustwami podatkowymi i uchylaniem się od opodatkowania, w tym w odniesieniu do państw trzecich, najniższy procentowy udział rzeczywistych dochodów z tytułu podatku VAT w 2010 r. w stosunku do dochodów teoretycznych przy uwzględnieniu standardowych stawek odnotowano w Grecji, Włoszech, Hiszpanii, Łotwie i Rumunii⁵. Nie trudno powiązać nazwy tych państw z kryzysem ekonomicznym.

Ogromne zyski i mniejsze ryzyko ujawnienia organizatorów procederu niż w przypadku przestępstw powszechnych sprawiają, że współczesna przestępczość skarbową ma coraz częściej zorganizowany charakter. Postępowania w sprawie oszustw podatkowych są jednymi z najtrudniejszych, z jakimi praktycy mogą się spotkać. Najczęściej dotarcie do wyższych ogniw procederu jest znacznie utrudnione, a organy ścigania skupiają się na tzw. słupach. Również sankcje karne, a zwłaszcza kary, orzekane są niższe niż za przestępstwa powszechne. Przestępstwa skarbowe są także zarówno w świadomości sprawców, jak i odczuciu społecznym, mniej „brudne” niż np.

² Dla przykładu: Generalny Inspektor Informacji Finansowej, kierując w 2013 r. do Prokuratury Okręgowej w Bydgoszczy zawiadomienie o podejrzeniu popełnienia przestępstwa prania pieniędzy pochodzących z korzyści pochodzących z przestępstw podatkowych związanych z obrotem sprzętem elektronicznym, wskazał na kwotę pranych środków w wysokości ponad 450 mln zł i to w okresie zaledwie 6 miesięcy.

³ Straty Skarbu Państwa w VAT – luka podatkowa, oszustwa, wyłudzenia oraz problematyka podatku od towarów i usług w Polsce, PricewaterhouseCoopers sp. z o.o., maj 2013 r.

⁴ Zob. Study to quantify and analyse the VAT Gap in the EU-27 Member States. Final Report, TAXUD/2012/DE/316, Warszawa, lipiec 2013 r.

⁵ COM (2012) 351 final.

handel narkotykami, rozboje, kradzieże czy nawet oszustwa. Pokrzywdzonym jest bowiem w tych sprawach „bliżej nieokreślony” Skarb Państwa. Wszystko to sprawia, że wyobrażenie o nadużyciach podatkowych jako „kupnie kosztów” w związku z legalnie prowadzoną działalnością gospodarczą traci aktualność. W doktrynie mówi się już nie tyle o zorganizowanej przestępczości podatkowej, co o zorganizowanej przestępczości tylko wpisanej w podatkowy kontekst, dla której celem jest dokonanie uszczupień w mieniu Skarbu Państwa⁶.

Kolejną charakterystyczną cechą współczesnej przestępczości skarbowej jest jej transgraniczność. Początkowo wyłudzeń podatków dokonywano poprzez osoby fizyczne prowadzące działalność gospodarczą pod własnym nazwiskiem w ramach jednej jurysdykcji. Obecnie są to podmioty gospodarcze prowadzące działalność w formie spółek z ograniczoną odpowiedzialnością, bądź akcyjnych. Co więcej, te osoby prawne coraz częściej mają siedziby za granicą, zwłaszcza w krajach Unii Europejskiej. Sprawcy wykorzystują harmonizację podatku VAT w celu dokonania uszczupień. W przypadku dostawy wewnątrzwspólnotowej sprzedaż objęta jest bowiem stawką podatku VAT 0%. Podatek ten uiszczany jest dopiero w kraju przeznaczenia (sprzedaży krajowej). Jak wynika z doświadczenia, w wyłudzenia podatków w związku z tzw. przestępstwami karuzelowymi zamieszane są nawet spółki uzyskujące wyróżnienia w zakresie przedsiębiorczości. Oczywistym jest także fakt, że trudniej ustalić faktyczny przepływ towarów i środków finansowych w kilku krajach niż w ramach jednej administracji podatkowej.

Podkreślić również należy, iż ze współczesną przestępczością skarbową w sposób nierozdzielny związane jest pranie pieniędzy. Przestępstwa karno-skarbowe są najczęstszymi rodzajami tzw. przestępstw bazowych do czynów z art. 299 k.k. Można wręcz zaryzykować stwierdzenie, że pranie pieniędzy jest skutkiem wyłudzeń podatków. Sprawcy dokonujący bowiem uszczupień podatkowych, otrzymując od niczego nieświadomego kontrahenta kwotę wyszczególnioną w fakturze VAT powiększoną o podatek od towarów i usług, zamiast odprowadzić podatek VAT do budżetu państwa, podejmują dalsze działania zmierzające do udaremnienia lub utrudnienia stwierdzenia przestępczego pochodzenia tych środków, czy też częściej miejsca ich umieszczenia, co ma zapobiec ich zabezpieczeniu przez organy państwa⁷.

⁶ J. Duży, *Zorganizowana przestępczość podatkowa w Polsce. Zwalczanie przestępczego nadużycia mechanizmów podatków VAT i akcyzowego*, Warszawa 2013, s. 15.

⁷ Przestępstwo prania pieniędzy nie jest w takim przypadku popełnione w momencie przyjęcia środków na rachunek bankowy od rzetelnego kontrahenta, a w momencie podjęcia kolejnych przelewów, bądź wypłat, tytułem pozornych czynności. Sprawcy winni bowiem odprowadzić kwotę podatku VAT, najczęściej w wysokości 23%, do budżetu Państwa. Tymczasem, dokonując dalszych działań, dopuszczają się „czynności czasownikowych” określonych w art. 299 k.k. Kwota 23%, która jest w takim przypadku prana, pochodzi bezpośrednio z korzyści zwią-

Nie budzi najmniejszych wątpliwości fakt, iż walka z tak wyspecjalizowaną i niebezpieczną przestępczością wymaga ścisłej współpracy i zaangażowania wszystkich organów państwa do tego powołanych. Tylko koordynowane działania organów kontroli skarbowej, organów ścigania i prokuratury oraz Generalnego Inspektora Informacji Finansowej dają szansę na osiągnięcie satysfakcjonujących rezultatów⁸. Powstaje jednak pytanie, czy obecne regulacje prawne są wystarczające dla zapewnienia skutecznej walki ze zorganizowaną, transgraniczną przestępczością skarbową, czy też potrzebne są zmiany systemowe.

II. Finansowe i niefinansowe organy postępowania przygotowawczego

Kodeks karny skarbowy w sposób enumeratywny wylicza organy postępowania przygotowawczego w sprawach o przestępstwa skarbowe. Zgodnie z art. 118 § 1 i 2 k.k.s. zaliczono do nich urząd skarbowy, inspektora kontroli skarbowej, urząd celny, Straż Graniczną, Policję, Agencję Bezpieczeństwa Wewnętrznego, Żandarmerię Wojskową i Centralne Biuro Antykorupcyjne. Jednocześnie organy te podzielono na finansowe, do których zaliczono urząd skarbowy, inspektora kontroli skarbowej i urząd celny, oraz niefinansowe, zaliczając do nich pozostałe z wyżej wymienionych organów (art. 53 § 37 i 38 k.k.s.). Bezspornym jest, że ustawodawca przyjął prymat finansowych organów postępowania przygotowawczego, uznając, że to one winny co do zasady prowadzić postępowania karno-skarbowe. W doktrynie podkreśla się, że spowodowane jest to dostrzeżeniem przewagi informacyjnej organów finansowych, wynikającej z zakresu ich działań⁹.

Problem polega na tym, że żaden z wyżej wymienionych organów nie jest przygotowany do walki ze współczesną przestępczością skarbową. Z jednej bowiem strony finansowe organy postępowania przygotowawczego nie mają uprawnień do prowadzenia postępowań o przestępstwa powszechne, które pozostają w nierozdzielalnym związku z przestępstwami skarbowymi,

zanych z popełnieniem przestępstwa uszczuplenia podatkowego (najczęściej art. 54, art. 55, art. 56, art. 76 k.k.s.). Warto w tym miejscu zwrócić uwagę na uchwałę siedmiu sędziów Sądu Najwyższego z dnia 18 grudnia 2013 r., sygn. I KZP 19/13, której nadano moc zasady prawnej, a w której przesądzone zostało, iż przedmiotem prania pieniędzy mogą być wartości pochodzące zarówno pośrednio, jak i bezpośrednio z bazowego czynu zabronionego, w tym z przestępstwa skarbowego (Biul. SN 2013, nr 12, poz. 22).

⁸ Efektem takich wspólnych działań są najczęściej blokady znacznych środków finansowych na rachunkach bankowych podmiotów gospodarczych, wykorzystywanych przez zorganizowane grupy przestępcze do uszczupleń podatkowych. Jak pokazuje praktyka, działania polegające na pozbawianiu sprawców korzyści z przestępstw są dla nich niezwykle dotkliwe.

⁹ T. Razowski, (w:) P. Kardas, G. Łabuda, T. Razowski, Kodeks karny skarbowy. Komentarz, Warszawa 2010, s. 864.

a z drugiej strony niefinansowe organy postępowania przygotowawczego nie posiadają wspomnianej przewagi informacyjnej, niezbędnej do skutecznego ścigania tak poważnej przestępczości.

Sprawcy zawodowo trudniący się uszczupleniami podatkowymi dopuszczają się tymczasem nie tylko przestępstw skarbowych, lecz także powszechnych. Najczęściej w śledztwach podatkowych pojawiają się wątki prania pieniędzy (art. 299 k.k.), udziału w zorganizowanej grupie przestępczej (art. 258 k.k.) czy podrabiania dokumentów (art. 270 k.k.). Brak kompetencji organów finansowych do prowadzenia postępowań o przestępstwa powszechne powoduje konieczność powierzania takich śledztw i dochodzeń do prowadzenia niefinansowym organom postępowania przygotowawczego. Sytuację komplikuje dodatkowo instytucja idealnego zbiegu czynów zabronionych, o którym mowa w art. 8 § 1 k.k.s., zwłaszcza po uchwale Sądu Najwyższego z dnia 24 stycznia 2013 r., sygn. I KZP 19/12. W orzeczeniu tym Sąd Najwyższy zajął stanowisko, iż reguły wyłączania wielości ocen mają zastosowanie jedynie w wypadku zbiegu przepisów ustawy, natomiast nie stosuje się ich w razie idealnego zbiegu czynów zabronionych, o którym mowa w art. 8 § 1 k.k.s. Tym samym w przypadku ustalenia, iż zachowanie sprawcy wyczerpuje znamiona zarówno oszustwa z art. 286 § 1 k.k., jak i oszustwa skarbowego z art. 76 § 1 k.k.s., sąd skazuje za oba przestępstwa, a wykonaniu podlega tylko najsurowsza z kar. Problem w tym, że mimo iż orzeczenie to zapadło na tle zbiegu art. 76 § 1 k.k.s. i art. 286 § 1 k.k., to będziemy mieli z nim do czynienia w większości postępowań karno-skarbowych. Zachowanie sprawcy polegające bowiem na wystawianiu niezrzetelnych faktur VAT (art. 62 § 2 k.k.s.) z reguły będzie również wyczerpywało znamiona przestępstwa poświadczenia nieprawdy w dokumencie (art. 271 § 1 k.k.) bądź podrobienia dokumentu (art. 270 § 1 k.k.)¹⁰. Wskutek niemożności stosowania reguł kolizyjnych, zwłaszcza *lex specialis derogat legi generali*, czyn taki należało będzie zakwalifikować zarówno z kodeksu karnego skarbowego, jak i kodeksu karnego. Tak więc nawet w najprostszych postępowaniach skarbowych o czyny z art. 62 § 2 k.k.s. organy ścigania staną przed dylematem: czy osobno prowadzić postępowanie o czyn z art. 62 § 2 k.k.s. (organ finansowy) i osobno o czyn z art. 271 § 1 k.k. (organ niefinansowy), czy też przekazać postępowanie w całości do prowadze-

¹⁰ W orzecznictwie nie budziło wątpliwości, że faktura VAT jest „dokumentem” w rozumieniu przepisów kodeksu karnego, zaś jej wystawca jest „inną osobą uprawnioną do wystawiania dokumentu” (zob. uchwałę SN z dnia 30 września 2003 r., sygn. I KZP 22/03, OSNKW 2003, nr 9–10, poz. 75; wyrok SN z dnia 1 grudnia 2003 r., sygn. III KKN 184/01, LEX nr 83783; wyrok SN z dnia 20 stycznia 2004 r., sygn. IV KK 183/03, LEX nr 83757; postanowienie SN z dnia 23 listopada 2006 r., sygn. IV KK 321/06, OSNwSK 2006, nr 1, poz. 2251). Spór w doktrynie i judykaturze sprowadzał się do stosowania reguł kolizyjnych pozwalających na zakwalifikowanie danego zachowania jako przestępstwa skarbowego lub przestępstwa powszechnego.

nia organowi niefinansowemu¹¹. Oba rozwiązania są złe. Podkreślić bowiem należy, że mimo iż ustawodawca dopuścił możliwość niejednoczesnego skazania za przestępstwo skarbowe i powszechne, to jednak działanie takie może budzić wątpliwości natury konstytucyjnej. Wyobraźmy sobie sytuację, w której organ finansowy dzisiaj oskarży podatnika o wystawienie nierzetelnych faktur VAT z art. 62 § 2 k.k.s., a za trzy lata Policja kieruje akt oskarżenia o to samo zachowanie kwalifikowane przy zastosowaniu art. 8 § 1 k.k.s. na podstawie art. 271 § 1 k.k. Dojdzie w tym wypadku do skazania *de facto* za ten sam czyn, albowiem dla tożsamości czynu kluczowa jest nie kwalifikacja prawna, a czyn jako zdarzenie historyczne¹². Z kolei przekazanie sprawy organowi niefinansowemu stawia w ogóle pod znakiem zapytania sens istnienia finansowych organów postępowania przygotowawczego. Dodatkowym problemem jest traktowanie komórek karno-skarbowych w organach finansowych jako „zła koniecznego”. Dominuje przekonanie, że postępowanie karne skarbowe należy wszczynać dopiero po uzyskaniu prawomocnej decyzji podatkowej. Wcześniejsze wszczęcie następuje wyłącznie wówczas, gdy koniecznym jest zawieszenie biegu przedawnienia zobowiązania podatkowego na podstawie art. 70 § 6 pkt 1 ustawy z dnia 29 sierpnia 1997 r. – Ordynacja podatkowa¹³. Prowadzi do prymatu postępowania podatkowego nad postępowaniem karnym skarbowym. O ile założenie takie jest słuszne w stosunku do podatników uszczuplających podatki w związku z prowadzoną działalnością gospodarczą, o tyle zawodzi całkowicie w przypadku zorganizowanych grup przestępczych wykorzystujących mechanizmy podatkowe do wyłudzeń podatków. Żaden organ prowadzący postępowanie podatkowe nie jest bowiem przygotowany i wyposażony w stosowne instrumenty do dokonywania ustaleń w takich postępowaniach. Dlatego w takim przypadku ciężar winien zostać położony nie na postępowanie podatkowe, a postępowanie karno-skarbowe, w którym dokonywane są ustalenia niezbędne w postępowaniu podatkowym¹⁴.

Z kolei organy niefinansowe, mimo przewagi instytucjonalnej i kompetencyjnej do zwalczania poważnej przestępczości zorganizowanej, nie posiadają bezpośredniego dostępu do szeregu informacji kluczowych dla prowadzenia postępowań skarbowych. Chodzi tu przede wszystkim o informacje objęte tajemnicą skarbową czy bankową. Aby uzyskać informacje o składanych

¹¹ Z prawnego punktu widzenia brak jest także przeciwwskazań do powierzenia śledztwa w części dotyczącej przestępstwa skarbowego organowi finansowemu, a w części dotyczącej przestępstwa powszechnego organowi niefinansowemu. Niemniej jednak sytuacja ta jest wyjątkowo niekomfortowa dla prokuratora, który musiałby koordynować obie części śledztwa i *de facto* z nadzorca stałby się prowadzącym postępowanie.

¹² Zob. postanowienie SN z dnia 19 października 2010 r., sygn. III KK 97/10, LEX nr 707425.

¹³ Tekst jedn. Dz. U. z 2012 r., poz. 749 z późn. zm.

¹⁴ Kluczową kwestią jest tu ustalenie osób faktycznie zajmujących się działalnością gospodarczą, czyli tzw. słupa, i ustalenie źródła uszczuplenia.

deklaracjach podatkowych, wskazanym miejscu przechowywania dokumentacji podatkowej czy chociażby prowadzonych postępowań podatkowych, niefinansowy organ postępowania przygotowawczego musi wystąpić do prokuratora z wnioskiem o wydanie postanowienia o zwolnieniu właściwego Naczelnika Urzędu Skarbowego czy Dyrektora Urzędu Kontroli Skarbowej z tajemnicy zawodowej. Można zapytać w czym problem, skoro uzyskanie tych informacji jest możliwe. Problem jednak w tym, że w śledztwach dotyczących uszczupień podatkowych, zwłaszcza w początkowej fazie postępowania, kluczowy jest czas. W szczególności wtedy, gdy prokurator dokonał blokady rachunków bankowych w trybie art. 19 ustawy o przeciwdziałaniu praniu pieniędzy oraz finansowaniu terroryzmu na okres do 3 miesięcy, w którym należy zgromadzić dowody niezbędne do przedstawienia zarzutów konkretnym osobom, ten czas ma kluczowe znaczenie¹⁵. Z doświadczenia wynika, że czas pozyskania danych objętych tajemnicą zawodową trwa 2–3 tygodnie. A przecież nie można wykluczyć, że okaże się, iż dany podmiot podlega właściwości różnych organów podatkowych czy skarbowych, o czym prokurator nie wiedział. Nie można również zapomnieć o tym, że funkcjonariusze niefinansowych organów postępowania przygotowawczego najczęściej nie posiadają także niezbędnej wiedzy wymaganej do prowadzenia tak skomplikowanych śledztw, jak chociażby z zakresu prawa podatkowego. Postępowania prowadzone przez policję, kwalifikowane z kodeksu karnego skarbowego, traktowane są jako „zło konieczne”. Spowodowane jest to zarówno ich trudnością, jak i czasochłonnością, a także marnymi widokami na spektakularne sukcesy, a wręcz ryzykiem spektakularnej porażki.

Nie budzi więc wątpliwości, że obecny model organów postępowania przygotowawczego w sprawach o przestępstwa skarbowe nie jest zadowalający z punktu widzenia skuteczności i efektywności. Odpowiedzią na wyzwania współczesnej zorganizowanej przestępczości podatkowej winno być więc stworzenie profesjonalnej służby, wyposażonej w narzędzia pozwalające na jej ściganie. Jasnym jest, że nie chodzi tu o tworzenie nowej instytucji, albowiem takich organów w Polsce jest wiele, a reformę jednej już istniejącej, której przyznany zostanie prymat w omawianym zakresie. Zwolennicy koncepcji przyznającej taki status jednemu z organów niefinansowych (Policji czy ABW) wskazują, że jest to uzasadnione właśnie zorganizowanym charakterem tej przestępczości. Projekt ustawy o Agencji Bezpieczeństwa Wewnętrznego zakłada, że jednym z zadań tego organu będzie rozpoznawanie, zapobieganie i wykrywanie przestępstw oraz ustalanie i ściganie sprawców przestępstw powodujących szkodę majątkową lub skierowanych przeciwko mieniu Skarbu Państwa lub innych państwowych osób prawnych,

¹⁵ Skutkiem braku konwersji blokady w zabezpieczenie majątkowe jest jej upadek – szerzej zob. M. Hara, R. Kierzyńska, P. Kołodziejski, *Ustawa o przeciwdziałaniu praniu pieniędzy i finansowaniu terroryzmu. Komentarz*, Warszawa 2014, s. 234 i nast.

której wartość przekracza 16-krotność kwoty stanowiącej mienie wielkiej wartości w rozumieniu kodeksu karnego (16 mln zł), określonych w art. 286 § 1 i 2, art. 287 § 1, art. 296 § 3, art. 297 § 1 i 2, art. 299 § 1, 2, 5 i 6, art. 300 § 1–3 oraz art. 305 § 1 i 2 k.k., a także jeżeli ich skutkiem jest narażenie na uszczuplenie lub uszczuplenie należności publicznoprawnych albo gdy wartość przedmiotu czynu zabronionego przekraczają 10-krotność wielkiej wartości w rozumieniu kodeksu karnego skarbowego (obecnie 16 800 000 zł), określonych w art. 54 § 1, art. 55 § 1, art. 56 § 1, art. 63 § 1–5, art. 65 § 1, art. 67 § 1, art. 69a § 1, art. 70 § 1, 2 i 4, art. 73a § 1, art. 76 § 1, art. 86 § 1 i 2, art. 87 § 1 i 2, art. 90 § 1, art. 91 § 1, art. 92 § 1 k.k.s.¹⁶. Projekt ten w zasadzie zakłada upoważnienie Agencji Bezpieczeństwa Wewnętrznego do wykrywania i ścigania najpoważniejszej przestępczości skarbowej. Jednak w istocie projektowany model niczym nie będzie różnił się od sytuacji, z jaką mamy do czynienia obecnie. W szczególności organ ten w dalszym ciągu zdany będzie na decyzje podatkowe wydawane przez inne organy państwa, czy też nie będzie dysponował swobodnym dostępem do informacji objętych tajemnicą skarbową, bankową itp., zarówno na etapie czynności operacyjnych, jak i procesowych. Tak więc organ ten jak dotychczas prowadził będzie pod nadzorem prokuratora głównie śledztwa dotyczące przestępstw zaszłych, niezwykle kosztowne i czasochłonne, a z uwagi na ich oparcie na osobowych źródłach dowodowych i dokumentach pozyskiwanych po czasie – z utrudnionymi możliwościami dotarcia do sprawców innych niż tzw. słupy. Dotyczy to zresztą wszystkich niefinansowych organów postępowania.

W tej sytuacji wartą rozważenia jest koncepcja reorganizacji uprawnień urzędu kontroli skarbowej (obecnie inspektora kontroli skarbowej) i stworzenie profesjonalnego organu do ścigania poważnej przestępczości skarbowej na wzór włoskiej *Guardia di Finanza*. Organ ten winien posiadać uprawnienia policyjne w zakresie prowadzonych postępowań zarówno o czyny karno-skarbowe, jak i ujawnione w ich trakcie przestępstwa powszechne pozostające w związku z przestępstwami skarbowymi. Wówczas urząd kontroli skarbowej mógłby stać się podstawowym organem powołanym do ścigania najpoważniejszej przestępczości podatkowej, prowadzącym takie postępowania pod nadzorem prokuratora. Oczywiście wymagałoby to zasilenia szeregów urzędów kontroli skarbowej doświadczonymi funkcjonariuszami policji czy innych służb. Dla podkreślenia zmiany podejścia do walki z poważnymi nadużyciami podatkowymi, a także dla jednoznacznego rozgraniczenia uprawnień urzędów kontroli skarbowej od urzędów skarbowych zasadnym byłaby zmiana nazwy urzędu kontroli skarbowej na np. Agencja Bezpie-

¹⁶ Zob. art. 3 ust. 1 pkt 2 lit. c i d projektu ustawy o Agencji Bezpieczeństwa Wewnętrznego z dnia 15 stycznia 2014 r. w wersji na SKRM, dostępnego na stronach internetowych Rządowego Centrum Legislacji.

czeństwa Finansowego. Urzędy skarbowe zajmowałyby się podatnikami, którzy dopuszczają się nieprawidłowości na mniejszą skalę, a organ powstały na bazie urzędów kontroli skarbowej – najpoważniejszymi uszczupleniami. W zakładanym modelu cały ciężar ustaleń spoczywałby na komórkach kar-nych, a postępowanie kontrolne pełniłoby rolę pomocniczą, zmierzającą do wydania decyzji podatkowej w znacznej mierze w oparciu o materiał dowo-dowy zgromadzony w toku śledztwa¹⁷. Proponowane zmiany mogłyby rów-nież spowodować efektywniejsze wykorzystanie posiadanych już uprawnień dzisiejszych urzędów kontroli skarbowej, jak na przykład wywiadu skarbo-wego. Z całą pewnością model taki spowodowałby wzrost skuteczności ści-gania zorganizowanej przestępczości podatkowej.

III. Relacja postępowania podatkowego do postępowania kar-no-skarbowego

Trudności w ściganiu poważnej przestępczości skarbowej wynikają rów-nież z wagi decyzji podatkowej dla biegu postępowania karnego skarbowe-go. Ma ona bowiem istotny wpływ na ostateczną treść zarzutów, z uwagi na określenie kwoty ewentualnego uszczuplenia podatkowego. W orzecznictwie pojawiły się wręcz poglądy, że decyzja podatkowa jest warunkiem *sine qua non* oskarżenia o przestępstwo skarbowe związane z uszczupleniem podat-ku¹⁸. Mimo że kwestia ta podzieliła poglądy doktryny, to jednak znaczna część komentatorów słusznie podkreśla, że wymiarowa decyzja podatkowa nie ogranicza samodzielności jurysdykcyjnej sądu karnego¹⁹. W przeciwnym

¹⁷ W praktyce spowodowałoby to odwrócenie proporcji. Obecnie urząd kontroli skarbowej jest organizacją administracyjno-policyjną, na co wskazuje także jego nazwa wskazująca na wiodącą rolę kontroli. Po zmianach organ ten stałby się organizacją policyjno-administracyjną. Taka zmiana podejścia w stosunku do zorganizowanej przestępczości, wy-korzystującej jedynie mechanizmy podatkowe do uzyskiwania korzyści kosztem Skarbu Państwa, wydaje się naturalna.

¹⁸ Zob. wyrok Sądu Apelacyjnego w Krakowie z dnia 20 kwietnia 2000 r., sygn. II AKa 32/00 (KZS 2000, nr 6, poz. 15), a także postanowienie Sądu Apelacyjnego w Lublinie z dnia 17 czerwca 2009 r., sygn. II AKz 334/09 (KZS 2010, Nr 11, poz. 56), uznające rozstrzygnię-cia organów skarbowych w zakresie obowiązku podatkowego jako kształtujące stosunek prawny w rozumieniu art. 8 § 2 k.p.k., a tym samym wiążące w postępowaniu karnym.

¹⁹ Tak m.in.: J. Duży, Kompetencja sądu karnego do ustalenia kwoty uszczuplonego podatku, Prokuratura i Prawo 2014, nr 1, s. 106 i nast.; J. Grajewski, Kodeks postępowania kar-nego z komentarzem, Gdańsk 1996, s. 23; odmiennie m.in.: S. Twardowski, O wpływie wymiarowych decyzji podatkowych na metodykę prowadzenia postępowań przygotowaw-czych w sprawach o pranie brudnych pieniędzy, (w:) Praktyczne elementy zwalczania prze-stępczości zorganizowanej i terroryzmu, pod red. L. K. Paprzyckiego, Z. Raua, War-szawa 2009, s. 902; M. Charkiewicz, Samodzielność jurysdykcyjna sądu karnego na gruncie art. 54 i art. 56 ustawy – Kodeks karny skarbowy – rzeczywistość znana i nieznana, Prawo i Podatki 2012, nr 12, s. 18.

razie mielibyśmy do czynienia ze stworzeniem *sui generis* warunku dopuszczalności procesu, który jest nieznany ustawie²⁰. Ponadto, związanie sądu karnego w sprawach o przestępstwa skarbowe decyzją władzy administracyjnej co do wysokości uszczuplonego podatku mogłoby ograniczać prawo oskarżonego do obrony, który niekoniecznie musiał brać udział jako strona w postępowaniu administracyjnym²¹. Nie można również tracić z pola widzenia argumentu praktycznego, zgodnie z którym w zakresie tak poważnej przestępczości skarbowej o charakterze zorganizowanym, o jakiej mowa na wstępie niniejszego artykułu, oczekiwanie na prawomocne decyzje podatkowe niejednokrotnie groziłoby przedawnieniem przestępstw skarbowych²².

Nie zagłębiając się w powyższy spór doktrynalny, podkreślić jednak należy, że uzyskanie decyzji podatkowej w prowadzonym postępowaniu karno-skarbowym jest pożądane z kilku względów. Przede wszystkim zachodzi ryzyko dokonania błędnych ustaleń kwoty uszczuplenia przez organ śledczy, zwłaszcza w razie ustalania podstawy opodatkowania w drodze oszacowania. Ponadto, ustalenie osób odpowiedzialnych podatkowo za zobowiązania jest niezbędne celem pełnego zabezpieczenia interesów finansowych Skarbu Państwa. Katalog osób odpowiedzialnych za zaległości podatkowe może być bowiem znacznie szerszy niż odpowiedzialnych karnie²³. Nie można również zapominać, że nadrzędną zasadą, na której opiera się kodeks karny skarbowy, jest wyrównanie uszczerbku finansowego spowodowanego czynem zabronionym, z czym ustawa wiąże określone uprawnienia dla sprawcy (art. 114 § 1 i 2 k.k.s.). Tak więc postępowanie podatkowe może przyczynić się do osiągnięcia celów postępowania karno-skarbowego, albowiem poprzez wydanie prawomocnej decyzji podatkowej należność publicznoprawna uszczuplona czynem zabronionym staje się wymagalna, przez co sprawca zna kwotę, którą winien uiścić do budżetu państwa²⁴. Skutku takiego nie

²⁰ J. Duży, Glosa do wyroku Sądu Najwyższego z dnia 9 stycznia 2012 r., sygn. V KK 327/11, PiP 2013, nr 4, s. 140.

²¹ Za stanowiskiem, zgodnie z którym wydane przez władze administracyjne w postępowaniu podatkowym prawomocne decyzje ustalające wysokość uszczuplonego podatku przez płatnika nie wiążą sądu w postępowaniu karnym przy rozpoznawaniu przez niego spraw o przestępstwa karne skarbowe, opowiedział się również Sąd Najwyższy w uchwale z dnia 10 stycznia 1968 r., sygn. VI KZP 55/67, OSNKW 1968, nr 4, poz. 45.

²² Szczegółowe argumenty przemawiające za uprawnieniem sądu karnego do samodzielnego dokonania ustalenia kwoty uszczuplenia podatku przedstawia J. Duży, Kompetencja..., s. 106 i nast.

²³ W postępowaniu karnym niezbędnym jest ustalenie wszystkich elementów strony przedmiotowej i podmiotowej, gdy tymczasem prawo podatkowe zna chociażby instytucję odpowiedzialności osób trzecich.

²⁴ Kodeks karny skarbowy w wielu miejscach posługuje się pojęciem wymagalnej należności publicznoprawnej uszczuplonej czynem zabronionym, z czym łączy prawo do skorzystania przez sprawcę z instytucji pozwalających na zaniechanie ukarania (zob. art. 16 § 2, art. 17 § 1, art. 19 § 2 k.k.s.).

powoduje sam fakt przedstawienia zarzutów popełnienia czynu zabronionego, w którym kwota uszczuplona jest określona samodzielnie przez organ ścigania.

Problem jednak w tym, że organy podatkowe czy skarbowe mogą wydawać na gruncie podatku od towarów i usług, który jest najczęściej nadużywany do uszczupleń podatkowych dwa rodzaje decyzji: tzw. wymiarowe (określające wysokość zobowiązania podatkowego) i tzw. sankcyjne (w trybie art. 108 ustawy z dnia 11 marca 2004 r. o podatku od towarów i usług²⁵). W pierwszej decyzji organ podatkowy czy kontroli stwierdza, że podatnik uszczuplił podatek VAT, co stanowi podstawę do określenia straty dla budżetu państwa. W takiej sytuacji organ stwierdza, że sprzedaż towaru miała miejsce, a więc podatnik dokonał czynności objętej podatkiem VAT (winien zapłacić podatek należny), lecz w sposób nieuprawniony odliczył sobie kwoty podatku wynikającego z niemających w rzeczywistości miejsca zakupów towaru od osób wystawiających tzw. puste faktury (podatek naliczony). Z kolei charakter drugiej z wymienionych decyzji jest zgoła inny. Ma ona charakter sankcji administracyjnej wynikającej z samego faktu wystawienia tzw. pustej faktury. W tym przypadku organ stwierdza, że podmiot w ogóle nie dokonywał czynności będących przedmiotem opodatkowania (tj. wystawiał i przyjmował puste faktury). Stąd też kwota wskazana w decyzji podatkowej wydanej w oparciu o art. 108 ustawy o VAT nie może być utożsamiana z uszczupleniem podatku w rozumieniu kodeksu karnego skarbowego (przy założeniu, że sama decyzja jest wynikiem prawidłowo ujawnionego stanu faktycznego, ocenionego zgodnie ze wskazaniami procedury karnej²⁶). Decyzja wydana w trybie art. 108 ustawy o VAT sugeruje bowiem, że uszczuplenia w podatku VAT dokonała inna osoba niż wystawiający tzw. puste faktury (odbiorca faktur lub inna osoba faktycznie dysponująca towarem). Wystawiającemu takie puste faktury można więc przypisać poza czynem z art. 62 § 2 k.k.s. także zarzut pomocnictwa do uszczuplenia podatku innej osobie (czy to w ramach art. 54 k.k.s., art. 55 k.k.s., art. 56 k.k.s., czy też art. 76 k.k.s.), a nie osobistego uszczuplenia podatku. Aby to jednak było możliwe, trzeba takiego sprawcę uszczuplenia najpierw ustalić (jak przy firmanctwie), bądź udowodnić mu zamiar (jak przy posługiwaniu się pustymi fakturami). Tymczasem organy podatkowe i kontroli skarbowej nazbyt często obecnie korzystają z decyzji sankcyjnej z art. 108 ustawy o VAT, zapominając o poszukiwaniu źródła uszczuplenia. Wynika to z obecnych wzajemnych relacji postępowania podatkowego i karno-skarbowego, w którym, jak wska-

²⁵ Tekst jedn. Dz. U. z 2011 r., Nr 177, poz. 1054 z późn. zm.

²⁶ Bardzo często w decyzjach podatkowych wydawanych w trybie art. 108 ustawy o VAT spotyka się stwierdzenie, że o fakcie, iż przedsiębiorca nie dokonywał obrotu towarem, świadczy okoliczność, że skoro zakwestionowano jego zakupy, a nie wskazał on innego źródła, to tym samym nie posiadał towaru i nie mógł go sprzedać.

zано wyżej, to drugie jest traktowane przez urzędy skarbowe i urzędy kontroli skarbowej jako wtórne i „mniej istotne”. Prowadzi to do tego, iż inspektorzy kontroli skarbowej i oskarżyciele skarbowi mają „dostosować” zarzuty do zapadłej już decyzji podatkowej, nie mając wpływu na jej kształt. Fakt, że najczęściej decyzje wydawane w trybie art. 108 ustawy o VAT nie są zaskarżane, albowiem podatnikiem zarządzają tzw. słupy, stwarza pokusę dla organów podatkowych i skarbowych nadużywania tego instrumentu. Zresztą i tak wydanie takiej decyzji nie skutkuje najczęściej poszukiwaniem osoby lub podmiotu, które faktycznie uszczupliły podatek. Decyzje wydane w trybie art. 108 ustawy o VAT są jedynie przekazywane, celem wszczęcia na ich podstawie postępowań podatkowych u odbiorców faktur. Jeśli nie uda się w takim postępowaniu udowodnić podatnikowi niezachowania należytej staranności i nie dojdzie do wydania decyzji wymiarowej wobec odbiorcy pustych faktur, to w konsekwencji organ i tak nie wzrusza decyzji w trybie art. 108 ustawy o VAT, aby „zamienić” ją na decyzję wymiarową, bądź też nie szuka osób, które faktycznie uszczupliły podatek²⁷.

Tymczasem prokurator (nie mówiąc już o organach postępowania przygotowawczego) mają ograniczone możliwości inicjowania samych postępowań kontrolnych²⁸. A nie budzi przecież wątpliwości, że takie postępowanie winno służyć także możliwości pociągnięcia do odpowiedzialności karnej sprawców przestępstw. Tym bardziej, że przestępstwa karno-skarbowe są najczęściej w takim przypadku tzw. przestępstwami bazowymi do prania pieniędzy.

Same decyzje podatkowe są także często sprzeczne z ustaleniami śledztwa z uwagi na kwestie ograniczeń w dostępie do dowodów zgromadzonych w toku postępowań karnych. Doskonałym przykładem są tu materiały z kontroli operacyjnej. Nikogo nie trzeba przekonywać, że często takie właśnie działania organów ścigania pozwalają na ustalenie nie tyle tzw. słupów, co osób wyżej postawionych w hierarchii grupy przestępczej zajmującej się wyłudzeniami podatków. Tymczasem, zgodnie z art. 19 ust. 15a ustawy o Policji²⁹, wykorzystanie dowodu uzyskanego podczas stosowania kontroli operacyjnej jest dopuszczalne wyłącznie w postępowaniu karnym w sprawie o przestępstwo lub przestępstwo skarbowe, w stosunku do którego jest dopuszczalne stosowanie takiej kontroli przez jakikolwiek uprawniony podmiot.

²⁷ Dowodem na krótkowzroczność prowadzących kontrole podatkowe niech będzie stwierdzenie jednego z inspektorów w czasie rozmowy, iż „nie jest on od poszukiwania źródła uszczuplenia”, a od wydania decyzji w zakresie mu powierzonym (sic!).

²⁸ Zob. zwłaszcza wyrok NSA w Warszawie z dnia 23 lipca 2009 r., sygn. II FSK 392/08, LEX nr 513088, w którym Sąd stwierdził, że wprawdzie kompetencja prokuratora polegająca na przyznaniu mu prawa do zwrócenia się do organu kontroli skarbowej o wszczęcie postępowania kontrolnego wynika z przepisu prawa (art. 182 k.p.a.), to jednak odmowa jego wszczęcia ma charakter jednostronny i nie wymaga wydania postanowienia.

²⁹ Tekst jedn. Dz. U. z 2011 r., Nr 287, poz. 1687 z późn. zm.

Analogiczne przepisy zawarte są w innych ustawach dotyczących funkcjonowania organów upoważnionych do stosowania takiej kontroli³⁰. Tym samym materiałów takich nie można wykorzystać w toku postępowania podatkowego prowadzonego w celu określenia zobowiązania podatkowego na potrzeby postępowania karno-skarbowego i to nawet wówczas, gdy zostanie z nich zdjęta klauzula tajności. Prowadzi to do sytuacji, gdy organy ścigania dysponują materiałem procesowym pozwalającym na ustalenie, że faktycznym sprawcą uszczupień podatkowych jest konkretna osoba, a organy podatkowe i skarbowe nie mogą określić wysokości uszczuplenia podatkowego. Problemu nie rozwiązuje regulacja zawarta w ustawie o kontroli skarbowej, gdzie art. 36d ust. 1a pozwala na wykorzystanie dowodów zgromadzonych podczas stosowania kontroli operacyjnej także w postępowaniu kontrolnym prowadzonym w stosunku do osoby, wobec której zarządzono kontrolę operacyjną. Przecież obecnie najpoważniejsze postępowania karne skarbowe inicjowane są właśnie w oparciu o materiały z czynności operacyjnych innych organów niż urząd kontroli skarbowej. Problem niemożności wykorzystania w toku postępowania podatkowego materiałów z akt śledztwa dotyczy także dowodów zgromadzonych podczas procesowej kontroli i utrwalania treści rozmów telefonicznych. Również i w tym wypadku, zgodnie z art. 237 § 8 k.p.k., wykorzystanie dowodu uzyskanego podczas takich działań jest dopuszczalne wyłącznie w postępowaniu karnym w sprawie o przestępstwo lub przestępstwo skarbowe, w stosunku do którego jest możliwe zarządzenie takiej kontroli.

Wskazane wyżej kwestie ukazują problemy związane z wzajemną relacją postępowania podatkowego do postępowania karno-skarbowego. Odpowiedzią na te bolączki w zakresie ścigania najpoważniejszych przestępstw byłoby odwrócenie relacji postępowanie karne – postępowanie podatkowe, z prymatem tego pierwszego. Zaproponowana Agencja Bezpieczeństwa Finansowego powstała na bazie urzędu kontroli skarbowej wszczynalaby postępowania podatkowe w każdym przypadku i równocześnie ze wszczęciem przez prokuratora i powierzeniem jej do prowadzenia śledztwa. Jednocześnie organ ten nie byłby związany właściwością miejscową w związku z prowadzoną kontrolą, a mógł przejmować postępowania podatkowe prowadzone przez inne organy, o ile decyzja podatkowa byłaby istotna dla prowadzo-

³⁰ Zob. art. 9e ust. 16a ustawy z dnia 12 października 1990 r. o Straży Granicznej (tekst jedn. Dz. U. z 2014 r., poz. 1402), art. 31 ust. 16a ustawy z dnia 24 sierpnia 2001 r. o Żandarmerii Wojskowej i wojskowych organach porządkowych (tekst jedn. Dz. U. z 2013 r., poz. 568 z późn. zm.), art. 27 ust. 15a ustawy z dnia 24 maja 2002 r. o Agencji Bezpieczeństwa Wewnętrznego oraz Agencji Wywiadu (tekst jedn. Dz. U. z 2010 r., Nr 29, poz. 154 z późn. zm.), art. 17 ust. 15a ustawy z dnia 9 czerwca 2006 r. o Centralnym Biurze Antykorupcyjnym (tekst jedn. Dz. U. z 2014 r., poz. 1411), art. 31 ust. 14a ustawy z dnia 9 czerwca 2006 r. o Służbie Kontrwywiadu Wojskowego oraz Służbie Wywiadu Wojskowego (tekst jedn. Dz. U. z 2004 r., poz. 253 z późn. zm.).

nego postępowania karnego. Co więcej, należy wrócić do możliwości rozszerzania kontroli prowadzonej przez organ zajmujący się ściganiem najpoważniejszych przestępstw. Brak takiej możliwości i obejmowanie kilkoma postępowaniami podatkowymi działalności przestępczej zorganizowanych grup przestępczych powoduje, że fragmentaryczne decyzje nie dają poglądu na całokształt tej działalności, a co za tym idzie, często decyzje podatkowe zostają przez sądy administracyjne uchylane, albowiem dotyczą zbyt krótkiego okresu, aby możliwe było wykazanie braku profesjonalizmu przedsiębiorcy³¹.

Należy zaznaczyć, że odwrócenie relacji postępowania podatkowego do postępowania karnego skarbowego w przypadku najpoważniejszych przestępstw nie stanowiłoby zagrożenia dla rzetelności wydawanych decyzji podatkowych. Po pierwsze dotyczyłoby to wyłącznie najpoważniejszych przestępstw prowadzonych przez Agencję Bezpieczeństwa Finansowego, których dopuszczają się zorganizowane grupy, a po drugie w dalszym ciągu podlegałyby one zaskarżeniu w trybie administracyjnym, a potem do wojewódzkiego sądu administracyjnego i NSA. Ponadto, samo gromadzenie dowodów charakteryzowałoby się większą wszechstronnością i dokładnością, z racji nadzoru prokuratora.

IV. Tajemnice zawodowe a proces karno-skarbowy

W dzisiejszym stanie prawnym prokurator czy organ postępowania przygotowawczego prowadzący postępowania karne i karno-skarbowe (zwłaszcza niefinansowy) napotykają na niezliczoną ilość tajemnic zawodowych. O ile oczywiście nie sposób deprecjonować samej idei ograniczenia dostępu do danych z tzw. sfery wrażliwej, o tyle wydaje się, że pominięcie specyfiki danego postępowania w uregulowaniu dostępu do tajemnic zawodowych zwykłych jest błędem. W praktyce bowiem większość danych gromadzonych w śledztwie karno-skarbowym, zwłaszcza w początkowej fazie tego postępowania, objęta jest tajemnicą. Tymczasem dla ustalenia stanu faktycznego, np. w sprawie dotyczącej prania pieniędzy pochodzących z korzyści wynikających z uszczuplenia podatkowego, niezbędne jest uzyskanie informacji o często kilkudziesięciu podmiotach gospodarczych z urzędów skarbowych, urzędów celnych, urzędów kontroli skarbowej, ZUS czy banków. Tak więc już od pierwszego dnia organy ścigania napotykają na tajemnicę skarbową, celną, pracownika kontroli skarbowej, ZUS, bankową, doradcy podatkowego, telekomunikacyjną itp. Inne jest uzasadnienie prawne dostępu do da-

³¹ W skrajnym przypadku można spotkać się z sytuacją, gdzie za okres 6 miesięcy objęty śledztwem prowadzone są trzy postępowania podatkowe, w tym jedno postępowanie przez urząd skarbowy i dwa przez urząd kontroli skarbowej.

nych podatkowych czy skarbowych w śledztwie gospodarczym, a inne w śledztwie kryminalnym. Nie budzi przecież najmniejszych wątpliwości, że podstawą ustaleń w śledztwie karno-skarbowym jest analiza dokumentacji księgowej podatnika, w tym zwłaszcza rejestrów VAT i faktur VAT, deklaracji podatkowych, przepływów środków na rachunkach bankowych itp. Pozyskanie tych danych zajmuje organom ścigania często kilka miesięcy, gdy tymczasem samo śledztwo winno zostać zakończone co do zasady w ciągu 3 miesięcy.

Kwestia dostępu do tajemnicy skarbowej nie stanowi problemu, o ile postępowanie przygotowawcze prowadzi organ finansowy. Niemniej jednak, jak wskazano wyżej, obecnie właściwość tych organów w najpoważniejszych postępowaniach jest praktycznie wykluczona z uwagi na brak możliwości obejmowania przez nie czynów stanowiących przestępstwa powszechne, nawet jeśli pozostają w nierozdzielalnym związku z czynami karnymi skarbowymi. Problem ten mógłby zostać rozwiązany poprzez stworzenie profesjonalnej jednostki do ścigania poważnej przestępczości skarbowej, co sygnalizowano wyżej. Dziś mamy bowiem do czynienia z absurdalną sytuacją, gdy organ finansowy prowadzący dochodzenie o drobne przestępstwo skarbowe ma łatwiejszy dostęp do danych objętych tajemnicą skarbową niż prokurator prowadzący śledztwo obejmujące uszczuplenia podatkowe na kilkaset milionów złotych.

Problemem w śledztwach dotyczących prania pieniędzy, zwłaszcza pochodzących z korzyści związanych z uszczupleniami podatkowymi, jest również dostęp do danych o rachunkach bankowych. Nie chodzi tu tyle o same regulacje dotyczące tajemnicy bankowej, choć można w tym zakresie zastanawiać się nad jej złagodzeniem w sprawach dotyczących czynów z art. 299 k.k. i art. 165a k.k., a o brak centralnego rejestru rachunków bankowych. Sytuacja ta powoduje, że skuteczne przeciwdziałanie czy ściganie tej przestępczości jest ogólnie mówiąc utrudnione. Prokurator, aby uzyskać informacje o rachunkach Jana Kowalskiego podejrzanego o pranie pieniędzy, musi bowiem wystąpić do kilkudziesięciu banków na terenie kraju, aby ustalić jego majątek i przepływy finansowe. Tymczasem sprawcy piorący pieniądze w ramach zorganizowanych grup przestępczych już tylko w razie powzięcia informacji o zainteresowaniu organów ścigania wygaszają rachunki bankowe wykorzystywane do przestępczej działalności, wyzbywają się majątku, sprzedają udziały w spółkach wykorzystywanych do nielegalnej działalności itp.³². Szybkość działania ma tu więc kluczowe znaczenie. Problem ten nie zawsze jest do rozwiązania we współpracy z Generalnym Inspektorem Informacji Finansowej, albowiem w trybie ustawy z dnia 16 listopada 2000 r. o przeciwdziałaniu praniu pieniędzy oraz finansowaniu terroryzmu

³² M. Hara, R. Kierzyńska, P. Kołodziejski, *Ustawa o przeciwdziałaniu...*, s. 286.

prokurator może pozyskać dane bankowe będące już w posiadaniu tego organu (art. 32 ust. 1). Próba zaangażowania GIIF do pozyskiwania danych o rachunkach bankowych stanowiłaby w istocie obejście przepisów o tajemnicy bankowej. Zresztą zwrócić należy uwagę, że również i ta jednostka analityki finansowej dokonuje takich sprawdzeń poprzez rozesłanie zapytań do wszystkich banków w Polsce (sic!). Należy więc postulować jak najszybsze stworzenie centralnego rejestru rachunków bankowych (wraz z określeniem jej ram prawnych, zapewniających odpowiednią ochronę zgromadzonych tam informacji). Biorąc pod uwagę skalę uszczupień podatkowych i kwoty pranych pieniędzy, jest to problem wymagający natychmiastowego rozwiązania.

V. Zasada legalizmu w postępowaniu karnym skarbowym

Jedną z naczelných zasad polskiego procesu karnego jest zasada legalizmu, która znajduje swoje odzwierciedlenie w art. 10 k.p.k. Zgodnie z § 1 tego przepisu, organ powołany do ścigania przestępstw jest obowiązany do wszczęcia i przeprowadzenia postępowania przygotowawczego, a oskarżyciel publiczny także do wniesienia i popierania oskarżenia o czyn ścigany z urzędu. Wzmocnieniem zasady legalizmu jest art. 10 § 2 k.p.k., który stanowi, że nikt nie może być zwolniony z odpowiedzialności za popełnione przestępstwo, za wyjątkiem wypadków określonych w ustawie lub prawie międzynarodowym. Naturalnie zasada legalizmu doznaje ustawowych ograniczeń, jak chociażby wynikających z instytucji umorzenia absorpcyjnego, świadka koronnego czy immunitetów³³. Tym niemniej należy zastanowić się, czy istniejące wyjątki oportunistyczne są wystarczające do skutecznego ścigania współczesnej, zorganizowanej i transgranicznej przestępczości skarbowej. Słusznie podkreśla się w doktrynie, że konsekwencją zasady legalizmu jest nakaz przeprowadzenia wszystkich czynności procesowych, które mają na celu ustalenie prawdy materialnej w zakresie całości zachowań składających się na przestępstwa będące przedmiotem postępowania, a następnie wyczerpujące zakreślenie skargi publicznej, która musi obejmować wszystkie zachowania sprawcze, a nie tylko określone czyny lub ich fragmenty³⁴. W chwili obecnej brak regulacji, które pozwalałyby ograniczyć rozpoznawanie sprawy wyłącznie do fragmentu czynu ciągłego. Na gruncie przestępstw karnych skarbowych zasada legalizmu nabiera przez to czasem wręcz karykaturalnej postaci. Jako przykład można podać sprawę, w której

³³ W literaturze istnieją spory co do kwalifikowania danych instytucji jako wyjątki oportunistyczne. Zob. M. Rogacka-Rzewnicka, *Oportunizm i legalizm ścigania przestępstw w świetle współczesnych przeobrażeń procesu karnego*, Warszawa 2007, s. 313 i cyt. tam poglądy.

³⁴ J. Duży, *Zasada legalizmu a cele procesu karnego*, PiP 2011, nr 2, s. 63.

podatnik posiadał kilka tysięcy umów skupu złomu od osób indywidualnych, co do których zachodziło uzasadnione podejrzenie, że zostały podrobione. Organ procesowy przesłuchał kilkaset osób, po czym okazało się, że połowa z nich zaprzeczyła, aby podpisy na tych umowach jako sprzedających należały do nich. Zasada legalizmu w obecnym kształcie zobowiązywała organ postępowania przygotowawczego do przesłuchania wszystkich kilku tysięcy dostawców wskazanych w umowach, aby ustalić pełną skalę przestępczego procederu. Zaangażowałoby to organy ścigania (a później wymiaru sprawiedliwości) w sposób nadmierny w stosunku do wagi czynu i potencjalnych zysków. Osoba ta nie posiadała bowiem żadnego majątku pozwalającego na wyrównanie uszczuplonej należności publicznoprawnej z tytułu podatku od osób fizycznych (*nota bene* zobowiązanie podatkowe w tym przypadku uległo przedawnieniu)³⁵. Natomiast oczywistym jest, że kara orzeczona wobec takiego sprawcy działającego w ramach czynu ciągłego nie byłaby znacząco wyższa w przypadku ujawnienia pełnej skali procederu. Stąd też słusznie podnosi się w literaturze, że zasadnym jest rozważenie wprowadzenia wyjątku oportunistycznego polegającego na ograniczeniu ścigania tylko do określonych czynów lub fragmentów czynów tych samych sprawców, jeżeli nie będzie to miało większego znaczenia dla przyszłego wymiaru kary, w szczególności w razie groźby przedawnienia³⁶. Należy pamiętać, że przedawnienie karalności czynów karno-skarbowych jest znacznie krótsze niż przestępstw powszechnych, co w razie obszernych, wielowątkowych postępowań grozi niemożnością pociągnięcia sprawcy do odpowiedzialności w ogóle. O ile propozycja wprowadzenia do procesu karnego wyjątku oportunistycznego pozwalającego na ograniczenie ścigania sprawcy tylko co do niektórych czynów może budzić uzasadnione wątpliwości, o tyle wydaje się, że bez uszczerbku dla poczucia sprawiedliwości i równości wobec prawa można byłoby wprowadzić wspomniany wyjątek oportunistyczny w zakresie fragmentów czynu ciągłego. Nie spowoduje to bowiem naruszenia normy gwarancyjnej z art. 10 § 2 k.p.k., albowiem sprawca taki nie zostanie zwolniony z odpowiedzialności za jakiegokolwiek przestępstwo, a ograniczony zostanie jedynie jego zakres. Co więcej, regulacja taka paradoksalnie przyczyni się do lepszego zagwarantowania równości wobec prawa, albowiem pozwoli organom ścigania skupić się na ściganiu najpoważniejszych przestępstw i pociągnięcia do odpowiedzialności karnej jak największej liczby sprawców. W sprawach karnych skarbowych nie istnieje również ryzyko naruszenia praw pokrzywdzonego, albowiem w sprawach tych uszczerbek po-

³⁵ Co więcej, koszty takiego postępowania mogłyby być w skrajnych przypadkach zbliżone do kwot uszczupleń, jeśli zważyć konieczność ustaleń miejsca pobytu świadków, ich wezwań, zaangażowania funkcjonariuszy i ewentualnych kosztów powołania biegłych z dziedziny badania pisma ręcznego.

³⁶ J. D u ż y, Zasada legalizmu..., s. 65 i nast.

nosi Skarb Państwa, który reprezentowany jest przez prokuratora (bądź finansowy organ postępowania przygotowawczego). Organ procesowy jest tym samym w stanie ocenić skalę potencjalnych zysków i kosztów wynikających z kompletnego wyjaśnienia odpowiedzialności sprawcy w ramach czynu ciągłego. Należy również zwrócić uwagę na fakt, iż wskutek zmian w kodeksie postępowania karnego, które wejdą w życie z dniem 1 lipca 2015 r.³⁷, nastąpi *de facto* ograniczenie innej z naczelnych zasad procesu karnego, równie istotnej z punktu widzenia poczucia sprawiedliwości, tj. prawdy materialnej. Skoro w ocenie ustawodawcy społeczeństwo dojrzało do akceptacji takiego podejścia do wymiaru sprawiedliwości, to tym samym jest gotowe na dalsze poszerzenie wyjątków oportunistycznych, zwłaszcza w tak trudnych i długotrwałych postępowaniach, jakimi są śledztwa o przestępstwa karne skarbowe. Ograniczenie przedmiotowe zarzutu w ramach czynu ciągłego w sprawach karnych skarbowych z całą pewnością przyczyniłoby się do efektywniejszego ścigania zorganizowanej przestępczości skarbowej.

VI. Wnioski

Zachodzące przemiany w strukturze przestępczości, zwłaszcza gospodarczej, wymagają adekwatnych zmian legislacyjnych, które pozwolą na skuteczną walkę z nadużyciami godzącymi w bezpieczeństwo finansowe państwa. Efektu tego nie da się już osiągnąć poprzez dalsze zacieśnianie współpracy organów państwa, albowiem niezbędne są tu zmiany systemowe.

Szczególnie wyraźny jest deficyt wyspecjalizowanego organu wyposażonego w narzędzia do walki ze zorganizowaną i transgraniczną przestępczością skarbową. Konieczna wydaje się reorganizacja uprawnień jednej ze służb, której przyznany zostałby prymat w ściganiu najpoważniejszej przestępczości skarbowej i która wyposażona zostałaby w narzędzia adekwatne do istniejących zagrożeń. Odpowiedzią na wyzwania zorganizowanej przestępczości skarbowej nie jest jednak projekt ustawy o Agencji Bezpieczeństwa Wewnętrznego, która *de facto* miałaby przejąć prowadzenie śledztw dotyczących najpoważniejszych uszczupień podatkowych. Organ ten nie zostanie bowiem doposażony w prawo do wydawania decyzji podatkowych, a co ważniejsze nie będzie posiadał takich możliwości analitycznych, jak organy finansowe, zwłaszcza urzędy kontroli skarbowej, z powodu braku swobodnego dostępu do tajemnicy skarbowej. Nie poprawi to tym samym skuteczności ścigania tej przestępczości, która obecnie jest niska, albowiem ogranicza się do pociągania do odpowiedzialności karnej tzw. słupów. Niejako sama narzuca się więc myśl, aby nowoczesna formacja do ścigania poważnej przestępczości skarbowej powstała na bazie obecnych urzędów kon-

³⁷ Dz. U. z 2013 r., poz. 1247.

troli skarbowej. Proces przekształcenia urzędów kontroli skarbowej w swoją Agencję Bezpieczeństwa Finansowego nie byłby zapewne prosty, jednakże w dłuższej perspektywie pozwoliłby na wzrost efektywności działań wymierzonych przeciwko zorganizowanym grupom zajmującym się oszustwami podatkowymi.

Zaletą takich zmian byłoby również rozwiązanie drugiego z problemów, który utrudnia skuteczną walkę z poważną przestępczością skarbową, a mianowicie istniejącego obecnie dualizmu w gromadzeniu dowodów w postępowaniu karnym i kontrolnym. Wspomniany organ, powstały na bazie dzisiejszych urzędów kontroli skarbowej, równocześnie prowadziłby śledztwo powierzone przez prokuratora i postępowanie kontrolne wszczynane niejako automatycznie z uwagi na uzasadnione podejrzenie poważnego uszczuplenia podatkowego. Cały ciężar gromadzenia dowodów spoczywałby wówczas na śledztwie, z materiałów którego funkcjonariusz prowadzący kontrolę mógłby swobodnie korzystać³⁸. Znacznie ograniczyłoby to dzisiejsze rozbieżności w ustaleniach śledztwa i postępowania kontrolnego z uwagi na dysponowanie przez oba organy odmiennym materiałem dowodowym. Co więcej, korzyścią dla śledztwa mogłaby być szybka i profesjonalna analiza zabezpieczonej dokumentacji podatkowej, którą inspektor kontroli przeprowadzałby na bieżąco. Zaproponowana zmiana zaoszczędziłaby nie tylko czas, ale i środki. Warto zwrócić uwagę, że dzisiejsze procedury powodują często powtarzanie tych samych czynności, jak na przykład przesłuchiwanie tych samych osób w toku śledztwa i kontroli.

Stworzenie swoistej Agencji Bezpieczeństwa Finansowego na bazie urzędów kontroli skarbowej spowodowałoby, że przynajmniej częściowo odpadłby również kolejny problem stojący na drodze do skutecznego ścigania najpoważniejszej przestępczości skarbowej, a mianowicie tajemnice zawodowe. Chodzi tu głównie o tajemnice skarbową i bankową³⁹. Organ ten sam, bez udziału prokuratora, w ciągu kilku dni byłby w stanie zebrać informacje od organów podatkowych w zakresie chociażby składanych deklaracji podatkowych, rejestracji podatnika jako podatnika VAT czy VAT-UE, miejscu przechowywania ksiąg podatkowych itp. Informacje takie są niezbędne już na samym początku planowania śledztwa, kiedy to koniecznym jest ukierunkowanie postępowania i szybkie zabezpieczenie dokumentacji. Niezbędnym jest również stworzenie wspomnianego centralnego rejestru rachunków bankowych. W przeciwnym wypadku ściganie poważnej zorganizowanej przestępczości skarbowej przypominałoby będzie ściganie rowerem sprawców uciekających samochodem.

³⁸ Oczywiście uwzględniając dobro śledztwa.

³⁹ Mało kto wie, że banki są zobowiązane do przekazywania organom podatkowym informacji o „firmowych” rachunkach bankowych osób prowadzących działalność gospodarczą.

Warte rozważenia jest także ograniczenie w procesie karnym zasady legalizmu na rzecz wyjątku oportunistycznego, pozwalającego na przedmiotowe ograniczenie zakresu czynu ciągłego. Racjonalniejsze wykorzystanie sił i środków do walki z przestępczością z całą pewnością skróciłoby postępowania o przestępstwa skarbowe i w większym stopniu zagwarantowałoby poczucie sprawiedliwości.

Wspomniane problemy nie są zapewne jedynymi, które ograniczają efektywność działań organów państwa w stosunku do przestępców najpoważniejszych uszczupień podatkowych. Niemniej jednak są nader wyraźne. Biorąc pod uwagę skalę zagrożenia i kwoty uszczupień podatkowych, stwierdzić należy, że Skarbu Państwa nie stać na dalsze zmiany kosmetyczne. Konieczne jest podjęcie działań zdecydowanych i systemowych.

Effectiveness of tax offence prosecution versus system changes

Abstract

This paper presents proposals for system changes required to effectively prosecute contemporary tax offences. Addressed herein is the issue of no professional agency existing to combat tax offences. Presented is a reform proposal for tax audit authorities which are authorized to conduct proceedings in relation to delicta communia in ideal concurrence, referred to in Article 8, § 1 of the Tax Penal Code and inherent in tax criminal offences (money laundering, participation in an organized criminal group, etc.).

Beata Baran

Z problematyki prokuratorskiego postępowania w sprawach dotyczących odpowiedzialności funkcjonariuszy publicznych za rażące naruszenie prawa

Streszczenie

Artykuł ma za przedmiot prokuratorskie postępowanie wyjaśniające w sprawach dotyczących odpowiedzialności majątkowej funkcjonariuszy publicznych za rażące naruszenie prawa. Zostały w nim poddane analizie dogmatycznej podstawowe zagadnienia proceduralne związane ze wszczęciem i prowadzeniem tego rodzaju postępowania pozakarnego. Obok problemów podmiotowo-przedmiotowych omówione zostały w nim istotne w praktyce prokuratorskiej kwestie określania kwoty odszkodowania. Mają one doniosłe znaczenie dla wysokości roszczeń dochodzonych na drodze sądowej.

Uwagi wprowadzające

Naruszanie prawa przez funkcjonariuszy publicznych jest niewątpliwie przejawem patologii w sprawowaniu władzy. Nie jest ona wyłącznie przymiotem ustrojów totalitarnych. Mechanizmy takie mogą występować również w demokratycznym państwie prawa. Zatem, koniecznym było ustanowienie regulacji normatywnych określających odpowiedzialność majątkową funkcjonariuszy publicznych za rażące naruszenie prawa przy wykonywaniu władzy publicznej. Polski prawodawca uczynił to ustawą z dnia 20 stycznia 2011 r. o odpowiedzialności majątkowej funkcjonariuszy publicznych za rażące naruszenie prawa¹. W moim przekonaniu, jej uchwalenie odpowiada w wymiarze normatywnym konstytucyjnej idei demokratycznego państwa prawnego realizującego zasady sprawiedliwości społecznej. Jest bowiem niewątpliwie, że powinna ona mieć bezpośrednie zastosowanie także wobec funkcjonariuszy publicznych rażąco naruszających prawo przy wykonywaniu władzy publicznej.

Właściwe rozważania wypada poprzedzić ogólną charakterystyką procedury z art. 7 ustawy o.m.f.p. Głównym jej celem jest ustalenie przez prokura-

¹ Por. ustawę z dnia 20 stycznia 2011 r. o odpowiedzialności majątkowej funkcjonariuszy publicznych za rażące naruszenie prawa, tekst jedn. Dz. U. z 2011 r., Nr 34, poz. 173 (zwaną dalej ustawą o.m.f.p.).

tora, kto oraz w jakim zakresie ponosi odpowiedzialność majątkową wobec Skarbu Państwa, jednostek samorządu terytorialnego i innych podmiotów ponoszących odpowiedzialność za szkodę wyrządzoną przy sprawowaniu władzy publicznej. Zadaniem prokuratora jest zwłaszcza zebranie i ocena materiału dowodowego pod kątem występowania przesłanek przewidzianych w art. 1 ustawy o o.m.f.p.². Głównym jego celem jest ustalenie konkretnych funkcjonariuszy odpowiedzialnych za działania lub zaniechania prowadzące do rażącego naruszenia prawa. W praktyce może to okazać się poważnie utrudnione, ze względu na wielopodmiotowość organów oraz wielokroć skomplikowany tok instancji administracyjnych. Funkcja wyjaśniająca postępowania prokuratorskiego z art. 7 ustawy o.m.f.p. dotyczy także aspektu majątkowego. Prokurator jest zobowiązany ustalić wysokość wyrządzonej szkody. Poniższe opracowanie będzie dotyczyć przebiegu tej procedury. Stąd też problematyka przesłanek materialnoprawnych odpowiedzialności funkcjonariuszy za rażące naruszenie prawa przy wykonywaniu władzy publicznej została w nim pominięta³.

Artykuł 7 ust. 3 *in fine* ustawy o.m.f.p. odsyła w wymiarze proceduralnym do art. 43 ust. 2 o prokuraturze⁴, a ten z kolei do przepisów k.p.a. Jest to przykład typowego odesłania o charakterze kaskadowym. Oba ustanowione w tym systemie mechanizmy odsyłające oparte są na klauzuli odpowiedzialności. W tym miejscu należy podkreślić, że art. 43 ust. 2 ustawy o prokuraturze nie odsyła do „odpowiedniego stosowania k.p.a. w tych sprawach, ale stanowi, że stosuje się odpowiednio k.p.a. tylko do czynności służących wyjaśnieniu sprawy, a wymienionych w art. 43 ust. 1 ustawy o prokuraturze. W tym zaś artykule są wymienione *expressis verbis* następujące czynności:

- żądanie nadesłania lub przedstawienia akt,
- żądanie nadesłania lub przedstawienia dokumentów,
- żądanie nadesłania lub przedstawienia pisemnych wyjaśnień,
- przesłuchanie świadków,
- zasięgnięcie opinii biegłych,
- przeprowadzenie oględzin.

Oznacza to, że w toku postępowania wyjaśniającego prokurator stosuje tylko wyliczone powyżej czynności, ale w toku ich prowadzenia stosuje odpowiednio przepisy k.p.a. odnoszące się *stricto* do tych czynności.

² Por. B. Baran, Z problematyki przesłanek odpowiedzialności majątkowej funkcjonariuszy publicznych za rażące naruszenie prawa przy wykonywaniu władzy publicznej, *Roczniki Administracji i Prawa*, rok XIII, Sosnowiec 2013, s. 231 i nast.

³ Por. B. Baran, Zakres podmiotowy ustawy o odpowiedzialności majątkowej funkcjonariuszy za rażące naruszenie prawa, *Przegląd Prawa Publicznego* 2014, nr 1, s. 60 i nast.

⁴ Por. ustawę z dnia 20 czerwca 1985 r. o prokuraturze (tekst jedn. Dz. U. z 2002 r., Nr 21, poz. 206 z późn. zm.), zwaną dalej ustawą o prokuraturze.

Wniosek o wszczęcie pozakarnego postępowania wyjaśniającego

Artykuł 7 ust. 1 ustawy o.m.f.p. stanowi, iż kierownik podmiotu odpowiedzialnego lub kierownik jednostki organizacyjnej podmiotu odpowiedzialnego, które to wypłaciły odszkodowanie, składają wniosek o przeprowadzenie postępowania wyjaśniającego⁵ do prokuratora okręgowego właściwego ze względu na siedzibę podmiotu odpowiedzialnego. Na tle art. 7 ust. 1 ustawy o.m.f.p. nasuwa się pytanie, czy wskazanie prokuratora okręgowego jako adresata wniosku jest jednoznaczne z imperatywnym określeniem wyłącznej właściwości tego prokuratora do przeprowadzenia postępowania wyjaśniającego w sprawie. Jest niewątpliwe, że intencją ustawodawcy było wskazanie prokuratora okręgowego jako jednostki właściwej rzeczowo do prowadzenia postępowania⁶. Niemniej jednak, z obecnego brzmienia przepisu art. 7 ust. 1 o.m.f.p. nie wynika jednoznacznie, która z jednostek organizacyjnych prokuratury jest właściwa do przeprowadzenia postępowania wyjaśniającego, ze względu na zasady substytucji i dewolucji określone w art. 8b ustawy o prokuraturze. Na ich podstawie dopuszczalne jest przekazanie prokuratorowi rejonowemu prowadzenia postępowania wyjaśniającego bądź przejęcie sprawy przez prokuratora apelacyjnego. Tego rodzaju systemowa wykładnia ma jednak swoje mankamenty, gdyż silnie relatywizuje właściwość rzeczową jednostek organizacyjnych prokuratury w omawianej kategorii spraw. Stąd też kierując się dyrektywą ścisłej wykładni przepisów kompetencyjnych utrwaloną nie tylko w doktrynie prawa⁷, ale i judykaturze Trybunału Konstytucyjnego⁸, opowiadam się za tekstualną wykładnią regulacji z art. 7 ustawy o o.m.f.p. i pozostawienie spraw na tle odpowiedzialności materialnej funkcjonariuszy w gestii prokuratury okręgowej.

Strony pozakarnego postępowania wyjaśniającego

Podstawowym zagadnieniem wymagającym omówienia jest kwestia stron postępowania wyjaśniającego prowadzonego przez prokuratora na podstawie z art. 7 ust. 3–5 ustawy o.m.f.p. w zw. z art. 43 ustawy o prokuraturze. Zanim jednak podejmę szczegółowe kwestie dotyczące tego postępowania,

⁵ Por. B. Baran, Wniosek o wszczęcie postępowania w sprawie odpowiedzialności majątkowej funkcjonariuszy publicznych za rażące naruszenie prawa przy wykonywaniu władzy publicznej, *Przegląd Prawa Publicznego* 2014, nr 3, s. 98 i nast.

⁶ Por. druk sejmowy nr 1047, IV kadencja Sejmu RP.

⁷ Por. L. Morawski, *Zasady wykładni prawa*, Toruń 2010, s. 197 i 201.

⁸ Por. wyrok TK z dnia 25 maja 1998 r., sygn. U 19/97, OTK ZU 1998, nr 4, s. 262 oraz wyrok TK z dnia 27 kwietnia 1999 r., sygn. P 7/98, OTK 1999, nr 4, s. 72.

warto wskazać problemy pojawiające się na tle pojęcia strony w świetle postanowień art. 28 k.p.a. Przepis ten, jak ujmuje się to w doktrynie⁹, zawiera jakby dwie odrębne normy prawne¹⁰: jedna odnosi się do każdego, czyjego interesu prawnego lub obowiązku dotyczy postępowanie, druga zaś do podmiotu, który żąda czynności organu ze względu na swój interes prawny lub obowiązek. W moim przekonaniu, obie te normy mają zastosowanie w prokuratorskim postępowaniu wyjaśniającym, gdyż status stron jest w nim wyraźnie zróżnicowany. W ujęciu modelowym można nawet przyjąć, że jednostka lub podmiot, który wypłacił odszkodowanie ma status strony aktywnej, zaś funkcjonariusz publiczny, który wyrządził szkodę przy wykonywaniu władzy publicznej – status strony biernej.

Status strony czynnej ma podmiot lub jednostka, która wypłaciła odszkodowanie. Postępowanie wyjaśniające dotyczy bowiem obowiązku określonego wprost w art. 7 ustawy o.m.f.p. Warto przy tym podkreślić że po jej stronie istnieje wymagany przez art. 28 k.p.a. interes prawny. Jego źródłem są normy prawa cywilnego¹¹, gdyż odpowiedzialność funkcjonariuszy publicznych za szkody wyrządzone przy wykonywaniu władzy publicznej w skutek rażącego naruszenia prawa mają charakter deliktowy. Potwierdzenie tego rodzaju wykładni znajdujemy w art. 2 ust. 1 pkt 2 ustawy, który *expressis verbis* odsyła do art. 417 k.c.

Analizując aspekt podmiotowy postępowania wyjaśniającego z art. 7 ustawy o.m.f.p., należy podkreślić, że posiadanie osobowości prawnej nie jest warunkiem koniecznym dla uzyskania przez podmiot lub jednostkę, która wypłaciła odszkodowanie za szkodę, statusu strony. Zgodnie bowiem z art. 28 k.p.a. stronami mogą być także podmioty i/lub jednostki nieposiadające osobowości prawnej.

Przy omawianiu problematyki strony postępowania, istotnym zagadnieniem jawi się status podmiotu, przeciwko któremu toczy się to postępowanie. Funkcjonariusz publiczny, który wyrządził szkodę przy sprawowaniu władzy publicznej, jest niewątpliwie podmiotem, jak to ujęto w art. 28 k.p.a., „czyjego interesu prawnego” postępowanie dotyczy. Jego interes w tej kategorii spraw ma charakter osobisty, własny i zindywidualizowany, co odpowiada standardom kodeksowym.

⁹ Por. R. Kędziora, (w:) R. Kędziora (red.), Kodeks postępowania administracyjnego. Komentarz, Warszawa 2011, s. 198 i nast.; J. Borkowski, (w:) B. Adamiak, J. Borkowski (red.), Kodeks postępowania administracyjnego. Komentarz, Warszawa 2011, s. 178 i nast.; A. Matan, (w:) G. Łaszczyca, C. Martysz, A. Matan, Kodeks postępowania administracyjnego. Komentarz, t. II, Warszawa 2010, s. 277 i nast.

¹⁰ H. Knysiak-Molczyk, (w:) T. Woś (red.), Postępowanie administracyjne, Warszawa 2013, s. 158.

¹¹ Pogląd taki wyraża również R. Kędziora, (w:) R. Kędziora (red.), Kodeks..., s. 203 i nast.

Strony w postępowaniu wyjaśniającym prowadzonym przez prokuratora mogą występować w nim bądź bezpośrednio, bądź pośrednio poprzez swoich reprezentantów. Zgodnie z zasadami ogólnymi mogą to być albo przedstawiciele ustawowi, albo pełnomocnicy. Jeśli chodzi o tę pierwszą kategorię, to ma ona zastosowanie przede wszystkim do podmiotów i jednostek organizacyjnych, które wypłaciły odszkodowanie z powodu nadużycia władzy przez funkcjonariusza publicznego. Na podstawie ustaw, zazwyczaj pragmatyk urzędniczych lub służbowych, uprawnienia w zakresie reprezentacji posiadają kierownicy tych jednostek oraz na mocy aktów wewnętrznych, z reguły, ich zastępcy.

Reprezentantem funkcjonariusza publicznego w postępowaniu wyjaśniającym może być pełnomocnik¹². Tego rodzaju wnioski uzasadnia art. 32 k.p.a. stosowany poprzez art. 7 ust. 3 ustawy o.m.f.p. w zw. z art. 43 ust. 2 ustawy o prokuraturze. Wyjątkiem od tej zasady jest sytuacja, w której charakter czynności wymaga osobistego stawiennictwa strony. Ma to miejsce wówczas, gdy prokurator, w ramach postępowania dowodowego, wyjaśnia okoliczności faktyczne nadużycia władzy przez funkcjonariusza publicznego. W tym miejscu należy podkreślić, że w wyjątkowych sytuacjach możliwa jest reprezentacja funkcjonariusza publicznego przez jego opiekuna prawnego, jeśli w trakcie pozakarnego postępowania wyjaśniającego został on ubezwłasnowolniony na mocy prawomocnego orzeczenia sądu (art. 13 k.c.).

W pozostałym zakresie do omawianego postępowania wyjaśniającego mają zastosowanie ogólne zasady przewidziane przepisami k.p.a. (art. 32–40). Wyjątkiem w tej materii są postanowienia art. 33 § 4 tegoż kodeksu, przewidujące konstrukcję pełnomocnictwa domniemanego. W moim przekonaniu sprawy dotyczące odszkodowania za nadużycie władzy przez funkcjonariusza publicznego nigdy nie mają przymiotu spraw mniejszej wagi. Problem rażącego naruszenia prawa przy wykonywaniu władzy publicznej w każdej sprawie ma istotne znaczenie społeczne, ze względu na fakt, iż godzi w sedno konstytucyjnej idei państwa prawnego.

Uczestnicy na prawach stron

W postępowaniu wyjaśniającym prowadzonym w trybie art. 7 ust. 3 ustawy o.m.f.p. na prawach stron w praktyce może uczestniczyć:

- organizacja społeczna (np. związek zawodowy),
- Rzecznik Praw Obywatelskich,
- Rzecznik Praw Dziecka, jeżeli dziecko ucierpiało wskutek nadużycia władzy przez funkcjonariusza publicznego.

¹² Por. A. Wróbel, (w:) M. Jaśkowska, A. Wróbel, Kodeks postępowania administracyjnego, Warszawa 2005, s. 316–318.

W tej materii obowiązują ogólne zasady przewidziane w art. 31 k.p.a. Jak się wydaje, w postępowaniu wyjaśniającym szczególne znaczenie wśród organizacji społecznych mogą odegrać związki zawodowe. Mają one w swych statutowych założeniach obronę interesów ludzi pracy¹³. Wśród zatrudnionych status ten posiadają też *de lege lata* niektórzy funkcjonariusze publiczni. Mam tu na myśli nie tylko pracowników służby cywilnej, pracowników samorządowych, urzędników państwowych, ale również funkcjonariuszy służb paramilitarnych, którzy mogą należeć do organizacji związkowych, a konkretnie to: policjanci, funkcjonariusze Służby Więziennej, funkcjonariusze Straży Granicznej oraz strażacy Państwowej Straży Pożarnej¹⁴. Reprezentujące ich związki zawodowe mogą w sprawach odszkodowawczych podjąć działania w zakresie obrony interesów swoich członków. Dlatego też mają one prawo żądać dopuszczenia do udziału w postępowaniu wyjaśniającym w trybie art. 7 ustawy o.m.f.p. Jest niewątpliwe, że tego rodzaju uprawnienia wobec funkcjonariuszy publicznych – związkowców są uzasadnione celami organizacji związkowych funkcjonujących w stosunkach zatrudnienia.

Ze względu na przedmiot postępowania wyjaśniającego dotyczący patologii w funkcjonowaniu władz publicznych należy dopuścić możliwość udziału w nim Rzecznika Praw Obywatelskich. Podstawą jego działania w tym postępowaniu jest art. 14 ustawy o Rzeczniku Praw Obywatelskich¹⁵.

Wszczęcie pozakarnego postępowania wyjaśniającego

Wszczęcie postępowania wyjaśniającego następuje na wniosek kierownika podmiotu lub jednostki organizacyjnej, która wypłaciła odszkodowanie. W świetle przyjętej w art. 61 § 1 k.p.a. formuły normatywnej (z związku z art. 43 ustawy o prokuraturze i art. 7 ust. 1 ustawy o.m.f.p.) nie ma wątpliwości, że mamy do czynienia z realizacją zasady skargowości. Na tym tle rodzi się pytanie, czy prokurator może wszcząć z urzędu takie postępowanie bez wniosku strony aktywnej, na przykład w sytuacji, gdy w ramach postępowania karnego bądź pozakarnego powziął wiadomość o nadużyciu władzy przez funkcjonariusza publicznego w warunkach określonych w art. 1 i 2 ustawy o.m.f.p. Na tak postawione pytanie w moim przekonaniu należy udzielić aprobującej odpowiedzi. Nie ma żadnych wątpliwości, że wszczęcie postępowania wyjaśniającego w celu ochrony naruszonych interesów finan-

¹³ Por. ustawę z dnia 23 maja 1991 r. o związkach zawodowych (Dz. U z 1991 r., Nr 55, poz. 234 z późn. zm.).

¹⁴ Por. G. Orłowski, (w:) J. Wrątny, K. Walczak (red.), Zbiorowe prawo pracy. Komentarz, Warszawa 2009, s. 10 i nast.

¹⁵ Por. ustawę z dnia 15 lipca 1987 r. o Rzeczniku Praw Obywatelskich, tekst jedn. Dz. U. z 2001 r., Nr 14, poz. 147 ze zm.

sowych organów władzy i administracji publicznej w następstwie wypłaty odszkodowania za rażące naruszenie prawa przy wykonywaniu władzy publicznej jest działaniem na rzecz praworządności w finansach publicznych. Tego rodzaju mechanizm jest uzasadniony koniecznością obrony statusu finansowego podmiotów funkcjonujących w sferze budżetowej, zwłaszcza wówczas, gdy kierujące nimi osoby fizyczne, na przykład ze względu na zaistnienie mechanizmów oligarchizacji, nie realizują ustawowych obowiązków. Z łatwością można bowiem sobie wyobrazić sytuację, w której wójt lub burmistrz nie złożył wniosku w trybie art. 7 ust. 1 ustawy o.m.f.p., ponieważ starał się chronić interesy pracowników samorządowych mających status funkcjonariuszy publicznych, którzy są jednocześnie jego politycznymi poplecchnikami. Zaniechanie złożenia wymaganego wniosku może też być motywowane nepotyzmem, które to zjawisko występuje niekiedy w strukturach administracji lokalnej (zarówno rządowej, jak i samorządowej).

Omawiana ustawa nie przewiduje odrębnego postanowienia o wszczęciu postępowania wyjaśniającego. Zatem, należy przyjąć, że następuje ono przez podjęcie pierwszej czynności przez prokuratora¹⁶. W tym kontekście warto rozważyć, czy prokurator w każdym przypadku jest zobowiązany do przeprowadzenia postępowania wyjaśniającego. W literaturze A. Bielska-Brodziak i S. Tkacz formułują stanowisko, że prokurator zawsze ma taki obowiązek. Za swej strony nie podzielam tego poglądu, uważam bowiem, że w praktyce mogą zachodzić sytuacje, zwłaszcza w razie braku formalnej legitymacji ze strony podmiotu składającego wniosek, gdy taki obowiązek nie występuje. Wówczas to prokurator informuje na piśmie ów podmiot, że brak jest podstaw do prowadzenia postępowania. Nie będzie to jednak formalne postanowienie o odmowie wszczęcia postępowania. Przykładem ilustrującym taką sytuację jest wniesienie wniosku przez osobę „pokrzywdzoną” wskutek nadużycia władzy publicznej przez funkcjonariusza bądź też stowarzyszenie albo inną organizację zrzeszającą takie osoby.

Analizując zagadnienie wszczęcia postępowania wyjaśniającego, należy rozważyć sytuację, w której wniosek z art. 7 ust. 1 ustawy o.m.f.p. został skierowany do niewłaściwej rzeczowo (np. prokuratury wojskowej) lub miejscowo jednostki organizacyjnej prokuratury (np. prokuratury okręgowej właściwej ze względu na miejsce zamieszkania funkcjonariusza publicznego). Wówczas to ma zastosowanie norma przewidziana w art. 65 § 1 k.p.a. w zw. z art. 43 ust. 2 ustawy o prokuraturze oraz regulaminu prokuratury, zgodnie z którą organ prokuratury niewłaściwy w sprawie niezwłocznie przekazuje wniosek organowi właściwemu, zawiadamiając przy tym wnioskodawcę. Należy przy tym podkreślić, iż art. 65 § 2 k.p.a. statuuje fikcję prawną, zgod-

¹⁶ Podobnie A. Bielska-Brodziak, S. Tkacz, (w:) A. Bielska-Brodziak (red.), *Odpowiedzialność majątkowa funkcjonariuszy publicznych za rażące naruszenie prawa*. Komentarz, Warszawa 2011, s. 355.

nie z którą wniosek skierowany do organu niewłaściwego przed upływem przepisanej terminu uważa się za wniesiony z zachowaniem terminu. Regulacja ta ma istotne znaczenie z punktu widzenia odpowiedzialności karnej kierownika podmiotu lub jednostki organizacyjnej, która wypłaciła odszkodowanie (art. 10 ustawy o.m.f.p.).

Dowody w pozakarnym postępowaniu wyjaśniającym

W analizie problematyki dowodowej postępowania wyjaśniającego w sprawach odpowiedzialności majątkowej funkcjonariuszy publicznych uwagi wymaga przede wszystkim katalog dopuszczalnych w nim środków dowodowych. Na gruncie obowiązujących regulacji dostrzegam bowiem rozbieżności pomiędzy art. 75 k.p.a. a art. 43 ust. 1 ustawy o prokuraturze. Ten ostatni przepis enumeratywnie wylicza czynności dowodowe¹⁷, jakie może podejmować prokurator w pozakarnym postępowaniu wyjaśniającym. Mechanizm ten nie koreluje z otwartym katalogiem z art. 75 k.p.a., który dopuszcza jako dowody wszystko, co może przyczynić się do wyjaśnienia sprawy, a nie jest sprzeczne z prawem. Analizując relację pomiędzy oboma przywoływanymi normami, wyrażam pogląd, że art. 43 ust. 1 ustawy o prokuraturze w zw. z art. 7 ust. 3 ustawy o.m.f.p. ma zarówno w wymiarze podmiotowym, jak i przedmiotowym charakter przepisu *lex specialis*. Zatem, jak wcześniej wspomniałam, prokurator może wykonać tylko czynności wyliczone enumeratywnie w art. 43 ust. 1 ustawy o prokuraturze, stosując odpowiednio przepisy k.p.a. odnoszące się wyłącznie do tych czynności.

Na gruncie omawianej problematyki rodzi się pytanie, czy w postępowaniu wyjaśniającym stosuje się ogólne zasady dowodowe z k.p.a. Chodzi mi tu w szczególności o zasadę prawdy obiektywnej z art. 7 k.p.a. Artykuł 43 ust. 1 ustawy o prokuraturze w zw. z art. 7 ust. 3 ustawy o.m.f.p. nie zawiera odesłania do tej normy. W moim przekonaniu nie oznacza to jednak, że zasada prawdy obiektywnej nie ma w postępowaniu wyjaśniającym zastosowania. Reprezentuję stanowisko, że uniwersalny charakter tej zasady sprawia, iż ma ona *ab exemplo* zastosowanie także do procedury wyjaśniającej w kwestii odpowiedzialności funkcjonariuszy za rażące naruszenie prawa. Przemawiają za taką wykładnią również względy systemowe, zwłaszcza dyrektywa, iż wszelkie przepisy powinny być interpretowane zgodnie z zasadami prawa. Przyjęcie odmiennej wykładni skutkuje zaistnieniem luki prawnej nie do zaakceptowania w płaszczyźnie aksjologicznej i funkcjonalnej. W konsekwencji należy przyjąć, że prokurator, oceniając

¹⁷ Por. B. Sygitt, Kwestie dowodowe w kodeksie postępowania administracyjnego, Samorząd Terytorialny 1999, nr 7–8, s. 124 i nast.

zebrane dowody, kieruje się zasadami swobodnej, lecz nie dowolnej oceny, zgodnie z dyrektywą sformułowaną w art. 80 k.p.a.¹⁸.

W postępowaniu wyjaśniającym w sprawach odpowiedzialności funkcjonariuszy za rażące naruszenie prawa funkcjonalny priorytet będą miały dowody z dokumentu. W pewnym wymiarze ten priorytet uwidacznia się także w płaszczyźnie normatywnej. Na szczególną uwagę zasługuje tutaj art. 43 ust. 1 ustawy o prokuraturze, który stanowi, iż prokurator może żądać nadesłania lub przedstawienia akt oraz dokumentów. Tego rodzaju ujęcie oznacza, że w postępowaniu wyjaśniającym dowodami są nie tylko pojedyncze dokumenty, ale nawet całe, usystematyzowane w postaci aktowej ich zbiory. W kontekście postanowień art. 7 ust. 3 ustawy o.m.f.p. można nawet sformułować tezę, iż zakres przedmiotowy ustawy o prokuraturze jest w tej materii szerszy od regulacji przyjętej w art. 76 k.p.a.¹⁹. W moim przekonaniu – w praktyce – rozróżnienie to nie ma jednak większego znaczenia, gdyż akta spraw zawierają głównie dokumenty urzędowe.

W kontekście art. 76 k.p.a. dokumenty urzędowe będą miały zwiększoną moc dowodową, w tym sensie, że służy im domniemanie prawdziwości²⁰. Nie oznacza to jednak, że należy w toku postępowania wyjaśniającego pomijać dokumenty o charakterze prywatnym. Mogą one w praktyce rzutować na stopień winy funkcjonariusza i w konsekwencji na poziom odpowiedzialności finansowej. Co więcej, dopuszczam w postępowaniu wyjaśniającym korzystanie z dokumentów zagranicznych, także wystawionych przez organ władz publicznych państw obcych. Należy jednak pamiętać, że nie korzystają one z domniemania określonego w art. 76 § 1 k.p.a. Podlegają więc swobodnej ocenie na zasadach ogólnych.

W postępowaniu prokuratorskim, mającym na celu określenie odpowiedzialności funkcjonariusza publicznego, nader uzasadnionym może okazać się dowód z przesłuchania świadka. Osoby trzecie mogą bowiem posiadać informacje istotnie rzutujące na zakres i poziom odpowiedzialności materialnej za rażące naruszenie prawa. Wielokrotnie mogą oni wskazać na bezprawne zachowanie funkcjonariusza oraz motywy, jakimi się kierował, co bezpośrednio rzutuje na rodzaj winy i zakres majątkowej odpowiedzialności. Stąd też w pełni uzasadnionym jest przesłuchanie osób mogących przyczynić się do wyjaśnienia sprawy. Dotyczy to nie tylko innych funkcjonariuszy uczestniczących w wadliwie prowadzonych procedurach administracyjnych, ale również innych podmiotów w nich uczestniczących, np. strony postępowania administracyjnego, która została majątkowo poszkodowana wskutek rażą-

¹⁸ Por. A. Wróbel, (w:) Kodeks..., s. 508 i nast.

¹⁹ Por. H. Knysiak-Molczyk, (w:) T. Woś (red.), Postępowanie..., s. 259–260.

²⁰ Por. B. Adamiak, (w:) B. Adamiak i J. Borkowski, Kodeks..., s. 338; H. Knysiak-Molczyk, (w:) *ibidem*, s. 259 i nast.

cego naruszenia prawa przez funkcjonariusza podejmującego wadliwą decyzję administracyjną w sprawie.

Do świadków zeznających w pozakarnym postępowaniu wyjaśniającym ma „odpowiednie” zastosowanie art. 83 § 3 k.p.a.²¹. Oznacza to, że prokurator ma obowiązek uprzedzić świadka o prawie odmowy zeznań i odpowiedzi na pytania oraz odpowiedzialności za fałszywe zeznania. Na tym tle powstaje problem, czy w charakterze świadka można przesłuchać funkcjonariusza publicznego, przeciwko któremu jest skierowane postępowanie wyjaśniające. Ze swej strony podzielam stanowisko W. Czerwińskiego²² o wykluczeniu odpowiedniego stosowania w tej materii art. 86 k.p.a. W moim przekonaniu decydującym argumentem jest fakt, iż art. 43 ust. 1 ustawy o prokuraturze nie przewiduje dowodu z przesłuchania stron. Katalog dowodów z tego przepisu ma charakter zamknięty, zatem nie może on zostać uzupełniony w drodze wykładni rozszerzającej, ponieważ naruszałoby to zasadę *exceptiones non sunt excendendae*. W efekcie prokurator nie może przesłuchać w trybie art. 86 k.p.a. podmiotów zainteresowanych w sprawie, w tym również funkcjonariusza, przeciwko któremu może zostać wytoczone powództwo. W ujęciu celowościowym regulacja ta budzi zastrzeżenia. *De lege ferenda* jestem za wprowadzeniem możliwości przesłuchania strony, mam tu na myśli zwłaszcza funkcjonariusza.

Artykuł 43 ust. 1 ustawy o prokuraturze stosowany poprzez art. 7 ust. 3 ustawy o.m.f.p. dopuszcza także dowód z opinii biegłych oraz z oględzin. W praktyce oznacza to, że odpowiednio mają zastosowanie art. 84 i art. 85 k.p.a. Nie jest celem tego opracowania omawianie zagadnień ogólnych dotyczących obu kategorii dowodów. Swoją uwagę skoncentruję na kwestiach praktycznych. Jak się wydaje, taki charakter ma zagadnienie, czy prokurator może powołać biegłego, który miałby złożyć opinie co do obowiązującego prawa, a zwłaszcza jego stosowania. W doktrynie dominuje pogląd²³, że biegli wypowiadają się w kwestii stanu faktycznego. W moim przekonaniu, możliwe jest *de lege lata* dopuszczenie biegłego z zakresu prawa. Pogląd ten ma swe uzasadnienie w tekstualnej wykładni art. 84 k.p.a., gdyż przepis ten nie różnicuje przedmiotu ekspertyzy biegłego, a zatem ma oparcie w argumentacji *lege non ditinquente*. W omawianym postępowaniu wyjaśniającym nie ma zastosowania zasada *iura novit curia*, ponieważ art. 84 k.p.a. jest stosowany na etapie przedsądowym.

Powołanie biegłego co do prawa w postępowaniu wyjaśniającym, choć dopuszczalne z punktu widzenia literalnej wykładni art. 84 k.p.a., będzie

²¹ Por. A. Wróbel, (w:) Kodeks..., s. 524.

²² Por. W. Czerwiński, Udział prokuratora w postępowaniu administracyjnym, Toruń 2009, s. 167.

²³ Por. B. Adamiak, (w:) B. Adamiak, J. Borkowski, Kodeks..., s. 356; H. Knysiak-Molczyk, (w:) T. Woś, Postępowanie..., s. 264.

jednak w praktyce wyjątkiem. Chodzi tu o sytuację, gdy potrzebna jest wysoko specjalistyczna wiedza prawnicza, co do której prokurator może nie mieć odpowiednich kwalifikacji. Ze względu na rozległość prawa administracyjnego materialnego tego rodzaju pomoc merytoryczna ze strony biegłego może okazać się nader użyteczna. Zaproponowana przeze mnie opcja interpretacyjna koreluje z zasadą prawdy obiektywnej, mającą kluczowe znaczenie dla określenia stopnia odpowiedzialności majątkowej funkcjonariusza publicznego za rażące naruszenie prawa. Jeśli chodzi o pozostałe aspekty dowodu z opinii biegłego i oględzin, to obowiązują mechanizmy ogólne z art. 84 i art. 85 k.p.a. Szczególnie w przypadku tego drugiego dowodu nie wydaje się, żeby w praktyce był on stosowany zbyt często.

Prowadzone przez prokuratora postępowanie wyjaśniające może być na podstawie art. 7 ust. 4 i 5 ustawy o.m.f.p. zakończone w dwojaki sposób: albo zostanie skierowany na drogę sądową pozew przeciwko funkcjonariuszowi publicznemu, który wyrządził szkody przy wykonywaniu władzy publicznej, albo zostanie stwierdzony brak podstaw do wytoczenia powództwa.

Wezwanie do dobrowolnego spełnienia świadczenia

W sytuacji, gdy prokurator w toku czynności wyjaśniających stwierdzi, że wytoczenie powództwa przeciwko funkcjonariuszowi jest zasadne, wzywa go na piśmie do dobrowolnego spełnienia świadczenia. Tekstualne brzmienie art. 7 ust. 4 ustawy o.m.f.p. jednoznacznie przemawia za obligatoryjnością wezwania. Wynika to z faktu, że omawiany przepis posługuje się pojęciem „wzywa”, a nie „może wezwać”. Prokurator dopiero po bezskutecznym upływie, co najmniej siedmiu dni od dnia doręczenia wezwania zobowiązanemu, jest uprawniony do wytoczenia powództwa. W tym kontekście powstaje zagadnienie dotyczące skuteczności tego powództwa w sytuacji, gdy prokurator nie skierował stosownej treści wezwania do funkcjonariusza. W moim przekonaniu nie rzutuje to na jego zasadność, a sąd cywilny rozpoznający sprawę nie ma podstaw do odrzucenia pozwu, ani tym bardziej do oddalenia powództwa. Zaniechanie wezwania należy natomiast kwalifikować jako naruszenie przepisów przez prokuratora, co może skutkować dla niego odpowiedzialnością dyscyplinarną.

Wezwanie do spełnienia świadczenia realizuje normę z art. 455 k.c.²⁴. Zgodnie z nią, jeżeli termin świadczenia nie jest oznaczony ani nie wynika z właściwości zobowiązania, świadczenie powinno być spełnione niezwłocznie po wezwaniu dłużnika do wykonania. Artykuł 7 ust. 4 ustawy o.m.f.p.,

²⁴ A. Bielska-Brodziak, S. Tkacz, (w:) A. Bielska-Brodziak (red.), *Odpowiedzialność...*, s. 367.

jako *lex specialis*, precyzuje kategorię niezwłoczności, pozostawiając funkcjonariuszowi publicznemu 7 dni od daty otrzymania wezwania.

Na tym tle powstaje kwestia formy wezwania. Artykuł 455 k.c. nie określa żadnej jego formy. Mamy tu więc do czynienia z kategorią obiektywnej luki prawnej. Powstaje zatem problem, czy w tej materii mają bezpośrednie zastosowanie przepisy k.p.a. o wezwaniach. W moim przekonaniu na tak sformułowane pytanie należy udzielić przeczącej odpowiedzi, ponieważ w rozumieniu art. 50 k.p.a. wezwanie jest czynnością procesową, której istotą jest wezwanie konkretnej osoby do wzięcia udziału w podejmowanych czynnościach procesowych albo złożenia wyjaśnień lub zeznań²⁵. Z natury rzeczy, w tym przypadku, tego rodzaju regulacje nie mogą być stosowane bezpośrednio, gdyż wezwanie z art. 7 ust. 4 ustawy o.m.f.p. jest oświadczeniem woli²⁶. Jednak, w celu zagwarantowania pewności prawa i uniknięcia trudności dowodowych²⁷, należy *ab exemplo* zastosować formę wezwania przewidzianą w k.p.a., z tym jednak zastrzeżeniem, iż będzie ono miało odmienną treść, wywierającą jednak skutki zarówno w sferze materialnoprawnej, jak i proceduralnej.

W wezwaniu do dobrowolnego spełnienia świadczenia należy precyzyjnie określić jego wysokość. Powinna ona odpowiadać zasadom określonym w art. 9 ustawy o.m.f.p. Względy prakseologiczne przemawiają za tym, żeby w wezwaniu znalazły się też informacje, gdzie należy uiścić dobrowolną zapłatę świadczenia. Nie ma przeszkód we wskazaniu numeru konta bankowego, na które należy przelać środki finansowe tytułem odszkodowania za wyrządzoną szkodę.

W tym miejscu warto wspomnieć, w jaki sposób oblicza się siedmiodniowy termin przewidziany w art. 7 ust. 4 ustawy o.m.f.p. Ze względu na fakt, że wezwanie do spełnienia świadczenia ma głównie charakter materialnoprawny nie stosuje się w tym względzie norm k.p.a. o terminach, ale przepisy k.c. Konkretnie rzecz ujmując, ma tu zastosowanie art. 111 § 2 k.c., co oznacza, że termin jest liczony od następnego dnia, w którym funkcjonariusz otrzymał wezwanie.

Analizując problematykę wezwania do spełnienia świadczenia w art. 7 ust. 4 ustawy o.m.f.p., należy rozważyć sytuację, w której funkcjonariusz publiczny zwróci się do prokuratora z wnioskiem o rozłożenie świadczenia na raty. Powstaje problem, czy prokurator może podjąć taką decyzję. W moim przekonaniu w obowiązujących przepisach brak podstawy prawnej do takiego rozwiązania. Artykuł 7 ust. 4 ustawy o.m.f.p. nie przewiduje bowiem takiej możliwości. Zatem, *de lege lata*, na etapie postępowania wyja-

²⁵ A. Krawiec, (w:) T. Woś (red.), *Postępowanie...*, s. 218.

²⁶ K. Zagrobelny, (w:) E. Gniewek (red.), *Kodeks cywilny. Komentarz*, Warszawa 2008, s. 828.

²⁷ *Ibidem*, s. 827.

śniającego nie jest dopuszczalne rozłożenie na raty kwoty świadczenia. Ze swej strony postuluję jednak *de lege ferenda* wprowadzenie takiej opcji przy okazji nowelizacji omawianej ustawy.

W sytuacji zapłaty przez funkcjonariusza pełnej kwoty określonej w wezwaniu wystosowanym przez prokuratora postępowanie wyjaśniające zostaje zakończone poprzez zawiadomienie wnioskodawcy o uiszczeniu kwoty zobowiązania.

Wytoczenie powództwa

Jeżeli w terminie 7 dni od daty wezwania do dobrowolnego spełnienia świadczenia funkcjonariusz publiczny nie zapłaci określonej kwoty pieniężnej, prokurator wytacza powództwo. Nie oznacza to jednak, że pozew ma zostać wniesiony do sądu już następnego dnia. Kiedy konkretnie następuje wniesienie powództwa, obowiązujące przepisy nie precyzują. Należy zatem przyjąć, że powinno to nastąpić w racjonalnym terminie, w normalnym toku pracy urzędu prokuratorskiego.

Na tym tle analizy wymaga zagadnienie, jakie działania należy podjąć, jeżeli funkcjonariusz publiczny tylko częściowo dobrowolnie spełnił świadczenie, na przykład uiszczył tylko 50% żądanej w wezwaniu kwoty odszkodowania wypłaconego przez podmiot lub jednostkę organizacyjną. Kierując się zasadą pełnej kompensacji szkody z art. 361 § 2 k.c.²⁸, należy wówczas wytoczyć powództwo o pozostałą do zapłaty część odszkodowania. Jeżeli szkody dopuściło się kilku funkcjonariuszy, stosuje się zasady określone w art. 9 ust. 2–3 w związku z art. 5 ustawy o.m.f.p.

Konstruując pozew, prokurator musi wstępnie określić zakres odpowiedzialności odszkodowawczej funkcjonariusza lub funkcjonariuszy, gdyż będzie to wyznaczało przedmiot procesu cywilnego oraz wartość przedmiotu sporu w postępowaniu cywilnym. Oba te faktory będą bezpośrednio rzutować na właściwość sądu w postępowaniu cywilnym. Ze względu na odesłanie do przepisów k.p.c. zamieszczonych w art. 8 ust. 1 ustawy o.m.f.p. pozew powinien spełniać wszelkie wymagania stawiane w art. 187 k.p.c.²⁹.

Istotne znaczenie przy formułowaniu pozwu ma określenie wysokości roszczenia dochodzonego od funkcjonariusza publicznego. Wbrew twierdzeniom A. Bielskiej-Brodziak i S. Tkacza³⁰ prokurator nie ma zbyt szerokiego pola manewru. Wytaczając powództwo, jest on zobligowany szczegółowo

²⁸ Por. *ibidem*, s. 561 i nast.

²⁹ Por. Z. Resich, (w:) W. Berutowicz (red.), System prawa procesowego cywilnego, t. II, Wrocław, Warszawa, Kraków, Gdańsk, Łódź 1987, s. 13 i nast.

³⁰ A. Bielska-Brodziak, S. Tkacz, (w:) A. Bielska-Brodziak (red.), Odpowiedzialność..., s. 369.

określonymi dyrektywami sformułowanymi w art. 9 ustawy o.m.f.p. Celem powództwa powinno być możliwie najpełniejsze zrekompensowanie szkody, jaką spowodowała wypłata odszkodowania za rażące naruszenie prawa przez funkcjonariusza przy wykonywaniu władzy publicznej. Artykuł 9 ustawy o.m.f.p. w sposób nader szczegółowy reguluje tę kwestię. Obliczając wysokość dochodzonego roszczenia, należy więc kierować się określonymi w nim dyrektywami, w swej istocie mającymi charakter względnie imperatywny.

Podstawową zasadę formułuje art. 9 ust. 1 ustawy o.m.f.p. Zgodnie z tym przepisem, odszkodowanie, a tym samym wysokość roszczenia, ustala się w wysokości odszkodowania, o którym mowa w art. 5 pkt 1 ustawy o.m.f.p., jednakże nie może ono przekroczyć kwoty dwunastokrotności miesięcznego wynagrodzenia przysługującego funkcjonariuszowi publicznemu. Jego wysokość na podstawie art. 9 ust. 6 ustawy o.m.f.p. określa się na dzień działania lub na koniec okresu zaniechania, które spowodowało rażące naruszenie prawa. W przypadku, gdy zgodnie ze zdaniem poprzedzającym wynagrodzenie może być określone w różnej wysokości, w oparciu o wykładnię *a completudine* przyjmuje się wysokość najwyższą. Jeżeli ustalenie wynagrodzenia według zasad określonych powyżej nie jest możliwe, wynagrodzenie przysługujące funkcjonariuszowi publicznemu określa się na dzień stwierdzenia rażącego naruszenia prawa, o którym mowa w art. 5 pkt 3 ustawy o.m.f.p., a jeżeli w tym dniu osobie odpowiedzialnej nie przysługuje już wynagrodzenie jako funkcjonariuszowi publicznemu, wynagrodzenie określa się na ostatni dzień, w którym ono przysługiwało.

Artykuł 9 ust. 1 ustawy o.m.f.p. wprowadza regułę ograniczonej odpowiedzialności materialnej funkcjonariuszy do wysokości dwunastokrotności miesięcznego wynagrodzenia, pod warunkiem, że szkoda została wyrządzona nieumyślnie w czasie wykonywania władzy publicznej. Jeżeli natomiast szkoda została wyrządzona z winy umyślnej, to funkcjonariusz odpowiada w wysokości przewidzianej w art. 5 pkt 1 ustawy o.m.f.p. W praktyce oznacza to odpowiedzialność majątkową do wysokości wypłaconego odszkodowania przez podmiot odpowiedzialny. Artykuł 9 ust. 4 ustawy o.m.f.p., jako przepis szczególny, uchyla w oparciu o dyrektywę *lex specialis* limit dwunastokrotności miesięcznego wynagrodzenia. W tym kontekście uprawnionym jest wniosek, iż w sytuacji umyślności nadużycia władzy przez funkcjonariusza limit ten zostaje zniesiony, tym samym w powództwie można żądać wyższej kwoty. Podstawową przesłanką jest w tym przypadku zaistnienie winy umyślnej. Oznacza to, że funkcjonariusz publiczny swoim działaniem lub zaniechaniem chciał rażąco naruszyć prawo lub co najmniej na to się godził.

Z kolei, przy winie nieumyślnej, której dotyczy regulacja z art. 9 ust. 1 ustawy, funkcjonariusz przewiduje, że swoim zachowaniem może naruszyć przepisy w sposób rażący, ale przypuszcza, że tego uniknie albo nie przewi-

duże takiej możliwości, choć powinien to przewidzieć. Szczególne trudności na tle omawianego art. 9 ust. 1 ustawy o.m.f.p. rodzi kwestia rażącego niedbalstwa, które wedle konwencji przyjętej w doktrynie prawa cywilnego jest rodzajem winy nieumyślnej. Jego istota wyraża się w praktyce całkowitym ignorowaniem przez funkcjonariusza publicznego następstw swojego działania lub zaniechania, chociaż rodzaj wykonywanych obowiązków lub zajmowane stanowisko nakazują szczególną ostrożność i przezorność w zachowaniu. W tym kontekście, kierując się zasadą wykładni, zgodnie z którą wątpliwości należy interpretować na korzyść zobowiązanego (*favor debitoris*³¹), uważam, że dopuszczalne jest zastosowanie łagodniejszych reguł odpowiedzialności z art. 9 ust. 1 ustawy o.m.f.p.

Przy tworzeniu pozwu na realizacyjnym etapie prokuratorskiego postępowania wyjaśniającego poważne trudności pojawiają się przy zaistnieniu wielopodmiotowości sprawców szkody. Mam tu na myśli tzw. solidarność bierną³², a więc sytuację, w której kilku funkcjonariuszy publicznych dopuściło się wspólnego działania lub zaniechania skutkującego rażącym naruszeniem prawa w rozumieniu art. 5 pkt 2 w związku z pkt. 1 ustawy o.m.f.p. Na mocy art. 9 ust. 2 ustawy o.m.f.p. każdy z nich ponosi wówczas odpowiedzialność majątkową, stosownie do przyczynienia się do rażącego naruszenia prawa i stopnia winy. Zatem, prokurator w toku postępowania wyjaśniającego winien w sposób szczegółowy ustalić poziom przyczynienia się każdego z funkcjonariuszy do rażącego naruszenia prawa. To właśnie te faktory rzutują bezpośrednio na wysokość dochodzonego odszkodowania od każdego z funkcjonariuszy. Jeżeli jednak nie jest możliwe ustalenie stopnia winy i przyczynienia się każdego z funkcjonariuszy, odpowiadają oni w częściach równych.

Zgodnie z art. 9 ust. 3 ustawy o.m.f.p., jeżeli kilku funkcjonariuszy publicznych dopuściło się działania lub zaniechania z winy nieumyślnej, to odpowiedzialność każdego z nich została ograniczona do kwoty dwunastokrotności miesięcznego wynagrodzenia. Jeżeli natomiast nastąpiło to z winy umyślnej, to na mocy art. 9 ust. 5 ustawy o.m.f.p. odpowiadają oni solidarnie do wysokości wypłaconego odszkodowania przez podmiot odpowiedzialny. W tej materii ma więc *a cohaerentia* zastosowanie art. 366 k.c.³³. W efekcie prokurator, w razie zaistnienia opisanej sytuacji, może żądać w pozwie całości świadczenia od wszystkich funkcjonariuszy łącznie, od kilku z nich, a nawet od każdego z osobna. Kwestia ta pozostaje w zakresie uznania prokuratora sporządzającego powództwo.

Ustalenie w postępowaniu wyjaśniającym, że brak podstaw do wytoczenia powództwa do sądu cywilnego uzasadnia na podstawie art. 7 ust. 5

³¹ L. Morawski, *Zasady...*, s. 185.

³² Por. art. 441 k.c. oraz W. Dubis, (w:) E. Gniewek (red.), *Kodeks...*, s. 783.

³³ W. Dubis, (w:) *ibidem*, s. 595.

ustawy o.m.f.p. zaniechanie podjęcia tej czynności. Następuje to zwłaszcza w razie braku przesłanek podmiotowych, przewidzianych w art. 1 i art. 5 ustawy o.m.f.p. Przykładowo, należy wskazać, iż prokurator nie sporządza powództwa, jeżeli okaże się, że wbrew twierdzeniom wnioskodawcy osoba, która wyrządziła szkodę, nie posiadała statusu funkcjonariusza publicznego. Również niezastnienie choćby jednej z przesłanek przedmiotowych³⁴ uzasadnia odmowę. Mam tu na myśli sytuacje, w których nie nastąpiło rażące naruszenie prawa albo nie miało ono miejsca przy wykonywaniu władzy publicznej, a tylko przy okazji jej wykonywania. Także przedawnienie roszczenia przeciwko funkcjonariuszowi publicznemu daje podstawę do odmowy wniesienia powództwa.

Istotnym zagadnieniem jest również wymiar proceduralny zaniechania wniesienia powództwa. Przyjmuję za A. Bielską-Brodziak i S. Tkaczem³⁵, że informacja o tym fakcie powinna zostać przekazana wnioskodawcy na piśmie. Przepisy nie przewidują w tej materii wydania postanowienia, zatem od tej odmowy nie ma żadnych środków odwoławczych, poza ogólnoadministracyjną skargą do nadzrędnego prokuratora. Ten kontekst normatywny trudno zaaprobować w sytuacji, gdy w rachubę mogą wchodzić poważne interesy majątkowe podmiotów publicznych i jednostek funkcjonujących w sferze budżetowej bądź samorządowej. Dlatego też, *de lege ferenda*, postuluję wprowadzenie mechanizmu kontrolnego, choćby w postaci zażalenia na podstawie art. 141 k.p.a. Obecnie obowiązujące przepisy, ze względu na ograniczony zakres przedmiotowy klauzuli odpowiedzialności z art. 43 ust. 2 ustawy o prokuraturze, nie dopuszczają skutecznego złożenia takiego środka odwoławczego.

Podsumowanie

Odpowiedzialność funkcjonariuszy publicznych za rażące naruszenie prawa przy wykonywaniu władzy publicznej stanowi jeden z istotnych fundamentów demokratycznego państwa prawnego realizującego zasady sprawiedliwości społecznej. Niestety, ów fundament, na gruncie ustawy z dnia 20 stycznia 2011 r. o odpowiedzialności majątkowej funkcjonariuszy publicznych za rażące naruszenie prawa, w wielu miejscach wydaje się niedoskonały i dlatego tak trudno zastosować w praktyce wobec urzędników przewidziane w niej mechanizmy odpowiedzialności. W szczególności poważne trudności nasuwa kwestia ustalenia kwoty odszkodowania przez prokuratora. Obowiązujące w postępowaniu dowodowym przepisy postępowania

³⁴ Por. B. Baran, *Z problematyki...*, s. 231 i nast.

³⁵ A. Bielska-Brodziak, S. Tkacz, (w:) A. Bielska-Brodziak (red.), *Odpowiedzialność...*, s. 374.

nia administracyjnego z trudnością przystają do wymogów praktyki. Zwłaszcza klauzula odpowiedniości w swych konsekwencjach generuje szereg wątpliwości interpretacyjnych, co w swych konsekwencjach godzi w zasadę pewności prawa wobec uczestników postępowania.

Prosecutorial investigation in cases involving liability of public officials for flagrant violation of law

Abstract

This paper addresses initial prosecutorial investigation in cases that involve financial liability of public officials for flagrant violations of law. A formal logical analysis is provided of fundamental procedural issues associated with the initiation and conduct of such non-criminal proceedings. In addition to subjective and objective aspects, discussed are matters which are important for work of prosecutors and associated with determining the amount of compensation. These matters are essential as far as the value of claims satisfied by means of judicial enforcement is concerned.

Blanka Julita Stefańska

Przestępstwa uszkodzenia płodu w hiszpańskim prawie karnym

Streszczenie

W artykule poddano analizie znamiona przewidzianych w obowiązującym hiszpańskim kodeksie karnym z 1995 r. przestępstw umyślnego i nieumyślnego spowodowania przy użyciu jakiegokolwiek środka lub zastosowania jakiejkolwiek procedury uszkodzenia lub choroby płodu, które poważnie zaszkodziły normalnemu rozwojowi płodu albo spowodowały poważną wadę fizyczną lub psychiczną (art. 157 i art. 158). Zwrócono uwagę na trudności, jakie występują przy ustalaniu ich znaczenia, i – odwołując się do wypowiedzi doktryny – dokonano ich wykładni.

Wprowadzenie

Po raz pierwszy w historii hiszpańskiego prawa karnego w obowiązującym kodeksie karnym z 1995 r.¹ zostały stypizowane przestępstwa uszkodzenia płodu w art. 157 i art. 158, które są zamieszczone w tytule IV księgi II.

W poprzednim stanie prawnym nie korzystały z ochrony prawnokarnej takie dobra prawne, jak nienaruszalność i zdrowie płodu². W kodeksie karnym z 1973 r. kryminalizacji poddane było tylko zniszczenie płodu, czyli aborcja. Uszkodzenie płodu nie wyczerpywało znamion żadnego z przestępstw przeciwko życiu lub zdrowiu, gdyż przedmiotem przestępstwa uszkodzenia ciała był żywy człowiek³. Objęcie ochroną prawną płodu jest uzasadnione szerokimi możliwościami badania płodu w celach diagnostycznych lub naukowych, które niosą ze sobą zagrożenia zarówno dla życia, jak i dla zdrowia płodu i jego prawidłowego rozwoju oraz mogą spowodować uszkodzenie płodu. Takie uszkodzenie może w znacznym stopniu zaburzyć rozwój płodu i doprowadzić do jego deformacji, powodując po narodzeniu poważne wady oraz problemy zdrowotne, a nawet może doprowadzić do zgonu noworodka.

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

² L. Gracia Martín, E. Escuchuri Aisa, Los delitos de lesiones al feto y los relativos a la manipulación genética, Tirant lo Blanch, Valencia 2005, s. 13.

³ A. Calderón, J. A. Choclán, Código Penal Comentado, Deusto, Barcelona 2005, s. 315.

Typy przestępstwa

Uszkodzenie płodu w hiszpańskim kodeksie karnym jest określone w 2 typach jako: umyślne uszkodzenie płodu (art. 157 h.k.k.) i nieumyślne uszkodzenie płodu (art. 158 h.k.k.). Różnią się one przede wszystkim stroną podmiotową, gdyż pierwsze może być popełnione wyłącznie z zamiarem bezpośrednim albo ewentualnym, a drugie tylko nieumyślnie. W praktyce najczęściej popełniane jest to ostatnie przestępstwo⁴.

Przedmiot ochrony

Tytuł IV h.k.k. nosi nazwę „O uszkodzeniach płodu”. Hiszpański ustawodawca, używając terminu „uszkodzenia płodu”, nie określił bezpośrednio chronionego dobra, a jedynie zaakcentował jego uszkodzenie. W związku z tym w doktrynie rozważa się, czy można jednoznacznie zdefiniować przedmiot ochrony dla wszystkich zachowań w stosunku do płodu, czy też można go określić jedynie co do poszczególnych czynności dokonanych na płodzie⁵.

Część przedstawicieli doktryny twierdzi, że oczywistym przedmiotem ochrony tych przestępstw nie jest życie płodu, a dobra prawne inne niż życie, takie jak – tak jak w przypadku przedmiotu ochrony przestępstwa aborcji – interes demograficzny lub oczekiwana dalsza długość życia⁶.

Inni z kolei uważają, że przedmiotem ochrony jest interes prawny polegający na zapobieganiu rodzeniu się niezdrowych ludzi⁷. Skonkretyzowania tego interesu dopatrują się w prawie do prokreacji, interesie rodziców do posiadania zdrowego potomstwa, bez wad fizycznych lub psychicznych⁸.

Niektórzy, odrzucając powyższe koncepcje, argumentują, że interes wyrażający się w istnieniu ludzi zdrowych nie dotyczy tylko przyszłych narodzonych ludzi, ale odnosi się także do osób już urodzonych⁹. Ograniczenie przedmiotu ochrony tylko do jednostek nienarodzonych uzasadniałoby dopuszczenie w tych wypadkach obowiązkowej aborcji¹⁰.

⁴ L. Gracia Martín, E. Escuchuri Aisa, *Los delitos...*, s. 16.

⁵ *Ibidem*.

⁶ Krytycznie do tego poglądu odniosła się P. Laurenzo Copello, *El aborto no punible*, Bosch, Barcelona 1990, s. 61 i nast.

⁷ V. Latorre Latorre, *Lesiones al feto*, (w:) *Mujer y Derecho penal*, Tirant lo Blanch, Valencia 1995, s. 177 i nast.

⁸ C. M^a. Romeo Casabona, *El Derecho y la Bioética ante los límites de la vida humana*, Centro de Estudios Ramón Areces, Madryt 1994.

⁹ L. Gracia Martín, E. Escuchuri Aisa, *Los delitos...*, s. 17.

¹⁰ V. Latorre Latorre, *Lesiones al feto...*, s. 189.

Wydawać by się mogło, że przedmiot ochrony przestępstw uszkodzenia płodu, tak jak i przedmiot ochrony przestępstw aborcji, uzasadnia stały związek między płodem a narodzoną osobą. Jest to o tyle istotne, że hiszpański Trybunał Konstytucyjny rozszerzył prawo do życia i nienaruszalności fizycznej oraz moralnej obywateli, określone w art. 15 Konstytucji Królestwa Hiszpanii, na płód, uznając, że życie płodu jest konstytucyjnym dobrem prawnym, które jest chronione przez ten przepis. W związku z tym argumentuje się, że skoro życie płodu jest objęte konstytucyjną ochroną, to tym bardziej jest nią objęte jego zdrowie i nienaruszalność¹¹. Pogląd ten dodatkowo wspiera argument, że życie i nienaruszalność fizyczna oraz zdrowie pozostają w ścisłym związku i tym samym taki związek powinien istnieć między życiem, zdrowiem oraz nienaruszalnością fizyczną płodu. Trybunał Konstytucyjny stwierdził, że życie jest ciągłym ruchem, który przechodzi przez różne etapy rozwoju¹². W literaturze słusznie przyjmuje się, że można to odnieść do nienaruszalności oraz zdrowia, gdyż ciało jest ich materialnym nośnikiem¹³.

W świetle powyższych rozważań nie sposób kwestionować, że nienaruszalność i zdrowie płodu są zawsze przedmiotem zamachu przy przestępstwach uszkodzenia płodu. W doktrynie słusznie zauważa się, że na przedmiot ochrony przestępstw uszkodzenia płodu składają się, tak jak w wypadku przedmiotu ochrony przestępstw uszkodzenia osób urodzonych¹⁴, nienaruszalność i zdrowie, z tym że w wypadku osób urodzonych przedmiot ochrony w chwili jego naruszenia dotyczy konkretnej osoby, żyjącej samodzielnie¹⁵. Podkreśla się także, że uszkodzenie płodu odnosi się do płodu, który jest zależny i nie jest samodzielny, a jego uszkodzenie ujawnia się wówczas, gdy płód opuszcza ciało kobiety¹⁶. Pogląd ten jest nietrafny. Słusznie kwestionuje się go w doktrynie¹⁷, podnosząc, że nie można przyjąć, iż przestępstwo uszkodzenia płodu ma miejsce w momencie narodzin, gdyż z reguły po narodzinach ujawniają się jego skutki. Obecnie, w wyniku znacz-

¹¹ P. Lorenzo Copello, (w:) J. L. Díez Ripolles, L. Gracia Martín, P. Lorenzo Copello, Comentarios al Código Penal, Parte Especial, I, Título I a IV y faltas correspondientes, Tirant lo Blanch, Valencia 1997, s. 280.

¹² Sentencia 53/1985, de 11 de abril de 1985 (BOE núm. 119 de 18 de mayo de 1985).

¹³ C. M^a. Romeo Casabona, La protección jurídica del concebido. El feto como paciente, Revista Jurídica de Castilla la Mancha núm. 7, 1989, s. 444 i nast.; J. M. Valle Muñoz, M. González González, Utilización abusiva de técnicas genéticas y Derecho penal, Poder Judicial núm. 26 (1992), s. 126 i nast.; J. M. Peris Riera, La regulación penal de la manipulación genética en España (Principios penales fundamentales y tipificación de las genotecnologías), Fundación Valenciana de estudios avanzados – Ilustre Colegio de abogados de Valencia, Civitas, Madryt 1995, s. 162.

¹⁴ Przestępstwa te zawarte są w Rozdziale III Księgi II h.k.k. (art. 147–156 bis).

¹⁵ L. Gracia Martín, E. Escuchuri Aisa, Los delitos..., s. 17.

¹⁶ V. Latorre Latorre, Lesiones al feto..., s. 178.

¹⁷ J. F. Higuera Guimerá, El Derecho penal y la genética, Trivium, Madryt 1995, s. 322.

nego postępu badań prenatalnych częste są przypadki wykrycia uszkodzenia płodu przed narodzeniem i wówczas podejmuje się leczenie płodu w łonie kobiety.

Artykuł 157 h.k.k. wymaga, by uszkodzenie lub choroba płodu *verba legis* „poważnie zaszkodziły normalnemu rozwojowi płodu albo spowodowały poważną wadę fizyczną lub psychiczną”. W związku z powyższym można przyjąć, że przedmiot ochrony zmienia się w zależności od rozwoju płodu. Jest nim zatem nienaruszalność płodu i stan zdrowia po narodzeniu oraz jego późniejszy rozwój.

Strona przedmiotowa

Zachowanie sprawcze zarówno przestępstwa określonego w art. 157, jak i 158 h.k.k. jest identyczne. W art. 158 h.k.k. odesłano do opisu czynu w art. 157 h.k.k. Polega ono na spowodowaniu przy użyciu jakiegokolwiek środka lub zastosowania jakiegokolwiek procedury uszkodzenia lub choroby płodu, które poważnie zaszkodziły normalnemu rozwojowi płodu albo spowodowały poważną wadę fizyczną lub psychiczną. Chodzi o wszelkie działania, w wyniku których następuje uszkodzenie lub choroba płodu¹⁸. W praktyce działania takie najczęściej mają miejsce w wypadku badań kontrolnych płodu. Nie ma znaczenia cel czynu, który może mieć charakter diagnostyczny, leczniczy lub badawczy.

Przedmiotem przestępstwa jest płód, który nie jest zdefiniowany w ustawodawstwie hiszpańskim. Jest to termin określający ostatnie stadium rozwoju zarodka. Po zapłodnieniu formuje się zygota, która jest odrębnym tworem, mającym własny kod DNA i to ta niezależność genetyczna zygoty pozwala na jej wyodrębnienie od innych komórek tkanki ludzkiej.

W piśmiennictwie podkreśla się, że od utworzenia zygoty zaczyna się życie¹⁹. W biologii zygotę określa się mianem embrionu przedimplantacyjnego lub preembrionu. Po 14 dniach od utworzenia się zygoty następuje implantacja, które polega na zagnieżdżeniu się w ścianie macicy kilkudziesięciokomórkowego zarodka²⁰. Ten właśnie moment uznaje się za chwilę, z którą embrion nabiera pełnej indywidualizacji²¹. Płód zaś jest ostatnim stadium rozwojowym zarodka, rozpoczynającym się od momentu, kiedy można roz-

¹⁸ L. Gracia Martín, E. Escuchuri Aisa, *Los delitos...*, s. 38.

¹⁹ C. M^a. Romeo Casabona, *El Derecho y la Bioética...*, s. 148 i nast.; J. F. Higuera Guimerá, *El Derecho penal y la genética...*, s. 196; P. Lorenzo Copello, *El aborto...*, s. 79.

²⁰ http://pl.wikipedia.org/wiki/Implantacja_%28fizjologia%29.

²¹ C. M^a. Romeo Casabona, *El Derecho y la Bioética...*, s. 148 i nast.; J. F. Higuera Guimerá, *El Derecho penal y la genética...*, s. 196; P. Lorenzo Copello, *El aborto...*, s. 80.

poznać cechy morfologiczne człowieka²². Według art. 1 ust. 2 ustawy 14/2006 z dnia 26 maja 2006 r. o wspomagających technikach rozrodu ludzi²³, preembrion jest grupą komórek powstałych w wyniku progresywnego podziału oocyta od chwili zapłodnienia do 14 dni. Oznacza to, że hiszpański ustawodawca zdefiniował embrion przedimplantacyjny zgodnie z określeniem biologicznym.

W przypadku przestępstwa uszkodzenia płodu powstaje problem, od kiedy zaczyna się jego ochrona prawnokarna, skoro ustawodawca użył terminu „płód”. Jego wykładnia podzieliła hiszpańską doktrynę.

Część autorów twierdzi, że termin „płód” należy rozumieć wąsko i wyłączyć z ochrony prawnej preembrion oraz zarodek. Odwołują się do wykładni językowej, wywodząc, że ustawodawca zdawał sobie sprawę z różnego znaczenia terminów „zarodek” i „płód”, a mimo to, przygotowując projekt kodeksu karnego w 1994 r., świadomie użył słowa pojęcia „płód”. Uważają oni, że uszkodzenie preembrionu albo zarodka jest wyłączone z zakresu tego przestępstwa, jednakże zachowanie takie mogą wypełniać znamiona przestępstw manipulacji genetycznej²⁴.

Według aktualnego stanu wiedzy biologii i genetyki uznaje się, że preembrion jest niewątpliwie życiem, jednak nie jest jeszcze życiem ludzkim. O tym decyduje moment zagnieżdżenia, gdyż wtedy – jak już podkreślano – zaczyna się indywidualne życie²⁵. Badania naukowe dowiodły, że około 50% zapłodnionych komórek jajowych nie zagnieżdża się i dochodzi do poronienia²⁶. Jest to argument, który pozwala wyłączyć preembriony z zakresu terminu „płód”.

Inni autorzy twierdzą, że ochrona prawnokarna tego przepisu zaczyna się od zagnieżdżenia zarodka, zatem uszkodzenia zarodka po jego zagnieżdżeniu oraz uszkodzenia płodu powinny być karane na podstawie tego przepisu, wyłączając natomiast preembrion oraz embrion *in vitro*²⁷.

²² <http://pl.wikipedia.org/wiki/P%C5%82%C3%B3d>.

²³ Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida (B.O.E. núm. 126, de 27 de mayo de 2006).

²⁴ F. Higuera Guimerá, *El Derecho penal y la genética...*, s. 324; V. Latorre Latorre, *Lesiones al feto...*, s. 185 i nast.; F. Benítez Ortúzar, *Aspectos jurídico-penales de la reproducción asistida y la manipulación genética humana*, Madryt Edersa 1997, s. 419; J. J. González Rus, *Lesiones al feto*, (w:) M. Cobo del Rosal (coord.), *Derecho penal español, Parte Especial*, Dykinson, Madryt 2004, s. 135; J. Sánchez-Junco Mans, *Comentarios a los artículos 157a 162 del Código Penal*, (w:) C. Conde-Pumpido Ferreiro (dir.), *Código Penal comentado*, Tomo I, Bosh, 2004, s. 496.

²⁵ C. M^a. Romeo Casabona, *El Derecho y la Bioética...*, s. 148 i nast.; P. Laurenzo Copello, *El aborto...*, s. 80.

²⁶ C. M^a. Romeo Casabona, *El Derecho y la Bioética...*, s. 150.

²⁷ F. Flores Mendoza, *El delito de lesiones al feto en el Código penal español de 1995*, *Revista de Derecho y Genoma Humano* núm. 5 (1996), s. 182; F. Muñoz Conde,

Niemniej, niektórzy wskazują, że uszkodzenia zarodka *in vitro* przeznaczonego do rozrodu powinny być objęte karalnością, gdyż mogą one wywoływać negatywne skutki dla urodzonej osoby²⁸. Inni twierdzą, że uszkodzenia embrionu przedimplantacyjnego *in vitro* powinny być zabronione tylko wówczas, gdy będzie się go implantować, jednakże pogląd ten nie znajduje uzasadnienia treści art. 157 h.k.k. Słusznie podkreśla się, że karalność uszkodzeń embrionów przeznaczonych do implantacji oraz brak karalności uszkodzeń embrionów nieprzeznaczonych do implantacji byłaby nieuzasadniona i nieproporcjonalna²⁹.

Są też autorzy, którzy przyjmują, że termin „płód” powinien być interpretowany szeroko i jego zakresem obejmują wszystkie stadia rozwojowe zarodka. Odstępują od wykładni językowej i odwołują się do wykładni celowościowej, mając na względzie ochronę prawnokarną uszkodzenia płodu. Ochrona ta obejmuje nienaruszalność płodu oraz zdrowie człowieka, który urodzi się w przyszłości, czyli zapewnienie mu, by nie był upośledzony fizycznie lub psychicznie albo nie cierpiał na poważną chorobę. Przyczyny tych upośledzeń mogą wystąpić w czasie rozwoju zarodka, dlatego też zapewnia się jego ochronę karną, która ma zapobiegać jego uszkodzeniom, uniemożliwiającym normalny rozwój oraz zdrowie nienarodzonego człowieka³⁰.

Derecho penal. Parte Especial, 14 ed., Tirant lo Blanch, Valencia 2002; C. M. Romeo Casabona, Genética y Derecho penal, los delitos de lesiones al feto y relativos a las manipulaciones genéticas, Derecho y Salud, vol. 4, núm. 2 (1996), s. 164; J. M. Valle Muñiz, De las lesiones al feto, (w:) G. Quintero Olivares (dir.), F. Morales Prats (coord.), Comentarios al nuevo Código penal, 3 ed., Aranzadi, Madrid 2004, s. 805; M. Pérez Manzano, Lesiones al feto, (w:) M. Bajo Fernández (dir.), Compendio de Derecho penal (Parte Especial), vol. I, Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid 2003, s. 444; S. Huerta Tocildo, De ciertas incongruencias y aparentes paradojas en los delitos de lesiones al feto, (w:) G. Quintero Olivares, F. Morales Prats (coordinadores), El nuevo Derecho penal español. Estudios penales en memoria del Prof. José Manuel Valle Muñiz, Navarra, 2001, s. 1431; M. Olmedo Cardenete, De las lesiones al feto, (w:) M. Cobo del Rosal (dir.), Comentarios al Código penal, t. V (Homicidio. Lesiones. Aborto y Manipulación genética. Artículos 138a 162), Edersa, Madrid s. 605; C. Granados Pérez, Objeto material en los delitos contra las personas, (w:) Delitos contra las personas, Manuales de formación continuada 3, Consejo General del Poder Judicial, 1999, s. 261, E. Santana Páez, S. Senent Martínez, De las lesiones al feto, (w:) M. Cobo del Rosal (dir.), Comentarios al Código penal, t. V (Homicidio. Lesiones. Aborto y Manipulación genética. Artículos 138a 162), Edersa, Madrid s. 642; E. Ramón Ribas, El delito de lesiones al feto. Incidencia en el sistema de tutela penal de la vida y la salud, Comares, Granada 2002, s. 403.

²⁸ F. Flores Mendoza, El delito de lesiones al feto..., s. 182.

²⁹ J. U. Hernández Plasencia, La protección penal del embrión preimplantatorio, (w:) C. Romeo Casabona (Ed.) Genética y Derecho penal, previsiones en el Código Penal Español de 1995, Cátedra Interuniversitaria Fundación BBVA–Diputación Foral de Bizkaia de Derecho y Genoma Humano–Comares, Granada 2001, s. 119–120.

³⁰ L. Gracia Martín, E. Escuchuri Aisa, Los delitos..., s. 31; A. Serrano Gómez, Derecho penal. Parte Especial, Dykinson, Madrid 2004, s. 135.

Podkreśla się, że moment, od którego zaczyna się ochrona życia poczętego dziecka, a co za tym idzie – jego nienaruszalności i zdrowia, jest pojęciem prawnym, różniącym się od definicji biologicznej. Jest to definicja ocennonormatywna. Twierdzi się, że zarodek jest bardziej podatny i wrażliwy na uszkodzenia w wyniku różnych interwencji³¹. Nie należy również zapominać, że terapia płodu i embrionu przedimplantacyjnego może spowodować uszkodzenia, które wyjdą na jaw po narodzinach albo w wyniku tego uszkodzenia dziecko urodzi się martwe, albo umrze w chwilę po urodzeniu³². Konstatuje się, że w świetle powyższych argumentów cele polityki karnej w zakresie tych przestępstw oraz ich aksjologia wymagają, by przepisy te chroniły zarówno zarodek, jak i embrion przedimplantacyjny³³.

Ochrona przed uszkodzeniami płodu trwa do narodzin. Jest to moment, w którym płód opuścił ciało kobiety i został od niej odłączony³⁴. W doktrynie wyrażony został pogląd, że płód musi być zdrowy i w związku z tym wyklucza się z zakresu z tego przestępstwa choroby dziedziczne³⁵. Jednak zdaniem niektórych autorów jest to oczywiste, gdyż w momencie poczęcia nie ma przedmiotu czynności wykonawczej³⁶.

Skoro przedmiotem ochrony jest nienaruszalność i zdrowie płodu oraz jego późniejszy rozwój, to przedmiotem przestępstwa jest konkretny płód, który ucieleśnia te dobra. Mając na uwadze, że prawo karne chroni obiektywnie istniejące dobra prawne, niezdolność embrionu albo płodu do posiadania praw subiektywnych ze względu na brak osobowości, nie stanowi przeszkody do przypisania mu tych dóbr, gdyż istoty te mają prawo do nienaruszalności oraz zdrowia.

Przestępstwo uszkodzenia płodu może być popełnione przez zaniechanie, ale tylko wówczas, gdy zostaną spełnione przesłanki przewidziane w art. 11 h.k.k. Chodzi o wypadki niedopełnienia szczególnego obowiązku prawnego lub umownego, który ciążył na sprawcy, albo gdy sprawca swoim działaniem lub zaniechaniem stworzył niebezpieczeństwo dla dobra chronionego prawem.

³¹ C. M^a. Romeo Casabona, *El Derecho y la Bioética...*, s. 403 i nast.

³² *Ibidem*, s. 379.

³³ *Ibidem*, s. 148.

³⁴ E. Peñaranda Ramos, *La protección de la vida y la salud humanas entre sus fases prenatal y postnatal de desarrollo*, *Revista de Derecho penal y Criminología*, núm. 11 (2003), s. 168.

³⁵ J. C. Carbonell Mateu, J. L. González Cussac, *Lesiones al feto*, (w:) T. Vives Antón, E. Orts Berenguer, J. C. Carbonell Mateu, J. L. González Cussac, C. Martínez-Buján Pérez, *Derecho penal, Parte Especial, tirant lo blanch*, Valencia 2004, s. 158.

³⁶ C. M^a. Romeo Casabona, *Genética y Derecho penal...*, s. 165; M. Pérez Manzano, *Lesiones al feto...*, s. 447.

W wypadku tego przestępstwa musi wystąpić przyczyna stwarzająca zagrożenie uszkodzenia lub choroby płodu, w pełni zależna od sprawcy. Przykładowo, przestępstwo to może być dokonane przez zaniechanie w przypadku wykorzystania zarodka lub płodu do badań naukowych, które spowodowały dla niego zagrożenie, a osoba, która kontroluje i przeprowadza badanie, nie przerywa go i je kontynuuje³⁷. W doktrynie wskazuje się, że takim gwarantem jest też ginekolog, który dowiedział się od pacjentki, że zażywa talidomid i nie informuje jej o możliwych skutkach ubocznych szkodliwych dla płodu, albo też ginekolog, który widzi jak inny lekarz przepisuje jego pacjentce w zagrożonej ciąży lek, który prawdopodobnie zakłóci rozwój płodu³⁸.

Oba przestępstwa uszkodzenia płodu są przestępstwami skutkowymi. Skutek ten ustawodawca ujął alternatywnie; może to być uszkodzenie lub choroba, które spowodowały poważny uszczerbek w normalnym rozwoju płodu. Uszczerbek ten może polegać na patologicznej zmianie o charakterze anatomicznym lub funkcjonalnym. Innymi słowy, uszczerbek ma dotyczyć tkanek lub organów – np. braku którejś części ciała. Może też polegać na zmianie somatycznej całego organizmu, czyli chorobie fizycznej, np. spowodowanie w płodzie zaburzeń oddechowych lub kardiologicznych. Może też występować w postaci zmiany struktur psychicznych, czyli chorobie umysłowej, powodując np. zmniejszenie zdolności funkcji intelektualnej³⁹. Artykuł 157 h.k.k. wymaga, by uszkodzenie lub choroba – jak już wskazywano – „poważnie zaszkodziły normalnemu rozwojowi” albo „spowodowały poważną wadę fizyczną lub psychiczną płodu”. Pierwszy skutek oznacza, że uszkodzenie lub choroba ogranicza albo znacznie utrudnia rozwój biologiczny płodu, zarówno podczas ciąży, jak i po porodzie⁴⁰. Przez wadę fizyczną lub psychiczną rozumie się malformacje, czyli fizyczne lub psychiczne braki o charakterze trwałym i nieuleczalnym⁴¹.

Między czynem a skutkiem musi zachodzić związek przyczynowy. Większość doktryny słusznie stoi na stanowisku, że należy rozstrzygać go według teorii obiektywnego przypisania skutku⁴². Niesłuszny jest pogląd, by związek

³⁷ L. Gracia Martín, E. Escuchuri Aisa, *Los delitos...*, s. 38.

³⁸ F. Benítez Ortúzar, *Aspectos jurídico-penales...*, s. 431.

³⁹ V. Latorre Latorre, *Lesiones al feto...*, s. 192.

⁴⁰ *Ibidem*, s. 193.

⁴¹ *Ibidem*.

⁴² J. M. Silva Sánchez, *Sobre la relevancia jurídico-penal de la no-inmediatez en la producción del resultado*, (w:) *Estudios penales en memoria del Profesor Agustín Fernández Albor*, Universidad Santiago de Compostela, 1989, s. 681 i 683; D. M. Luzón Peña, *Problemas de la transmisión y prevención del SIDA en el Derecho penal español*, (w:) S. Mir Puig, *Problemas jurídico-penales del SIDA*, J. M. Bosh Editor, Barcelona 1993, s. 14 i 18.

ten rozpatrywać według teorii ekwiwalencji⁴³. W wypadku popełnienia tego przestępstwa przez zaniechanie związek przyczynowy między skutkiem a przyczyną polega na tym, że przyczyna była kontrolowana oraz znajdowała się pod władztwem sprawcy.

Przestępstwo określone w art. 157 h.k.k. może być popełnione w formie usiłowania, które może mieć miejsce np. w wypadku, gdy nosiciel choroby zakaźnej, chcąc zarazić nią płód i nie mówiąc o tej chorobie kobiecie w ciąży, współżyje z nią, jednak nie dochodzi do zarażenia chorobą płodu⁴⁴. Może również wystąpić sytuacja, w której uszkodzenie płodu samoistnie zostanie wyleczone albo w wyniku leczenia prenatalnego. Słusznie w doktrynie przyjmuje się, że w takim wypadku sprawca odpowiada za przestępstwa uszkodzenia płodu, gdyż w przeciwnym razie podważono by niezależność przedmiotu ochrony, jakim jest nienaruszalność i zdrowie płodu⁴⁵.

Problemem nierozwiązanym w doktrynie jest spowodowanie śmierci noworodka w wyniku uszkodzenia płodu. W takim wypadku nie dochodzi do aborcji, gdyż śmierć następuje, gdy noworodek żyje niezależnie. Nie można również zakwalifikować tego czynu jako zabójstwa, gdyż przedmiotem uszkodzenia jest płód⁴⁶. Wobec powyższego zaproponowano rozwiązanie, że w wypadku, gdy sprawca obejmował śmierć zamiarem ewentualnym, czyn należy kwalifikować jako usiłowanie aborcji⁴⁷ lub jako dokonanie aborcji⁴⁸. O ile sprawca nie działał z zamiarem ewentualnym, w grę wchodzi idealny zbieg przestępstwa umyślnego uszkodzenia ciała oraz przestępstwa nieumyślnej aborcji⁴⁹, bądź też należy przyjąć tylko przestępstwo uszkodzenia ciała, bez oceny śmierci⁵⁰.

⁴³ L. Gracia Martín, (w:) J. L. Díez Ripolles, L. Gracia Martín, P. Laurenzo Copello, *Comentarios al Código Penal...*, s. 55.

⁴⁴ V. Latorre Latorre, *Lesiones al feto...*, s. 203 i nast.

⁴⁵ Tak, m.in.: M. Olmedo Cardenete, *De las lesiones...*, s. 614; M. Pérez Manzano, *Lesiones al feto...*, s. 452; F. Benítez Ortúzar, *Aspectos jurídico-penales de la reproducción asistida...*, s. 173 i 428; J. M. Valle Muñoz, *De las lesiones al feto...*, s. 806.

⁴⁶ J. F. Higuera Guimerá, *Los delitos de lesiones al feto*, *Actualidad Penal* núm. 16 (2000), marg. 377; H. Hormanzábal Malarée, *Lesiones al feto y manipulación genética*, (w:) *Actas del Congreso de Derecho Penal y procesal "El nuevo Código penal y la Ley del Jurado"*, Sevilla, 11 al 15 de noviembre de 1996, s. 73; E. Santana Páez, S. Senent Martínez, *De las lesiones al feto...*, s. 644.

⁴⁷ C. M^a. Romeo Casabona, *Genética y Derecho penal: los delitos de lesiones al feto...*, s. 164.

⁴⁸ F. Flores Mendoza, *El delito de lesiones al feto...*, s. 195; E. Ramón Ribas, *El delito de lesiones al feto...*, s. 462.

⁴⁹ E. Ramón Ribas, *ibidem*.

⁵⁰ C. M^a. Romeo Casabona, *Genética y Derecho penal: los delitos de lesiones al feto...*, s. 164; E. Santana Páez, S. Senent Martínez, *De las lesiones al feto...*, s. 644; S. Huerta Tocildo, *De ciertas incongruencias...*, s. 1441.

Podmiot

Przestępstwa uszkodzenia płodu (art. 157 i art. 158 h.k.k.) są przestępstwami powszechnymi, gdyż ustawa nie indywidualizuje ich podmiotu. Podmiotem zatem może być każdy, kto spowoduje uszkodzenie płodu. W praktyce przestępstwa te są popełniane przede wszystkim przez pracowników służby zdrowia. Niemniej w piśmiennictwie podkreśla się, że sprawcą może być każdy, kto np. nieudolnie próbuje doprowadzić do poronienia, nie mając wiedzy medycznej lub nie będąc pracownikiem służby zdrowia⁵¹.

Lekarz, który chcąc uszkodzić płód lub spowodować chorobę płodu, przepisuje kobiecie ciężarnej lek powodujący takie uszkodzenie lub chorobę, a kobieta o tym nie wie, jest sprawcą pośrednim, gdyż jest ona traktowana przez niego jako narzędzie.

Jeśli chodzi o kobietę ciężarną, to niektórzy autorzy przyjmują, że może być ona podmiotem przestępstwa umyślnego uszkodzenia płodu⁵². Niemniej pojawił się głos krytykujący ten pogląd i uznający, że art. 157 h.k.k. przewiduje karalność tylko osoby trzeciej, która bez zgody kobiety ciężarnej dokonuje uszkodzenia płodu⁵³. Na jego poparcie przytacza się argument, że art. 157 h.k.k. przewiduje karę szczególnego pozbawienia praw wykonywania zawodu w służbie zdrowia, tak jak ma to miejsce w przypadku aborcji dokonanej przez osobę trzecią, który to przepis⁵⁴ nie przewiduje autoaborcji. Absurdalne jest bowiem, że kobieta ciężarna jest karana jako sprawca przestępstwa uszkodzenia płodu, natomiast jeśli ciężko uszkodzi płód w celu dokonania aborcji eugenicznej, pozostaje bezkarna. Powyższa krytyka jest nie trafna. Ustawodawca *expressis verbis* wykluczył odpowiedzialność karną kobiety w ciąży w przypadku nieumyślnego uszkodzenia płodu, wprost stanowiąc w art. 158 ust. 3 h.k.k., że nie podlega karze z tego przepisu kobieta ciężarna. Gdyby ustawodawca zamierzał wyłączyć kobietę ciężarną z zakresu podmiotów przestępstwa określonego w art. 157 h.k.k., dokonałby identycznego zabiegu legislacyjnego.

W typie nieumyślnego przestępstwa uszkodzenia płodu – jak wskazano wyżej – kobieta w ciąży nie podlega karze (art. 158 ust. 3 h.k.k.), tak samo jak ma to miejsce w wypadku nieumyślnego przestępstwa aborcji (art. 146 ust. 3 h.k.k.). Wyłączenie to jest uzasadniane tym, że nie można decydować o sposobie życia kobiety w czasie ciąży i penalizować jakiegokolwiek niedopatrzenia lub zaniedbania w tym zakresie⁵⁵. Słusznie wskazuje się, że należy wymagać od kobiety ciężarnej stosownego trybu życia w celu zapewnienia prawidłowego

⁵¹ L. Gracia Martín, E. Escuchuri Aisa, *Los delitos...*, s. 38.

⁵² *Ibidem*.

⁵³ S. Huerta Tocillo, *De ciertas incongruencias...*, s. 1433 i nast.

⁵⁴ Art. 144 h.k.k.

⁵⁵ V. Latorre Latorre, *Lesiones al feto...*, s. 203.

rozwoju płodu, bowiem rażące naruszenie zasad ostrożności przez matkę, które spowodowało poważne uszkodzenie płodu, powinno być nie tylko czynem bezprawnym, ale także zabronionym⁵⁶. Jest to jednak wniosek *de lege ferenda*.

Strona podmiotowa

Przestępstwo stypizowane w art. 157 h.k.k. może być popełnione z zamiarem bezpośrednim (*cum dolo directo*) albo ewentualnym (*cum dolo eventuali*). W praktyce trudno sobie wyobrazić umyślne dokonanie tego przestępstwa w zamiarze bezpośrednim pierwszego stopnia⁵⁷. Popełniane jest ono głównie w zamiarze bezpośrednim drugiego stopnia, a przede wszystkim w formie zamiaru ewentualnego. Zamiar bezpośredni drugiego stopnia występuje wówczas, gdy sprawca ma świadomość, że uszkodzenia płodu wystąpią jako skutek uboczny jego działania. Przykładowo, zamiar bezpośredni drugiego stopnia wystąpi w wypadku przepisania leku kobiecie w ciąży, który wywołuje określone skutki uboczne dla płodu, albo w wypadku umyślnego zarażenia kobiety chorobą zakaźną, np. AIDS, a sprawca zdaje sobie sprawę, że w wyniku tego płód może zostać zarażony tą chorobą przez matkę⁵⁸. W obydwu tych wypadkach czyn może również zostać popełniony w zamiarze ewentualnym, z tym, że każdy wypadek należy rozpatrywać indywidualnie, zgodnie z ogólnymi zasadami rozróżniającymi zamiar bezpośredni drugiego stopnia od zamiaru ewentualnego. Zamiar ewentualny wystąpi wówczas, gdy sprawca przewidywał możliwość nastąpienia skutku w postaci uszkodzenia płodu oraz liczył się z taką możliwością⁵⁹.

Karalność przestępstwa popełnionego w zamiarze ewentualnym nabiera szczególnego znaczenia w wypadku zachowania kobiety ciężarnej, która np. przyjmuje substancje lub wykonuje ćwiczenia, które mogą być szkodliwe dla zdrowia płodu. W tych przypadkach, gdyby można przypisać jej zamiar ewentualny, kobieta ponosi odpowiedzialność karną z art. 157 h.k.k. Jeśli

⁵⁶ L. Gracia Martín, E. Escuchuri Aisa, *Los delitos...*, s. 75.

⁵⁷ W hiszpańskim prawie karnym wyróżnia się: 1) zamiar bezpośredni pierwszego stopnia, 2) zamiar bezpośredni drugiego stopnia (zwany też zamiarem koniecznych skutków, zamiarem pośrednim), 3) zamiar ewentualny. Zamiar bezpośredni pierwszego stopnia jest tożsamy z zamiarem bezpośrednim w polskim prawie karnym, tak samo jest z zamiarem ewentualnym. Zamiar bezpośredni drugiego stopnia ma miejsce, wówczas, kiedy niechciany bezpośrednio skutek jest koniecznym następstwem i nierozzerwalnie związanym ze skutkiem, gdy sprawca zamierza osiągnąć określony skutek, ale również następuje niechciany bezpośrednio skutek, np. sprawca podkłada bombę w samochodzie, gdyż chce zabić kierowcę, dopuszcza się zabójstwa w zamiarze bezpośrednim pierwszego stopnia, uszkodzenie zaś mienia (samochodu) – w zamiarze bezpośrednim drugiego stopnia.

⁵⁸ V. Latorre Latorre, *Lesiones al feto...*, s. 191 i 202.

⁵⁹ J. Cerezo Mir, *Curso de Derecho penal español, Parte General II, Teoría jurídica del delito*, 6 ed., Tecnos, Madryt 1998, s. 150–151.

byłoby to niemożliwe, to kobieta w ciąży nie podlega karze, gdyż art. 158 h.k.k., regulujący przestępstwo nieumyślnego uszkodzenia płodu – jak już wspomniano – wyłącza karalność kobiety w ciąży. W doktrynie proponuje się *de lege ferenda* wyłączenie karalności kobiety w ciąży również w wypadku zamiaru ewentualnego, podnosząc, że trudno rozgraniczyć zamiar ewentualny od nieostrożności oraz to, że uszkodzenie płodu dla kobiety w ciąży, która nie chciała bezpośrednio go spowodować, jest wystarczającą dolegliwością i nie potrzebna jest kara kryminalna⁶⁰.

Uszkodzenie płodu może być niewykryte zaraz po narodzinach, a jego objawy mogą wystąpić nawet po kilku latach. W takim wypadku przestępstwo to może zostać uznane za popełnione z zamiarem ewentualnym, bowiem czyn jest popełniony ze świadomością i wolą lub co najmniej z przewidywaniem możliwości i liczeniem się, że skutek uszkodzenia płodu lub choroba wystąpi później, w oddaleniu czasowym od zachowania sprawcy.

Przestępstwo określone w art. 158 ust. 1 h.k.k. jest przestępstwem nieumyślnym. Skutek wywołany przez sprawcę jest obiektywnie przewidywalny i możliwy do przewidzenia ze względu na sposób działania lub użyte środki, które są niebezpieczne dla płodu⁶¹. Czyn popełniony w sposób lub z użyciem środków sprzecznych z zasadami ostrożności jest czynem nieodpowiadającym obiektywnym zasadom ostrożności.

Nieumyślne uszkodzenie płodu może również nastąpić w wypadku znęcania się nad kobietą w ciąży przez współmałżonka lub partnera.

W przypadku zaś pracowników służby zdrowia niejednokrotnie trudne jest ustalenie sprawcy nieumyślnego przestępstwa uszkodzenia płodu, gdyż ich działanie mające postać badania czy leczenia albo badania naukowego prowadzone jest przez grupę osób, które mają przydzielone poszczególne zadania.

Zagrożenie karne

Przestępstwo umyślnego uszkodzenia płodu zagrożone jest karą więzienia od roku do 4 lat oraz karą szczególnego pozbawienia prawa wykonywania jakiegokolwiek zawodu w służbie zdrowia lub świadczenia usług w jakiegokolwiek rodzaju klinikach, placówkach, przychodniach ginekologicznych, publicznych lub prywatnych, na okres od 2 do 8 lat (art. 157 h.k.k.). W doktrynie różnie jest postrzegana surowość tego zagrożenia karnego.

Jeżeli porówna się je z zagrożeniem przestępstwa aborcji dokonanej bez zgody kobiety (art. 144 h.k.k.), to zagrożenie karne przewidziane za przestępstwo uszkodzenia płodu wydaje się naruszać zasadę proporcjonalności, bowiem przestępstwo aborcji bez zgody kobiety zagrożone jest surowiej;

⁶⁰ M. Pérez Manzano, *Lesiones al feto...*, s. 455.

⁶¹ J. Cerezo Mir, *Curso de Derecho penal español...*, s. 36, 160 i nast.

przewidziana jest za nie kara więzienia od 4 do 8 lat oraz szczególne pozbawienie wspomnianych powyżej praw w wymiarze od 3 do 10 lat.

Do innego wniosku prowadzi porównanie zagrożenia pozostałych przestępstw aborcyjnych. Przestępstwo aborcji za zgodą kobiety (art. 145 § 1 h.k.k.) zagrożone jest więzieniem od roku do 3 lat oraz szczególnym pozbawieniem wymienionych powyżej praw od roku do 6 lat. Za przestępstwo aborcji dokonanej przez kobietę ciężarną (art. 145. 2 h.k.k.) grozi kara więzienia od 6 miesięcy do roku lub grzywna od 6 do 24 miesięcy⁶². Kary przewidziane za te dwa przestępstwa są niewspółmiernie niższe niż kary przewidziane za przestępstwo uszkodzenia płodu. W związku z tym niektórzy autorzy zauważają istotną sprzeczność w tych zagrożeniach i zarzucają nieproporcjonalność tych kar, gdyż surowsze kary są przewidziane za uszkodzenie płodu niż za aborcję⁶³. Podnoszą też, że kara szczególnego pozbawienia prawa przewidziana za uszkodzenie płodu nie figuruje w sankcji przestępstw uszkodzenia ciała człowieka (art. 147–156 h.k.k.). Pogląd ten nie jest słuszny, bowiem w większości wypadków uszkodzenie płodu jest dokonywane przez pracowników służby zdrowia i dlatego przewidziano karę szczególnego pozbawienia prawa jako karę główną. Przestępstwa uszkodzenia ciała popełniane są przede wszystkim przez innych sprawców i kara ta nie ma racji bytu, gdyż byłaby bezprzedmiotowa. Jeśli jednak uszkodzenia ciała dopuści się pracownik służby zdrowia, to – zgodnie art. 56 h.k.k. – szczególne pozbawienie prawa może być orzeczone tytułem kary dodatkowej.

W doktrynie twierdzi się też, że niespójność zagrożenia karnego znika, gdy porówna się zagrożenie karne za przestępstwa umyślnego uszkodzenia płodu (art. 157 h.k.k.) z przestępstwem aborcji bez zgody kobiety (art. 144 h.k.k.). Wskazuje się, że tylko takie zestawienie jest poprawne, gdyż uszkodzenie płodu z art. 157 h.k.k. jest umyślnie spowodowane przez osobę trzecią, a więc z reguły dokonywane jest bez zgody kobiety ciężarnej⁶⁴.

Postuluje się również zaostrenie zagrożenia karnego przestępstwa uszkodzenia płodu, podnosząc, że jego uszkodzenie poważnie zagraża życiu płodu i proponuje się zrównanie zagrożenia karnego z przewidzianym dla aborcji dokonanej bez zgody kobiety ciężarnej⁶⁵.

Przestępstwo nieumyślnego uszkodzenia płodu zagrożone jest karą więzienia od 3 do 5 miesięcy lub grzywną od 6 do 10 miesięcy (art. 158 ust. 1

⁶² 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).

⁶³ V. Latorre Latorre, *Lesiones al feto...*, s. 204; H. Hormanzábal Malarée, *Lesiones al feto...*, s. 73; M. Olmedo Cardenete, *De las lesiones...*, s. 631.

⁶⁴ S. Huerta Tocildo, *De ciertas incongruencias...*, s. 1437.

⁶⁵ L. Gracia Martín, E. Escuchuri Aisa, *Los delitos...*, s. 68.

h.k.k.). W wypadku gdy uszkodzenie płodu jest następstwem zaniedbania zawodowego, przewidziane jest surowsze zagrożenie obejmujące karę pozbawienia prawa wykonywania zawodu, sprawowania funkcji lub stanowiska na okres od 6 miesięcy do 2 lat (art. 158 ust. 2 h.k.k.). W porównaniu z typem umyślnym uszkodzenia płodu (art. 157 h.k.k.), w którym to zakaz dotyczy służby zdrowia, w przypadku nieumyślnego popełnienia przestępstwa (art. 158 h.k.k.) ustawodawca rozszerzył zakres stosowania tego zakazu. Jak słusznie podnosi się w doktrynie, zamiarem ustawodawcy było stosowanie tego zakazu również wobec np. przedsiębiorców lub kierowników zakładów pracy, którzy polecają kobiecie w ciąży wykonywać pracę zagrażającą nienaruszalności lub zdrowiu płodu⁶⁶.

Wnioski

W hiszpańskim kodeksie karnym z 1995 r. przewidziana jest szeroka ochrona prawnokarna płodu. Ochronie poddano nienaruszalność i zdrowie płodu. W kodeksie tym stypizowano umyślne oraz nieumyślne spowodowanie uszkodzenia płodu lub jego choroby popełnione przy użyciu jakiegokolwiek środka lub zastosowania jakiejkolwiek procedury, które poważnie zaszkodziły normalnemu rozwojowi płodu albo spowodowały poważną wadę fizyczną lub psychiczną (art. 157 i art. 158). W zależności, jaką wykładnię przyjmie się odnośnie do terminu „płód” użytego przez ustawodawcę w art. 157 h.k.k., może pojawić się konflikt dóbr prawnie chronionych – zdrowie i nienaruszalność płodu oraz wolność kobiety ciężarnej.

Zakres tej ochrony nie pozostaje w korelacji z szeroką możliwością przerwania ciąży, bowiem w myśl ustawy nr 2/2010 z dnia 3 marca 2010 r. o zdrowiu seksualnym i reprodukcyjnym oraz dobrowolnym przerwaniu ciąży zabiegu przerwania ciąży⁶⁷ może tego dokonać lekarz specjalista lub inny pod jego nadzorem w publicznym ośrodku zdrowia lub w akredytowanym prywatnym ośrodku zdrowia po uprzedniej wyraźnej pisemnej zgodzie ciężarnej lub jej reprezentanta prawnego (art. 13). Jednym kryterium przerwania ciąży jest stopień rozwoju płodu. Może ono być dokonane na wniosek kobiety ciężarnej w okresie do 14 tygodnia ciąży (art. 14 lit. a cyt. ustawy). Nie ma żadnych innych ograniczeń, a decyzja co do przerwania ciąży należy wyłącznie do kobiety ciężarnej⁶⁸.

⁶⁶ D. López Garrido, (w:) J. Córdoba Roda, M. García Arán (directores), *Comentarios al Código Penal, Parte Especial*, tomo I, Marcial Pons 2004, s. 98.

⁶⁷ Ley Orgánica 2/2010, de 3 de marzo, de salud sexual y reproductiva y de la interrupción voluntaria del embarazo (BOE Núm. 55 de 4 de marzo de 2010).

⁶⁸ Zob. B. J. Stefańska, *Warunki przerwania ciąży w Hiszpanii*, PS 2011, nr 3, s. 104–112.

Offences of inflicting damage on a fetus in Spanish criminal law

Abstract

This paper examines constituent elements of offences, these codified in the Spanish Penal Code of 1995, of voluntary and involuntary inflicting damage or illness on a fetus, where such damage or illness causes significant harm to the fetus during development or leads to a serious physical or mental defect in the fetus (Articles 157 and 158). The attention is brought to difficulties arising when determining significance of the elements. With reference to the views of legal academics and commentators, interpretation is provided of the said elements.

MATERIAŁY SZKOLENIOWE

Wojciech Kotowski

Warunki przewozu towarów niebezpiecznych

Streszczenie

Przedmiotem artykułu jest prezentacja – na tle obowiązującego stanu prawnego – obowiązków uczestników transportu towarów niebezpiecznych, które mają na celu eliminację zagrożeń z natury rzeczy wiążących się z ich przemieszczaniem, jak wiadomo zarówno w ruchu drogowym, kolejowym, jak również wodnym. Autor przedstawił podział na klasy poszczególne materiały i ich charakterystykę. Równocześnie wskazał powinności uczestników transportu w razie powstałego wypadku. W artykule przedstawiono również wiadomości w zakresie stosowanych kar za naruszenia związane z transportem tych towarów.

I. Uwaga ogólna

Nie trzeba nikogo przekonywać, że każdy transport towarów niebezpiecznych nosi ze sobą wysokie, niekiedy nadmierne niebezpieczeństwo, które dotyka nie tylko jego uczestników, ale także osób znajdujących się w polu rażenia określonych substancji. Skutków oddziaływania tych niebezpiecznych substancji – mimo założeń laboratoryjnych – w istocie nie można przewidzieć. Stąd też obowiązkiem nadrzędnym jest najwyższa staranność w zapewnieniu bezpieczeństwa w trakcie przemieszczania takich substancji osobom znajdującym się w polu jej rażenia. Z treści ustawy z dnia 19 sierp-

nia 2011 r. o przewozie towarów niebezpiecznych¹ wynika jednoznacznie, że tego rodzaju towary są przemieszczane drogą lądową, w tym drogami publicznymi i kolejowymi, a także drogą wodną. Kwestię transportu towarów niebezpiecznych drogą powietrzną reguluje odrębna ustawa z dnia 3 lipca 2002 r. – Prawo lotnicze². Transport towarów niebezpiecznych to bardzo odpowiedzialne zadanie. Jak sama nazwa wskazuje polega na przemieszczaniu określonych towarów z miejsca początkowego do miejsca docelowego. Transport przybiera różne formy, a mianowicie: proste, łączone i kombinowane. Pierwsza polega na przewozie pojazdem do tego przystosowanym z magazynu, gdzie są składowane, do innego magazynu lub miejsca bezpośredniego wykorzystania. Łączony transport polega na przewozie pojazdem samochodowym, a następnie pociągiem i ponownie samochodem do miejsca magazynowania lub bezpośredniego wykorzystania. Z kolei, transport kombinowany jest jeszcze bardziej złożony, wszak polega na przewozie towarów z magazynu samochodem, następnie pociągiem, znowu samochodem, a następnie statkiem. W konsekwencji ponownie zajmuje miejsce w pojeździe samochodowym. Z prezentacji jednoznacznie wynika, że mamy do czynienia z różnym stopniem trudności, wymagającym nie tylko opracowania precyzyjnego planu przewozu, uwzględniającego przeszkody, które w trakcie jego realizacji mogą zaistnieć, a które trzeba pokonać bez narażania kogokolwiek na jakiegokolwiek zagrożenia. Wiadomo, że plan ten musi uwzględniać zapewnienie odpowiedniej liczby właściwie predestynowanych pracowników, stanowiących załogi poszczególnych rodzajów transportu, a także wyposażenia w postaci specjalistycznego sprzętu właściwego dla zapewnienia bezpiecznego transportu, jak również ratowniczego, na wypadek nieprzewidzianej awarii.

II. Obowiązujące umowy

1. Umowa międzynarodowego przewozu drogowego towarów niebezpiecznych ADR z dnia 30 września 1957 r., zgodnie z oświadczeniem rządowym z dnia 28 maja 2013 r., wprowadziła zmiany do załączników A – określającego przepisy ogólne i przepisy dotyczące materiałów i przedmiotów niebezpiecznych oraz B – zawierającego przepisy dotyczące środków transportu, które obowiązują od 1 stycznia 2013 r. Oznacza to, że spełnione zostały warunki określone w art. 14 ADR, w myśl którego każda Umawiająca się Strona może zaproponować jedną lub więcej poprawek do określonych załączników. W tym celu przekazuje tekst poprawki Sekretarzowi Generalnemu Organizacji Narodów Zjednoczonych, który również ma prawo zapro-

¹ Dz. U. Nr 227, poz. 1367 ze zm.

² Dz. U. z 2013 r., poz. 1393 ze zm.

ponowna poprawki w celu zapewnienia zgodności tych załączników z innymi umowami międzynarodowymi dotyczącymi przewozu towarów niebezpiecznych. Zgodnie z założeniem każda zaproponowana poprawka do załączników będzie uważana za przyjętą, chyba że w ciągu trzech miesięcy od daty przekazania jej przez Sekretarza Generalnego co najmniej jedna trzecia Umawiających się Stron lub pięć z nich, gdy jedna trzecia przewyższa tę liczbę, zawiadomi pisemnie Sekretarza Generalnego o swoim sprzeciwie wobec zaproponowanej poprawki. Jeżeli poprawka zostanie uznana za przyjętą, wejdzie ona w życie w stosunku do wszystkich Umawiających się Stron po upływie dalszych trzech miesięcy, z wyjątkiem jednakże następujących przypadków: 1) jeżeli podobne poprawki zostały już wprowadzone lub prawdopodobnie będą wprowadzone do innych umów międzynarodowych, 2) gdy Umawiająca się Strona, która przedkłada projekt poprawki, będzie mogła określić w swojej propozycji termin dłuższy niż trzy miesiące wejścia jej w życie, jeżeli zostanie ona przyjęta. Każda poprawka, przyjęta przez więcej niż połowę ogólnej liczby Umawiających się Stron uczestniczących w konferencji zwołanej przez Sekretarza Generalnego, wchodzi w życie w stosunku do wszystkich Umawiających się Stron, zgodnie z procedurą uzgodnioną na takiej konferencji przez większość uczestniczących w niej Umawiających się Stron. Ogłoszenie umowy wraz ze zmianami w dniu 16 lipca 2013 r.³ jednoznacznie wskazuje na konieczność pełnej realizacji dyspozycji zawartej w art. 2 ust. 1 dyrektywy Komisji 2012/45/UE z dnia 3 grudnia 2012 r. dostosowującej po raz drugi do postępu naukowo-technicznego załączniki do dyrektywy 2008/68/WE Parlamentu Europejskiego i Rady w sprawie transportu lądowego towarów niebezpiecznych w zakresie transportu drogowego⁴. Chodzi o to, że państwa członkowskie wprowadzają w życie przepisy ustawowe, wykonawcze i administracyjne niezbędne do wykonania dyrektywy najpóźniej do dnia 30 czerwca 2013 r., a przepisy przyjęte przez państwa członkowskie zawierają odniesienie do tej dyrektywy lub odniesienie takie towarzyszy ich urzędowej publikacji, przy czym metody dokonywania takiego odniesienia określone są przez państwa członkowskie.

Załączniki A i B do ADR składają się z dziewięciu części. Załącznik A zawiera części od 1 do 7, a załącznik B części 8 i 9. Każda część podzielona jest na działy, a każdy dział podzielony jest na rozdziały i podrozdziały. W obrębie każdej części jej numer podawany jest łącznie z numerami działów, rozdziałów i podrozdziałów, np. numer „4.2.1” oznacza część 4, dział 2, rozdział 1.

2. Regulamin międzynarodowego przewozu kolejami towarów niebezpiecznych (RID), stanowiący załącznik C do konwencji, ma zastosowanie

³ Dz. U. z 2013 r., poz. 815.

⁴ Dz. U. UE. 1 z 2012 r., Nr 332, poz. 18.

do: 1) międzynarodowego przewozu kolejami towarów niebezpiecznych na terytorium Państw Członkowskich, 2) przewozu uzupełniającego transport kolejowy, do którego stosuje się przepisy ujednolicone CIM. Określone przepisy dotyczą umowy o odpłatnym przewozie towarów kolejami jeżeli miejsce przyjęcia towaru i przewidywane miejsce wydania towaru są położone: 1) w dwóch różnych Państwach Członkowskich, niezależnie od siedziby i przynależności państwowej uczestników umowy przewozu 2) w dwóch różnych państwach, z których przynajmniej jedno jest Państwem Członkowskim i jeżeli strony umowy uzgodnią, że umowa podlega Przepisom ujednoliconym. Ujednolicone przepisy CIM dotyczą również sytuacji, gdy międzynarodowy przewóz będący przedmiotem jednej umowy obejmuje przewóz: 1) drogowy lub przewóz środkami żeglugi śródlądowej w komunikacji wewnętrznej Państwa Członkowskiego, jako uzupełnienie przekraczającego granice przewozu kolejami, 2) morski lub przekraczający granicę przewóz środkami żeglugi śródlądowej, jako uzupełnienie przewozu kolejami, pod warunkiem, że jest wykonywany na liniach wpisanych na listę linii, w myśl art. 24 § 1 Konwencji. Wymienionych przepisów nie stosuje się do przewozów wykonywanych między stacjami położonymi na terytorium państw sąsiadujących, jeżeli infrastrukturą tych stacji zarządza jeden lub kilku zarządzających, należących do jednego z tych państw. Towary niebezpieczne przewozi się tylko pociągami towarowymi z wyjątkiem: 1)) towarów niebezpiecznych dopuszczonych do przewozu zgodnie z zachowaniem maksymalnej ich ilości i szczególnych warunków przewozu w pociągach innych niż pociągi towarowe, 2) towarów niebezpiecznych przewożonych na warunkach szczególnych w postaci bagażu podręcznego, przesyłki bagażowej lub w pojazdach samochodowych zgodnie z art. 12 Przepisów ujednoliconych CIV. W myśl tych przepisów podróżny ma prawo zabrać ze sobą łatwo przenośne przedmioty (bagaż podręczny) oraz żywe zwierzęta, zgodnie z postanowieniami Ogólnych warunków przewozu. Może też zabrać ze sobą przedmioty o większych rozmiarach, zgodnie ze szczególnymi postanowieniami Ogólnych warunków przewozu. Wyłączone z przewozu jako bagaż podręczny są przedmioty i zwierzęta, które mogą być dla podróżnych uciążliwe lub spowodować szkodę. Podróżny może nadać jako przesyłkę bagażową przedmioty i zwierzęta, a przewoźnik może zrealizować przewóz pojazdów przy okazji przewozu osób – oczywiście zgodnie z postanowieniami Ogólnych warunków przewozu. Przewóz przedmiotów i materiałów niebezpiecznych, jako bagażu podręcznego, przesyłek bagażowych w lub na pojazdach samochodowych, które przewożone są koleją, powinien być zgodny z postanowieniami Regulaminu międzynarodowego przewozu kolejami towarów niebezpiecznych (RID).

3. Umowa Europejska dotycząca międzynarodowego przewozu śródlądowymi drogami wodnymi towarów niebezpiecznych (ADN), zawarta w Ge-

newie 26 maja 2000 r. pod auspicjami Europejskiej Komisji Gospodarczej Organizacji Narodów Zjednoczonych (UNECE) i Centralnej Komisji ds. Żeglugi po Renie (CCNR), weszła w życie 28 lutego 2008 r. Ma ona zastosowanie do międzynarodowego przewozu towarów niebezpiecznych statkami śródlądowymi drogami wodnymi. Natomiast nie ma zastosowania do przewozu towarów niebezpiecznych statkami morskimi drogami wodnymi stanowiącymi część śródlądowych dróg wodnych, a także okrętami wojennymi lub pomocniczymi okrętami wojennymi albo innymi statkami należącymi lub eksploatowanymi przez Państwo, pod warunkiem, że są one wykorzystywane wyłącznie w celach rządowych i niekomercyjnych. Jednakże każda Umawiająca się Strona zapewnia, przez podjęcie odpowiednich środków niemających ujemnego wpływu na eksploatację lub też możliwości eksploatacyjne statków, należących do niej lub przez nią eksploatowanych, że eksploatacja takich statków odbywa się w sposób zgodny z Umową, tam gdzie jest to uzasadnione w praktyce.

Przepisy ADN składają się z dziewięciu części. Każda część jest podzielona na działy, a każdy dział podzielony jest na rozdziały i podrozdziały. W obrębie każdej części jej numer jest podawany łącznie z numerami działów, rozdziałów i podrozdziałów, np. Część 2, Dział 2, Rozdział 1 posiada numer „2.2.1”.

III. Założenia gwarancji bezpieczeństwa

Niezwykle istotną, z punktu widzenia konieczności osiągnięcia najwyższej staranności w zapewnieniu bezpieczeństwa, jest ochrona towarów niebezpiecznych, oznaczająca środki ostrożności podejmowane w celu zminimalizowania ryzyka kradzieży lub użycia towarów niebezpiecznych niezgodnie z ich przeznaczeniem, prowadzącego do zagrożenia ludzi, mienia i środowiska. Wobec tego wszystkie osoby uczestniczące w przewozie towarów niebezpiecznych powinny stosować się, odpowiednio do zakresu swoich obowiązków, do odpowiednich wymagań. Towary niebezpieczne mogą być wydane do przewozu wyłącznie przewoźnikowi o ustalonej tożsamości. Miejsca używane do czasowego przechowywania towarów niebezpiecznych podczas ich przewozu, znajdujące się w obrębie terminali, placów przeładunkowych, baz transportowych, placów postojowych i stacji rozrządowych, powinny być odpowiednio chronione, dobrze oświetlone, a także – o ile jest to możliwe i wskazane – niedostępne dla osób postronnych. Każdy członek załogi pojazdu przewożącego towary niebezpieczne powinien posiadać przy sobie dokument z fotografią potwierdzający jego tożsamość. Powinny być prowadzone i to systematycznie kontrole stanu bezpieczeństwa, obejmujące przede wszystkim sprawdzenie, czy zastosowane środki ochrony są na odpowiednim poziomie. Z kolei, właściwa władza powinna prowadzić bieżącą

ewidencję ważnych zaświadczeń o przeszkoleniu kierowców. Nie może nasywać jakichkolwiek wątpliwości, że niezwykle ważną powinnością, wymagającą pełnej realizacji, jest szkolenie w zakresie ochrony, w ramach którego możemy wyróżnić dwa podstawowe etapy, a mianowicie szkolenie podstawowe i szkolenie doskonalące. Szkolenie w zakresie ochrony towarów niebezpiecznych powinno obejmować rozpoznanie i charakterystykę zagrożeń, metody wykrywania i usuwania zagrożeń oraz działania podejmowane w przypadku naruszenia bezpieczeństwa. Szkolenie doskonalące w zakresie ochrony nie jest ograniczone wyłącznie do zmian w przepisach, lecz obejmuje również wiedzę na temat szczególnych zasad prowadzących do osiągnięcia maksimum bezpieczeństwa nowego rodzaju towarów powstałych w wyniku unowocześnienia technologii ich produkcji.

Szczególną pieczę powinny być objęte „towary niebezpieczne dużego ryzyka”. Są nimi towary, które mogą być użyte, niezgodnie ze swoim przeznaczeniem, w zamachach terrorystycznych i spowodować w ten sposób poważne następstwa w postaci licznych ofiar lub masowych zniszczeń. Dlatego styczność z nimi w każdej postaci, w tym również podczas przewozu, musi wiązać się z głębokimi przemyśleniami, utrwalonymi konkretnym planem działania. Plan ochrony powinien zawierać co najmniej następujące elementy: 1) szczegółowy podział obowiązków w zakresie ochrony wraz ze wskazaniem kompetentnych i wykwalifikowanych osób, które posiadają odpowiednie uprawnienia do ich wykonywania; 2) wykaz towarów niebezpiecznych podlegających ochronie lub wykaz rodzajów towarów niebezpiecznych podlegających ochronie; 3) opis wykonywanych czynności i ocenę związanych z nimi zagrożeń, z uwzględnieniem postojów niezbędnych do wykonania operacji transportowych, przechowywania towarów niebezpiecznych – przed, podczas i po przewozie – w pojeździe, w cysternie lub w kontenerze, a także czasowego przechowywania towarów niebezpiecznych związanego ze zmianą rodzaju transportu lub środka transportu; 4) szczegółowy wykaz środków, które powinny być zastosowane w celu zminimalizowania zagrożeń, odpowiednio do zakresu obowiązków i odpowiedzialności uczestnika przewozu, obejmujący: a) szkolenie, b) procedury postępowania (np. reagowanie w stanach podwyższonego zagrożenia, kontrola pracowników nowoprzyjętych i zmieniających stanowiska), c) działania praktyczne (np. wybór i korzystanie ze znanych tras przewozu, z uwzględnieniem dostępu do miejsc czasowego przechowywania towarów niebezpiecznych, d) wyposażenie i inne środki, które powinny być użyte w celu zminimalizowania zagrożeń; 5) skuteczne i aktualne procedury powiadamiania i postępowania w przypadkach zagrożeń, nieprzestrzegania zasad bezpieczeństwa i związanych z nimi zdarzeń; 6) procedury oceny i testowania planów ochrony oraz procedury przeglądów okresowych i aktualizacji tych planów; 7) środki zapewniające ochronę fizyczną informacji o transporcie zawartych w planie

ochrony; 8) środki zapewniające ograniczenie dostępu do informacji o operacjach transportowych zawartych w planie ochrony wyłącznie do osób upoważnionych. Środki te nie powinny pozostawać w sprzeczności z wymaganiami dotyczącymi podawania informacji zawartymi w innych przepisach ADR.

Należy podkreślić wagę współpracy przewoźników, nadawców i odbiorców, zarówno między sobą, jak i właściwymi władzami w zakresie wymiany informacji o zagrożeniach, stosowania odpowiednich środków ochrony oraz postępowania w przypadku zdarzeń zagrażających bezpieczeństwu. W przypadku pojazdów przewożących towary niebezpieczne dużego ryzyka powinny być zastosowane urządzenia, układy lub działania skutecznie zapobiegające kradzieży tych pojazdów i ich ładunku, przy czym zastosowanie wymienionych środków nie powinno utrudniać prowadzenia akcji ratowniczo-gaśniczej. Tu również wymaga podkreślenia, że w razie potrzeby do monitorowania towarów niebezpiecznych dużego ryzyka powinny być użyte systemy telemetryczne, inne metody lub urządzenia służące śledzeniu przemieszczania tych towarów.

IV. Klasyfikacja towarów niebezpiecznych

Rozróżnia się następujące klasy towarów niebezpiecznych (według ADR):

- klasa 1 – materiały i przedmioty wybuchowe,
- klasa 2 – gazy,
- klasa 3 – materiały ciekłe zapalne,
- klasa 4.1 – materiały stałe zapalne, materiały samoreaktywne i materiały wybuchowe stałe odczulone,
- klasa 4.2 – materiały samozapalne,
- klasa 4.3 – materiały wytwarzające w zetknięciu z wodą gazy palne,
- klasa 5.1 – materiały utleniające,
- klasa 5.2 – nadtlenki organiczne,
- klasa 6.1 – materiały trujące,
- klasa 6.2 – materiały zakaźne,
- klasa 7 – materiały promieniotwórcze,
- klasa 8 – materiały żrące,
- klasa 9 – różne materiały i przedmioty niebezpieczne.

V. Charakterystyka towarów niebezpiecznych

Materiały i przedmioty wybuchowe (klasa 1) obejmują: 1) materiały wybuchowe: materiały stałe lub ciekłe (lub mieszaniny materiałów) mogące w wy-

niku reakcji chemicznej wydzielać gazy o takiej temperaturze i ciśnieniu i z taką prędkością, że mogą powodować zniszczenia w otaczającym środowisku, 2) materiały pirotechniczne: materiały lub mieszaniny materiałów przewidziane do wytwarzania efektów cieplnych, świetlnych, dźwiękowych, gazu lub dymu lub kombinacji tych efektów w wyniku bezdetonacyjnej, samopodtrzymującej się egzotermicznej reakcji chemicznej; 3) przedmioty wybuchowe: przedmioty zawierające jeden lub więcej materiałów wybuchowych lub materiałów pirotechnicznych; 4) materiały i przedmioty niewymienione powyżej, które wytwarza się w celu uzyskania efektów praktycznych, sposobami wybuchowymi lub pirotechnicznymi. Z omawianą klasą wiąże się określenie, a mianowicie: flegmatyzowany, oznaczający, że materiał (lub „flegmatyzator”) został dodany do materiału wybuchowego w celu zwiększenia bezpieczeństwa podczas manipulowania nim i podczas przewozu. W wyniku dodania flegmatyzatora materiał wybuchowy staje się niewrażliwy lub mniej wrażliwy na następujące bodźce, a mianowicie ogrzewanie, wstrząs, uderzenie, drganie lub tarcie. Typowymi flegmatyzatorami są m.in.: wosk, papier, woda, polimery (np. polimery chlorofluorowe), alkohol i oleje (np. wazelina i parafina).

Gazy (klasa 2) obejmują gazy czyste, mieszaniny gazów, mieszaniny jednego lub więcej gazów z jednym lub wieloma innymi materiałami i przedmioty zawierające takie materiały. Gazem są substancje, które: 1) w temperaturze 50°C mają prężność par większą niż 300 kPa (3 bary) lub 2) są całkowicie w stanie gazowym w temperaturze 20°C pod ciśnieniem normalnym 101,3 kPa. Czysty gaz może zawierać inne składniki pochodzące z procesu jego wytwarzania lub dodane w celu zapewnienia trwałości produktu, pod warunkiem, że stężenie tych składników nie powoduje zmiany jego klasyfikacji lub warunków jego przewozu, np.: stopień napełnienia, ciśnienie napełnienia lub ciśnienie próbne. Materiały i przedmioty klasy 2 dzielą się na: 1) gaz sprężony, oznaczający gaz, który zapakowany pod ciśnieniem w celu przewozu pozostaje całkowicie w stanie gazowym do temperatury -50°C, przy czym kategoria ta obejmuje wszystkie gazy charakteryzujące się temperaturą krytyczną niższą lub równą -50°C; 2) gaz skroplony, oznaczający gaz, który zapakowany pod ciśnieniem w celu przewozu znajduje się częściowo w stanie ciekłym w temperaturach powyżej -50°C, przy czym można wyróżnić gaz skroplony pod wysokim ciśnieniem, to znaczy gaz o temperaturze krytycznej powyżej -50°C i niższej lub równej +65°C oraz gaz skroplony pod niskim ciśnieniem, to znaczy gaz o temperaturze krytycznej powyżej +65°C; 3) gaz schłodzony skroplony, oznaczający gaz, który zapakowany w celu przewozu znajduje się częściowo w stanie ciekłym ze względu na swoją niską temperaturę; 4) gaz rozpuszczony, oznaczający gaz, który zapakowany pod ciśnieniem w celu przewozu jest rozpuszczony w ciekłym rozpuszczalniku; 5) pojemniki aerozolowe i naczynia małe, zawierające gaz

(naboje gazowe); 6) inne przedmioty zawierające gaz pod ciśnieniem; 7) gazy niesprężone podlegające wymaganiom szczególnym (próbki gazu). Gazy mogą być zaliczone do następujących grup: 1) duszące (A) – nie są utleniające, palne i trujące oraz rozcieńczają lub zastępują tlen w powietrzu; 2) żrące (C) – spełniające w całości kryteria toksyczności wynikające z ich działania żrącego, powinny być zaklasyfikowane jako trujące z dodatkowym zagrożeniem działania żrącego, przy czym mieszanina gazów uznana za trującą w wyniku połączonego działania żrącego i trującego jest charakteryzowana działaniem żrącym jako zagrożeniem dodatkowym, jeżeli znane jest niszczące działanie takiej mieszaniny na ludzką skórę, oczy lub błony śluzowe; 3) palne (F) – które w temperaturze 20°C i pod ciśnieniem normalnym 101,3 kPa: a) są zapalne, gdy ich stężenie w mieszaninie z powietrzem wynosi 13% objętościowych lub mniej, b) mają przedział zapalności w powietrzu co najmniej 12 punktów procentowych, bez względu na dolną granicę zapalności; 4) utleniające (O) – które mogą generalnie rzecz biorąc, wskutek wydzielania tlenu, powodować lub wzmacniać palenie innych materiałów w stopniu większym niż powietrze, przy czym są to gazy czyste lub mieszaniny gazów o zdolności utleniającej większej niż 23,5%; 5) trujące (T) – spełniające w całości lub w części kryteria toksyczności wynikające z ich działania żrącego, które powinny być klasyfikowane jako trujące, przy czym gazy te: a) są znane jako trujące lub żrące dla ludzi i powodują zagrożenie zdrowia, b) są podejrzane o działanie trujące lub żrące dla ludzi, ponieważ wartość ich toksyczności ostrej LC₅₀ jest równa lub niższa niż 5000 ml/m³ (ppm).

Należy wskazać, że w przypadku gazów i mieszanin gazów łączących, zgodnie z kryteriami, właściwości niebezpieczne więcej niż jednej grupy należy przyjmować dominację grup oznaczonych literą T przed pozostałymi grupami. Natomiast grupy oznaczone literą F dominują nad grupami oznaczonymi literami A lub O.

Materiały chemicznie niestabilne klasy 2 nie są dopuszczone do przewozu, jeżeli nie zostały podjęte wszelkie niezbędne środki dla uniknięcia niebezpiecznej reakcji podczas ich normalnego przewozu, np.: rozkładu, dysproporcjonowania lub polimeryzacji. Z tego względu należy przestrzegać w szczególności, aby naczynia i cysterny nie zawierały żadnych materiałów inicjujących takie reakcje.

Materiały ciekłe zapalne (klasa 3) to materiały i przedmioty zawierające materiały tej klasy, które: 1) są ciekłe; 2) w temperaturze 50°C mają prężność par nie większą niż 300 kPa (3 bary) i nie są całkowicie w stanie gazowym w temperaturze 20°C i pod ciśnieniem normalnym 101,3 kPa; 3) mają temperaturę zapłonu nie wyższą niż 60°C. Do tej klasy zalicza się materiały ciekłe oraz stopione materiały stałe o temperaturze zapłonu wyższej niż 60°C, które są przewożone lub dostarczone do przewozu w stanie podgrza-

nym do temperatury równej lub wyższej niż ich temperatura zapłonu, a także materiały wybuchowe ciekłe odczulone. Materiały wybuchowe ciekłe odczulone są to materiały wybuchowe, które są rozpuszczone lub zawieszone w wodzie lub innych materiałach ciekłych w celu utworzenia jednorodnej, mieszaniny ciekłej o zredukowanych właściwościach wybuchowych.

Materiały klasy 3 podatne na tworzenie nadtlenków (jak np. etery lub niektóre materiały heterocykliczne zawierające tlen) nie powinny być dopuszczone do przewozu, jeżeli zawartość w nich nadtlenku, przeliczona na nadtlenek wodoru (H_2O_2), przekracza 0,3%. Materiały chemicznie niestabilne klasy 3 nie powinny być dopuszczone do przewozu, jeżeli nie zostały podjęte niezbędne środki zapobiegające niebezpiecznym reakcjom ich rozkładu lub polimeryzacji podczas przewozu. W tym celu należy w szczególności upewnić się, że naczynia i cysterny nie zawierają żadnych substancji inicjujących takie reakcje.

Materiały stałe zapalne, substancje samoreaktywne oraz materiały wybuchowe stałe odczulone należą do klasy 4.1. Materiały stałe zapalne są łatwo zapalającymi się ciałami stałymi oraz materiałami stałymi, które mogą zapalić się wskutek tarcia. Materiałami stałymi łatwo zapalnymi są materiały sproszkowane, granulowane lub w postaci pasty, które uważa się za niebezpieczne, jeżeli mogą się łatwo zapalić w wyniku krótkotrwałego kontaktu ze źródłem zapłonu, np. z palącą się zapalką, oraz jeżeli płomień rozprzestrzenia się szybko. Zagrożenie może pochodzić nie tylko od pożaru, ale również od wydzielających się trujących produktów spalania. Szczególnie niebezpieczne są proszki metali, ponieważ gaszenie ich normalnymi środkami gaśniczymi, takimi jak dwutlenek węgla lub woda, może zwiększać zagrożenie. Substancje samoreaktywne – to substancje termicznie niestabilne podatne na rozkład silnie egzotermiczny, nawet bez udziału tlenu (powietrza). Materiały wybuchowe stałe odczulone z kolei to materiały zwilżone wodą lub alkoholem lub rozcieńczone za pomocą innych substancji obniżających ich właściwości wybuchowe. W tej klasie znajdują się też inne materiały podobne do substancji samo reaktywnych.

Materiały niestabilne chemicznie klasy 4.1 nie powinny być dopuszczone do przewozu, jeżeli nie zostały podjęte kroki w celu zapobieżenia ich niebezpiecznemu rozkładowi lub polimeryzacji podczas przewozu. Z tego względu należy w szczególności zapewnić, aby naczynia i cysterny nie zawierały żadnych materiałów umożliwiających zapoczątkowanie takich reakcji.

Materiały samozapalne (klasa 4.2) oznaczają materiały piroforyczne, które jako substancje, mieszaniny i roztwory (ciekłe lub stałe) w zetknięciu z powietrzem, nawet w małych ilościach, zapalają się w ciągu 5 minut. Dzielą się one na materiały: 1) podatne na samozapalenie, niestwarzające zagrożenia dodatkowego, 2) organiczne, ciekłe, 3) organiczne, stałe, 4) nieorganiczne, ciekłe, 5) nieorganiczne, stałe, 6) metaloorganiczne, 7) podatne

na samozapalenie, które w zetknięciu z wodą wydzielają gazy palne, 8) podatne na samozapalenie, utleniające, 9) podatne na samozapalenie, trujące, 9) organiczne, trujące, ciekłe, 10) organiczne, trujące, stałe, 11) nieorganiczne, trujące, ciekłe, 12) nieorganiczne, trujące, stałe, 13) podatne na samozapalenie, żrące, 14) organiczne, żrące, ciekłe, 15) organiczne, żrące, stałe, 16) nieorganiczne, żrące, ciekłe, 17) nieorganiczne, żrące, stałe.

Materiały wydzielające w zetknięciu z wodą gazy palne (klasa 4.3), mogące tworzyć z powietrzem mieszaniny wybuchowe, oraz przedmioty zawierające takie materiały dzielą się na: 1) materiały wydzielające w zetknięciu z wodą gazy palne, bez zagrożenia dodatkowego, oraz przedmioty zawierające takie materiały, 2) materiały ciekłe, 3) materiały stałe, 4) przedmioty, 5) materiały wydzielające w zetknięciu z wodą gazy palne, ciekłe, zapalne, 6) materiały wydzielające w zetknięciu z wodą gazy palne, stałe, zapalne, 7) materiały wydzielające w zetknięciu z wodą gazy palne, samonagrzewające się, 8) materiały wydzielające w zetknięciu z wodą gazy palne, utleniające, stałe, 9) materiały wydzielające w zetknięciu z wodą gazy palne, trujące, 10) materiały ciekłe, 11) materiały stałe, 12) materiały wydzielające w zetknięciu z wodą gazy palne, żrące, 13) materiały stałe, materiały wydzielające w zetknięciu z wodą gazy palne, zapalne, żrące.

Niektóre materiały w zetknięciu z wodą wydzielają gazy palne, które mogą tworzyć z powietrzem mieszaniny wybuchowe. Mieszaniny takie zapalają się łatwo od wszystkich zwykłych źródeł zapłonu, np. od otwartego płomienia, narzędzi iskrzących lub niezabezpieczonych żarówek. Wytworzona fala detonacyjna może zagrozić ludziom i środowisku naturalnemu.

Do klasy 5.1 należą materiały utleniające, które same nie zawsze są palne, mogą jednak, wskutek wydzielania tlenu, powodować zapalenie lub podtrzymywanie palenia innego materiału, oraz przedmioty zawierające takie materiały. Można wyróżnić: 1) materiały utleniające, niestwarzające zagrożenia dodatkowego lub przedmioty zawierające takie materiały, 2) materiały ciekłe, 3) materiały stałe, 4) przedmioty, 5) materiały utleniające, stałe, zapalne, 6) materiały utleniające, stałe, samonagrzewające się, 7) materiały utleniające, stałe, które w zetknięciu z wodą wydzielają gazy palne, 8) materiały utleniające, trujące, 9) materiały ciekłe, 10) materiały stałe, 11) materiały utleniające, żrące, 12) materiały utleniające, trujące, żrące.

Nadtlenki organiczne (klasa 5.2.) są substancjami organicznymi, które zawierają dwuwartościową strukturę $-O-O-$ i mogą być uważane za pochodne nadtlenu wodoru, w którym jeden lub dwa atomy wodoru zostały zastąpione przez rodniki organiczne. Nadtlenki organiczne podatne są na rozkład egzotermiczny w temperaturze normalnej lub podwyższonej. Rozkład może być inicjowany przez: ciepło, kontakt z zanieczyszczeniami (np. kwasami, związkami metali ciężkich, aminami), tarcie lub uderzenie. Szybkość rozkładu wzrasta wraz z temperaturą i jest zróżnicowana w zależ-

ności od formulacji nadtlenu organicznego. W wyniku rozkładu mogą wydzielać się szkodliwe lub palne gazy albo pary. W przypadku niektórych nadtlenu organicznych temperatura podczas przewozu powinna być kontrolowana. Niektóre nadtlenu organiczne mogą rozkładać się wybuchowo, szczególnie pod zamknięciem. Charakterystyka ta może być zmodyfikowana wskutek dodawania rozcieńczalników lub wskutek zastosowania odpowiednich opakowań. Wiele nadtlenu organicznych pali się gwałtownie. Należy unikać kontaktu nadtlenu organicznego z oczami. Niektóre nadtlenu organiczne mogą powodować poważne uszkodzenia rogówki, nawet przy krótkotrwałym kontakcie oraz mogą działać żrąco na skórę.

W celu zapewnienia bezpiecznego przewozu, w wielu przypadkach stosuje się odczulanie nadtlenu organicznych za pomocą ciekłych lub stałych materiałów organicznych, stałych materiałów nieorganicznych lub wody. Jeżeli stężenie procentowe substancji jest zastrzeżone, to powinno być ono wyrażone w procentach masowych, zaokrąglonych do najbliższej liczby całkowitej. Zasadą jest takie odczulanie, aby w razie wycieku stężenie nadtlenu organicznego nie osiągnęło poziomu niebezpiecznego.

Materiały trujące (klasa 6.1) to takie, o których z praktyki wiadomo, że mogą one – wskutek jednorazowego lub krótkotrwałego działania w stosunkowo małych dawkach – spowodować uszczerbek na zdrowiu lub śmierć człowieka w wyniku ich wdychania, przenikania przez skórę lub połknięcia. Zmodyfikowane genetycznie drobnoustroje i organizmy powinny być zaliczone do tej klasy, jeżeli spełniają zawarte w niej kryteria. Wyróżniamy: 1) materiały trujące bez zagrożenia dodatkowego, 2) materiały organiczne, ciekłe, 3) materiały organiczne, stałe, 4) materiały metaloorganiczne, 5) materiały nieorganiczne, ciekłe, 6) materiały nieorganiczne, stałe, 7) materiały ciekłe stosowane jako pestycydy, 8) materiały stałe, stosowane jako pestycydy, 9) próbki, 10) inne materiały trujące, 10) materiały trujące, zapalne, 11) materiały ciekłe, 12) materiały stałe, 13) materiały trujące, podatne na samonagrzewanie, stałe, 14) materiały trujące, wytwarzające w zetknięciu z wodą gazy palne, 15) materiały trujące, utleniające, 16) materiały trujące, żrące, 17) materiały trujące, zapalne, żrące, 28) materiały trujące, zapalne, które w zetknięciu z wodą wydzielają gazy palne.

Materiały klasy 6.1 – niestabilne chemicznie – nie są dopuszczone do przewozu, o ile nie zostały podjęte niezbędne środki zapobiegające niebezpiecznym reakcjom ich rozkładu lub polimeryzacji podczas przewozu. Z tego względu należy w szczególności upewnić się, że naczynia i cysterny nie zawierają żadnych substancji inicjujących takie reakcje.

Kolejna klasa (6.2) to materiały zakaźne, o których wiadomo lub istnieje uzasadnione podejrzenie, że zawierają drobnoustroje chorobotwórcze. Drobnoustroje chorobotwórcze są definiowane jako drobnoustroje (w tym bakterie, wirusy, riketsje, mykoplazmy, pasożyty i grzyby) oraz inne czynniki

takie, jak priony, które mogą powodować choroby u ludzi lub u zwierząt. Wyróżniamy: 1) materiały zakaźne dla ludzi, 2) materiały zakaźne tylko dla zwierząt, 3) odpady medyczne lub kliniczne, 4) materiały biologiczne.

Materiały promieniotwórcze (klasa 7) obejmują każdy materiał zawierający radionuklidy, w którym zarówno stężenie promieniotwórcze, jak i aktywność całkowita przesyłki przekraczają wartości, które mogą wywołać np. skutki w postaci skażenia. Skażenie oznacza obecność substancji promieniotwórczej na powierzchni, w ilości przekraczającej 0,4 Bq/cm² dla emiterów promieniowania beta i gamma oraz dla niskotoksycznych emiterów promieniowania alfa lub 0,04 Bq/cm² dla wszystkich innych emiterów promieniowania alfa. Aktywność właściwa radionuklidu oznacza aktywność na jednostkową masę tego radionuklidu. Aktywność właściwa materiału oznacza aktywność na jednostkową masę materiału, w którym radionuklidy są w zasadzie równomiernie rozmieszczone.

Materiały żrące (klasa 8) zawierają substancje, które wskutek działania chemicznego atakują tkankę nabłonkową skóry lub błony śluzowej, jeżeli wejdą z nią w kontakt, oraz w razie wycieku mogą uszkodzić lub zniszczyć inne towary lub środki transportu. Obejmują one substancje tworzące żrącą ciecz tylko w obecności wody lub wydzielające żrącą parę czy mgłę, w obecności naturalnej wilgoci powietrza. Można wyróżnić: 1) materiały żrące bez zagrożenia dodatkowego, 2) materiały kwaśne, 3) materiały nieorganiczne, ciekłe, 4) materiały nieorganiczne, stałe, 5) materiały organiczne, ciekłe, 6) materiały organiczne, stałe, 7) materiały zasadowe, 8) inne materiały żrące, 9) materiały ciekłe, 10) materiały stałe, 11) przedmioty, 12) materiały żrące, zapalne, 13) materiały żrące, samonagrzewające się, 14) materiały żrące, które w zetknięciu z wodą wydzielają gazy palne, 15) materiały żrące, utleniające, 16) materiały żrące, trujące, 17) materiały żrące, zapalne, ciekłe, trujące, 18) materiały żrące, utleniające, trujące.

Materiały, zarówno ciekłe, jak i stałe, które nie powodują całkowitej martwicy skóry człowieka, powinny być ocenione dodatkowo z punktu widzenia ich potencjalnej możliwości oddziaływania korodującego na niektóre powierzchnie metalowe. Przy zaliczaniu do grup pakowania należy uwzględnić doświadczenia uzyskane w sytuacjach awaryjnego narażenia ludzi.

Materiały klasy 8, chemicznie niestabilne, mogą być dopuszczone do przewozu tylko wówczas, gdy zostały podjęte odpowiednie środki zapobiegające ich niebezpiecznemu rozkładowi lub polimeryzacji podczas przewozu. W tym celu należy w szczególności zapewnić, aby naczynia i cysterny nie zawierały materiałów mogących inicjować takie reakcje.

Różne niebezpieczne materiały i przedmioty, które podczas przewozu stwarzają zagrożenie inne niż materiały objęte pozostałymi klasami, należą do klasy 9. Można wyróżnić: 1) materiały, które wdychane w postaci drobnego pyłu, mogą zagrażać zdrowiu, 2) materiały i urządzenia, które w razie po-

żaru mogą tworzyć dioksyny, 3) materiały wydzielające pary palne, 4) akumulatory litowe, 5) przedmioty ratownicze, 6) substancje zagrażające środowisku, 7) materiał zanieczyszczający środowisko wodne, ciekły, 8) materiał zanieczyszczający środowisko wodne, stały, 9) drobnoustroje i organizmy zmienione genetycznie, 10) materiały o podwyższonej temperaturze, 11) materiały ciekłe, 12) materiały stałe, 13) inne materiały stwarzające zagrożenie podczas przewozu, nieodpowiadające definicjom pozostałych klas.

VI. Uczestnicy przewozu

Głównymi uczestnikami przewozu są: nadawca, przewoźnik, odbiorca, załadowca, pakujący, napełniający, operator kontenera – cysterny (cysterny przenośnej), rozładowca. Przewoźnicy, nadawcy i inni uczestnicy przewozu, biorący udział w przewozie towarów niebezpiecznych dużego ryzyka, powinni przyjąć, wdrożyć i stosować plan ochrony, który powinien zawierać co najmniej następujące elementy: 1) szczegółowy podział obowiązków w zakresie ochrony wraz ze wskazaniem kompetentnych i wykwalifikowanych osób, które posiadają odpowiednie uprawnienia do ich wykonywania, 2) wykaz towarów niebezpiecznych podlegających ochronie lub wykaz rodzajów towarów niebezpiecznych podlegających ochronie, 3) opis wykonywanych czynności i ocenę związanych z nimi zagrożeń, z uwzględnieniem postojów niezbędnych do wykonania operacji transportowych, przechowywania towarów niebezpiecznych – przed, podczas i po przewozie – na statku, w cysternie lub w kontenerze, a także czasowego przechowywania towarów niebezpiecznych związanego ze zmianą rodzaju transportu lub środka transportu, 4) szczegółowy wykaz środków, które powinny być zastosowane w celu zminimalizowania zagrożeń, odpowiednio do zakresu obowiązków i odpowiedzialności uczestnika przewozu, obejmujący: a) szkolenie, b) procedury postępowania (np. reagowanie w stanach podwyższonego zagrożenia, kontrola pracowników nowoprzyjętych i zmieniających stanowiska), c) działania praktyczne (np. wybór i korzystanie ze znanych tras przewozu, z uwzględnieniem dostępu do miejsc czasowego przechowywania towarów niebezpiecznych oraz bliskości wrażliwych elementów infrastruktury), d) wyposażenie i inne środki, które powinny być użyte w celu zminimalizowania zagrożeń, 5) skuteczne i aktualne procedury powiadamiania i postępowania w przypadkach zagrożeń, nieprzestrzegania zasad bezpieczeństwa i związanych z nimi zdarzeń, 6) procedury oceny i testowania planów ochrony oraz procedury przeglądów okresowych i aktualizacji tych planów, 7) środki zapewniające ochronę fizyczną informacji o transporcie zawartych w planie ochrony, 8) środki zapewniające ograniczenie dostępu do informacji o operacjach transportowych zawartych w planie ochrony wyłącznie do osób upoważnionych.

Przewoźnicy, nadawcy i odbiorcy powinni współpracować ze sobą oraz z właściwymi władzami w zakresie wymiany informacji o zagrożeniach, stosowania odpowiednich środków ochrony oraz postępowania w przypadku zdarzeń zagrażających bezpieczeństwu.

1. W myśl tych przepisów uczestnicy przewozu towarów niebezpiecznych powinni podejmować środki bezpieczeństwa odpowiednie do natury i zakresu dających się przewidzieć zagrożeń, w celu zapobieżenia szkodom i urazom oraz, jeżeli jest to wskazane, w celu zminimalizowania ich skutków. Uczestnicy przewozu powinni, w każdym przypadku, stosować się do odpowiednich wymagań. W razie zaistnienia bezpośredniego zagrożenia bezpieczeństwa publicznego uczestnicy przewozu powinni niezwłocznie zawiadomić służby ratownicze oraz udostępnić im informacje potrzebne do prowadzenia działań. Głównymi uczestnikami przewozu są: nadawca, przewoźnik i odbiorca. Do innych uczestników przewozu należy zaliczyć: załadowcę, pakującego, napełniającego, operatora cysterny, rozładowującego, którzy powinni wiedzieć, że ich czynności stanowią integralną część operacji transportowej. Podana lista innych uczestników przewozu nie jest wyczerpująca. Nie może rodzić wątpliwości, że naruszenie wymagań transportowych, niezależnie od odpowiedzialności, powoduje natychmiastowe przerwanie określonej operacji. W sytuacji zaawansowanej fazy transportu towarów niebezpiecznych uczestnikowi przewozu należy udzielić pomocy administracyjnej.

2. Nadawca towarów niebezpiecznych zobowiązany jest dostarczyć do przewozu tylko takie przesyłki, które spełniają wymagania. Powinien zatem m.in.: 1) upewnić się, że towary niebezpieczne są sklasyfikowane i dopuszczone do przewozu, 2) zaopatrzyć przewoźnika w informacje i dane oraz, jeżeli to konieczne, w wymagane dokumenty przewozowe oraz dokumenty towarzyszące (zezwolenia, dopuszczenia, zawiadomienia, świadectwa itp.), 3) używać wyłącznie opakowań, dużych opakowań i dużych pojemników do przewozu luzem (DPPL) oraz cystern (pojazdów-cystern, cystern odejmowalnych, pojazdów-baterii, MEGC, cystern przenośnych i kontenerów-cystern), które są dopuszczone i odpowiednie do przewozu danych materiałów oraz posiadają wymagane oznakowanie, 4) stosować się do wymagań dotyczących sposobów nadania i ograniczeń wysyłkowych, 5) zapewnić, aby nawet próżne nieoczyszczone i nieodgazowane cysterny (pojazdy-cysterny, cysterny odejmowalne, pojazdy-baterie, MEGC, cysterny przenośne i kontenery-cysterny), a także próżne nieoczyszczone pojazdy oraz duże i małe kontenery do przewozu luzem, były odpowiednio oznakowane i zaopatrzone w wymagane nalepki ostrzegawcze, a próżne nieoczyszczone cysterny były tak samo zamknięte i szczelne jak w stanie ładownym.

3. Przewoźnik powinien w szczególności: 1) upewnić się, że towary niebezpieczne przeznaczone do przewozu są dopuszczone do przewozu, 2) upewnić się, że wszystkie wymagane informacje, dotyczące towarów nie-

bezpiecznych przeznaczonych do przewozu, zostały przed jego rozpoczęciem dostarczone przez nadawcę, że wymagana dokumentacja znajduje się w jednostce transportowej, a w przypadku użycia zamiast dokumentacji papierowej technik elektronicznego przetwarzania danych (EDP) lub elektronicznej wymiany danych (EDI), że zapewniona jest dostępność do tych danych podczas transportu w stopniu co najmniej równoważnym dokumentacji papierowej, 3) sprawdzić wzrokowo, czy pojazdy i ładunek nie mają oczywistych wad oraz czy nie występują wycieki lub nieszczelności, braki w wyposażeniu, itp., 4) upewnić się, że nie upłynął termin następnego badania dla pojazdów-cystern, pojazdów-baterii, cystern odejmowalnych, cystern przenośnych, kontenerów-cystern i MEGC,

4. Odbiorca zobowiązany jest nie opóźniać przyjęcia towarów, jeżeli takie opóźnienie nie jest konieczne oraz sprawdzić, po rozładunku, czy zostały spełnione odnoszące się do niego wymagania.

5. Załadowca powinien w szczególności: 1) wydać przewoźnikowi towary niebezpieczne tylko w przypadku, gdy są one dopuszczone do przewozu, 2) przy wydawaniu do przewozu opakowanych towarów niebezpiecznych lub próżnych, nieoczyszczonych opakowań, sprawdzić czy opakowania nie są uszkodzone. Nie powinien on wydać sztuki przesyłki, której opakowanie jest uszkodzone, dopóki nie zostaną usunięte uszkodzenia, w szczególności, jeżeli opakowanie jest nieszczelne, są wycieki materiału niebezpiecznego lub istnieje możliwość ich wystąpienia (obowiązek ten dotyczy również próżnych nieoczyszczonych opakowań), 3) postępować zgodnie z przepisami szczególnymi dotyczącymi załadunku i manipulowania ładunkiem podczas załadunku towarów niebezpiecznych do pojazdu oraz dużego i małego kontenera, 4) po załadunku towarów niebezpiecznych do kontenera, spełnić wymagania dotyczące oznakowania, 5) przy załadunku sztuk przesyłki, stosować się do zakazów ładowania razem oraz do wymagań dotyczących oddzielania towarów niebezpiecznych od żywności, innych artykułów spożywczych oraz karmy dla zwierząt, uwzględniając przy tym towary niebezpieczne znajdujące się już w pojeździe lub dużym kontenerze.

6. Pakujący powinien stosować się w szczególności do: 1) wymagań dotyczących warunków pakowania, w tym pakowania razem, oraz 2) wymagań dotyczących oznakowania i stosowania nalepek ostrzegawczych, w przypadku, gdy przygotowuje sztuki przesyłki do przewozu.

7. Napelniający powinien w szczególności: 1) przed napełnieniem upewnić się, że cysterny i ich wyposażenie są w dobrym stanie technicznym, 2) w przypadku pojazdów-cystern, pojazdów-baterii, cystern odejmowalnych, cystern przenośnych, kontenerów-cystern oraz MEGC upewnić się, że nie został przekroczony termin ich następnego badania, 3) napełniać cysterny jedynie materiałami niebezpiecznymi dopuszczonymi do przewozu w tych cysternach, 4) przy napełnianiu cysterny stosować się do wymagań doty-

czących załadunku materiałów niebezpiecznych do sąsiednich komór cysterny, 5) podczas napełniania cysterny przestrzegać określonego dla danego materiału maksymalnego dopuszczalnego stopnia napełnienia lub maksymalnej dopuszczalnej masy zawartości na litr pojemności cysterny, 6) po napełnieniu cysterny sprawdzić szczelność jej zamknięć, 7) zapewnić, aby na powierzchni zewnętrznej napełnionej cysterny nie było niebezpiecznych pozostałości ładowanego materiału, 8) przygotowując towary niebezpieczne do przewozu zapewnić, aby na cysternach, na pojazdach oraz na dużych i małych kontenerach do przewozu luzem zostały umieszczone wymagane przepisami tablice barwy pomarańczowej oraz nalepki ostrzegawcze, 9) w przypadku załadunku towarów niebezpiecznych luzem do pojazdów lub kontenerów, upewnić się, że przestrzegane są odpowiednie przepisy.

8. Operator kontenera-cysterny (cysterny przenośnej) powinien w szczególności: 1) zapewnić, aby kontener-cysterna (cysterna przenośna) odpowiadały obowiązującym wymaganiom w zakresie konstrukcji, wyposażenia, badań i oznakowania, 2) zapewnić, aby konserwacja zbiornika i jego wyposażenia była przeprowadzana w sposób, który gwarantuje, że w normalnych warunkach użytkowania kontener-cysterna (cysterna przenośna) będą spełniać wymagania do czasu następnego badania, 3) zapewnić przeprowadzenie nadzwyczajnej kontroli kontenera-cysterny (cysterny przenośnej) w przypadku, gdy istnieje podejrzenie, że bezpieczeństwo zbiornika lub jego wyposażenia zostało naruszone w wyniku naprawy, dokonanych zmian lub wskutek wypadku.

9. Rozładowca stanowi określenie, przez które należy rozumieć czynności polegające na zdejmowaniu, wyładunku i rozładunku. Odbiorca powinien w szczególności: 1) upewnić się, że zostały rozładowane właściwe towary, przez porównanie odpowiednich informacji zawartych w dokumencie przewozowym z informacjami znajdującymi się na sztuce przesyłki, kontenerze, cysternie, MEMU, MEGC lub pojeździe, 2) sprawdzić przed i podczas rozładunku, czy opakowania, cysterna, pojazd lub kontener nie są uszkodzone w stopniu zagrażającym bezpieczeństwu czynności rozładunkowych. W przypadku stwierdzenia takiego uszkodzenia, upewnić się, że rozładunek nie będzie się odbywać do czasu zastosowania odpowiednich środków, 3) stosować się do odpowiednich wymagań dotyczących rozładunku, 4) bezpośrednio po rozładunku cysterny, pojazdu lub kontenera: a) usunąć wszystkie niebezpieczne pozostałości towarów, które podczas czynności rozładunkowych przylgnęły do zewnętrznej powierzchni cysterny, pojazdu lub kontenera, b) zapewnić, aby zostały zamknięte zawory i otwory inspekcyjne, 5) zapewnić, aby zostało wykonane wymagane oczyszczenie i odkażenie pojazdów lub kontenerów, 6) zapewnić, aby kontenery, które zostały całkowicie rozładowane, oczyszczone i odkażone, nie posiadały niewłaściwego oznakowania.

VII. Czynności w razie wypadku lub zagrożenia

W razie zaistnienia podczas przewozu wypadku lub zagrożenia członkowie załogi powinni wykonać następujące czynności, o ile jest to możliwe i bezpieczne:

- 1) poinformować o zagrożeniu inne osoby znajdujące się na statku oraz utrzymywać te osoby w możliwie najdalszej odległości od strefy zagrożenia; ostrzec inne statki znajdujące się w pobliżu,
- 2) unikać źródeł zapłonu, w szczególności nie palić i nie włączać żadnych urządzeń elektrycznych, które nie mają „certyfikatu bezpieczeństwa” typu i nie są przeznaczone do użycia w działaniach ratowniczych,
- 3) zawiadomić odpowiednie służby ratownicze, podając im wszystkie dostępne informacje dotyczące wypadku lub zagrożenia oraz towarów, których te zdarzenia dotyczą,
- 4) zapewnić przybyłym ratownikom łatwy dostęp do dokumentów przewozowych i planu załadunku,
- 5) nie stąpać na uwolnione materiały, nie dotykać ich, zapobiegać wdychaniu oparów, dymu, pyłu i par przez pozostawanie po stronie nawietrznej,
- 6) o ile jest to właściwe i bezpieczne, przystąpić do gaszenia małego lub będącego w fazie początkowym pożaru,
- 7) o ile jest to możliwe i bezpieczne, zapobiec przedostaniu się uwolnionych materiałów do środowiska wodnego oraz zebrać uwolnione materiały, używając wyposażenia przewożonego na statku,
- 8) o ile jest to potrzebne i bezpieczne, podjąć środki przeciwdziałające dryfowaniu statku,
- 9) o ile jest to możliwe, oddalić się od miejsca wypadku lub zagrożenia, poinformować inne osoby o konieczności oddalenia się od tego miejsca oraz stosować się do zaleceń służb ratowniczych,
- 10) zdjąć i unieszkodliwić w sposób bezpieczny zanieczyszczone ubranie i zanieczyszczone środki ochrony, które zostały użyte oraz umyć ciało odpowiednimi środkami,
- 11) stosować się do dodatkowych wskazówek, sformułowanych odpowiednio do zagrożeń stwarzanych przez wszystkie towary, których dotyczy wypadek lub zagrożenie.

VIII. Pojazdy

Pojazdem jest samochód osobowy, samochód ciężarowy, autobus, motocykl, taksówka, pojazd specjalny, pojazd używany do celów specjalnych, pojazd uprzywilejowany, pojazd zabytkowy, pojazd wolnobieżny, ciągnik rol-

niczy, trolejbus, tramwaj, motorower, rower, pojazd zaprzęgowy, wózek inwalidzki, zespół pojazdów, przyczepa. Pojazdem silnikowym jest każdy pojazd samochodowy, przy czym nie każdy pojazd silnikowy może być pojazdem samochodowym. Do pojazdów silnikowych zaliczamy pojazdy z wyjątkiem: tramwaju, motoroweru, roweru, pojazdu zaprzęgowego, wózka inwalidzkiego, przyczepy. W myśl dyspozycji art. 2 ustawy – Prawo o ruchu drogowym⁵: pkt 31) pojazd – środek transportu przeznaczony do poruszania się po drodze oraz maszyna lub urządzenie do tego przystosowane, pkt 32) pojazd silnikowy – pojazd wyposażony w silnik, z wyjątkiem motoroweru i pojazdu szynowego, pkt 33) pojazd samochodowy – pojazd silnikowy, którego konstrukcja umożliwia jazdę z prędkością przekraczającą 25 km/h; określenie to nie obejmuje ciągnika rolniczego, pkt 34) pojazd wolnobieżny – pojazd silnikowy, którego konstrukcja ogranicza prędkość jazdy do 25 km/h, z wyłączeniem ciągnika rolniczego, pkt 35) pojazd członowy – zespół pojazdów składający się z pojazdu silnikowego złączonego z naczepą, pkt 35a) pojazd nienormatywny – pojazd lub zespół pojazdów, którego naciski osi wraz z ładunkiem lub bez ładunku są większe od dopuszczalnych, przewidzianych dla danej drogi w przepisach o drogach publicznych, lub którego wymiary lub rzeczywista masa całkowita wraz z ładunkiem lub bez niego są większe od dopuszczalnych, przewidzianych w przepisach niniejszej ustawy.

Jednostka transportująca towary niebezpieczne powinna być wyposażona w: 1) klin pod koła, dla każdego pojazdu i równocześnie o odpowiednim rozmiarze w odniesieniu do dopuszczalnej masy całkowitej pojazdu oraz średnicy koła, 2) dwa stojące znaki ostrzegawcze, 3) płyn do płukania oczu. Każdy członek załogi powinien dysponować: 1) kamizelką ostrzegawczą, 2) przenośnym urządzeniem oświetleniowym, 3) parą rękawic ochronnych, 4) odpowiednimi okularami do ochrony oczu. W skład dodatkowego wyposażenia wchodzi m.in.: 1) maska uciezkowa z pochłaniaczem zespolonym do gazu i pyłu, 2) łopata, 3) osłona otworów kanalizacyjnych, 4) pojemnik do zbierania pozostałości.

IX. System oceny zgodności

System oceny zgodności tworzą przepisy określające zasadnicze i szczegółowe wymagania dotyczące wyrobów, a także normy określające działanie podmiotów uczestniczących w procesie oceny zgodności. Z kolei, system kontroli wyrobów obejmuje kontrolę spełniania przez wyroby zasadniczych, szczegółowych i innych wymagań, a także postępowanie w sprawie wprowadzonych do obrotu lub oddanych do użytku wyrobów niezgodnych z zasadniczymi, szczegółowymi lub innymi wymaganiami. W procesie oceny

⁵ Tekst jedn. Dz. U. z 2012 r., poz. 1137 ze zm.

zgodności uczestniczą producenci, ich upoważnieni przedstawiciele, importerzy, jednostki certyfikujące, jednostki kontrolujące oraz laboratoria. W tym kontekście rozważań warto poznać i przyswoić następujące definicje poszczególnych określeń:

- 1) wyrób, oznaczający rzecz, bez względu na stopień jej przetworzenia, przeznaczoną do wprowadzenia do obrotu lub oddania do użytku, z wyjątkiem artykułów rolno-spożywczych oraz środków żywienia zwierząt, do których należą pasze oznaczające substancje lub produkty (w tym dodatki: przetworzone, częściowo przetworzone lub nieprzetworzone) przeznaczone do karmienia zwierząt, w myśl dyspozycji art. 62 ustawy z dnia 22 lipca 2006 r. o paszach⁶, w zw. z art. 3 ust. 4 rozporządzenia (WE) Nr 178/2002 Parlamentu Europejskiego Rady z dnia 28 stycznia 2002 r. ustanawiającego ogólne zasady i wymagania prawa żywnościowego, powołującego Europejski Urząd ds. Bezpieczeństwa Żywności oraz ustanawiającego procedury w zakresie bezpieczeństwa żywności⁷,
- 2) wprowadzenie do obrotu, przez co należy rozumieć udostępnienie przez producenta, jego upoważnionego przedstawiciela lub importera, nieodpłatnie albo za opłatą, po raz pierwszy na terytorium państwa członkowskiego Unii Europejskiej lub państwa członkowskiego Europejskiego Porozumienia o Wolnym Handlu (EFTA) – strony umowy o Europejskim Obszarze Gospodarczym wyrobu, w celu jego używania lub dystrybucji,
- 3) oznakowanie zgodności, czyli oznakowanie potwierdzające zgodność wyrobu z zasadniczymi lub szczegółowymi wymaganiami,
- 4) laboratorium, które oznacza pomieszczenie badawcze lub pomiarowe,
- 5) upoważniony przedstawiciel to osoba fizyczna lub prawna albo jednostka organizacyjna nieposiadająca osobowości prawnej, mająca siedzibę na terytorium państwa członkowskiego Unii Europejskiej lub państwa członkowskiego Europejskiego Porozumienia o Wolnym Handlu (EFTA) – strony umowy o Europejskim Obszarze Gospodarczym, upoważniony przez producenta na piśmie do działania w jego imieniu,
- 6) jednostka kontrolująca jest instytucją dokonującą sprawdzenia projektu wyrobu, wyrobu lub procesu jego wytwarzania oraz ustalenia ich zgodności z zasadniczymi lub szczegółowymi wymaganiami,
- 7) jednostka certyfikująca to niezależna instytucja dokonująca certyfikacji,
- 8) jednostka oceniająca zgodność jest instytucją wymienioną w art. 2 pkt 13 rozporządzenia (WE) nr 765/2008,
- 9) certyfikacja stanowi działanie jednostki certyfikującej, wykazujące, że należycie zidentyfikowany wyrób lub proces jego wytwarzania są zgodne z zasadniczymi lub szczegółowymi wymaganiami,

⁶ Dz. U. Nr 144, poz. 1045 ze zm.

⁷ Dz. U. UE. L. z 2002 r., Nr 31, poz. 1 ze zm.

- 10) certyfikat zgodności to dokument wydany przez notyfikowaną jednostkę certyfikującą, potwierdzający, że wyrób i proces jego wytwarzania są zgodne z zasadniczymi wymaganiami,
- 11) deklaracja zgodności stanowi oświadczenie producenta lub jego upoważnionego przedstawiciela stwierdzające na jego wyłączną odpowiedzialność, że wyrób jest zgodny z zasadniczymi wymaganiami,
- 12) akredytacja jest udzieleniem pełnomocnictwa, o którym mowa w art. 2 pkt 10 rozporządzenia (WE) nr 765/2008,
- 13) autoryzacja jest czynnością polegającą na zakwalifikowaniu przez ministra lub kierownika urzędu centralnego, właściwego ze względu na przedmiot oceny zgodności, zgłaszającej się jednostki lub laboratorium do procesu notyfikacji,
- 14) notyfikacja to zgłoszenie Komisji Europejskiej i państwom członkowskim Unii Europejskiej autoryzowanych jednostek certyfikujących i kontrolujących oraz autoryzowanych laboratoriów właściwych do wykonywania czynności określonych w procedurach oceny zgodności,
- 15) norma zharmonizowana to norma, o której mowa w art. 2 pkt 9 rozporządzenia (WE) nr 765/2008; jej tytuł i numer zostały opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej,
- 16) dyrektywy nowego podejścia stanowią dyrektywy Wspólnoty Europejskiej, uchwalone zgodnie z zasadami zawartymi w uchwale Rady Unii Europejskiej z dnia 7 maja 1985 r., w sprawie nowego podejścia do harmonizacji technicznej oraz normalizacji,
- 17) zasadnicze wymagania są wymaganiami w zakresie cech wyrobu, jego projektowania lub wytwarzania, określone w dyrektywach nowego podejścia,
- 18) szczegółowe wymagania określają wymagania, które powinien spełniać wyrób, wymienione w aktach prawnych Wspólnot Europejskich innych niż dyrektywy nowego podejścia,
- 19) oddanie do użytku stanowi pierwsze na terytorium państwa członkowskiego Unii Europejskiej lub państwa członkowskiego Europejskiego Porozumienia o Wolnym Handlu (EFTA) – strony umowy o Europejskim Obszarze Gospodarczym, zgodne z przeznaczeniem użycie wyrobu, który nie został wprowadzony do obrotu,
- 20) producent jest osobą fizyczną lub prawną albo jednostką organizacyjną nieposiadającą osobowości prawnej, która projektuje i wytwarza wyrób, albo dla której ten wyrób zaprojektowano lub wytworzono, w celu wprowadzenia go do obrotu lub oddania do użytku pod własną nazwą lub znakiem,
- 21) importer to osoba fizyczna lub prawna albo jednostka organizacyjna nieposiadająca osobowości prawnej, mająca siedzibę na terytorium państwa członkowskiego Unii Europejskiej lub państwa członkowskiego

- Europejskiego Porozumienia o Wolnym Handlu (EFTA) – strony umowy o Europejskim Obszarze Gospodarczym, która wprowadza do obrotu lub oddaje do użytku wyroby pochodzące z krajów trzecich,
- 22) specyfikacja zharmonizowana stanowi specyfikacje techniczne inne niż normy europejskie, w szczególności dokumenty normatywne Międzynarodowej Organizacji Metrologii Prawnej (OIML), uznane przez Komisję Europejską i ogłaszane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej serii C,
- 23) dystrybutor to osoba fizyczna lub prawna albo jednostka organizacyjna nieposiadająca osobowości prawnej, która dostarcza lub udostępnia wyrobów po jego wprowadzeniu do obrotu,
- 24) inne wymagania to wymagania związane z wyrobem lub projektem wyrobu, określone w dyrektywach nowego podejścia, inne niż zasadnicze lub szczegółowe wymagania.

X. Zastosowanie przepisów

1. Przepisy zawarte w ADR nie mają zastosowania do: 1) przewozu towarów niebezpiecznych dokonywanego przez osoby prywatne, jeżeli towary te znajdują się w opakowaniach stosowanych w sprzedaży detalicznej i służą tym osobom do osobistego użytku, wykorzystania w gospodarstwie domowym lub w związku z ich aktywnością sportowo-rekreacyjną, pod warunkiem, że zastosowano środki zapobiegające uwolnieniu się zawartości w normalnych warunkach przewozu. Jeżeli towarami tymi są materiały ciekłe i zapalne przewożone w naczyniach do wielokrotnego napełniania, napełnianych przez osobę prywatną lub dla niej, to zawartość w pojedynczym naczyniu nie powinna przekraczać 60 litrów i 240 litrów na jednostkę transportową. Towarów niebezpiecznych znajdujących się w DPPL, dużych opakowaniach lub w cysternach nie uważa się za przeznaczone do sprzedaży detalicznej; 2) przewozu maszyn lub urządzeń, które mogą zawierać towary niebezpieczne w swoich podzespołach lub w wyposażeniu, pod warunkiem, że zastosowano środki zapobiegające uwolnieniu się tych towarów w normalnych warunkach przewozu; 3) przewozu towarów wykonywanego przez przedsiębiorstwa w przypadkach, gdy ma on charakter pomocniczy wobec ich zasadniczej działalności, np. dostaw na teren budów, zwrotów z terenów budów oraz dostaw lub zwrotów w związku z przeglądami, naprawami i konserwacją urządzeń, w ilościach nie większych niż 450 litrów na opakowanie i w ramach dopuszczalnych ilości maksymalnych, przy czym należy zastosować środki zapobiegające uwolnieniu się zawartości opakowań w normalnych warunkach przewozu (niniejsze wyłączenie nie ma zastosowania do klasy 7, a równocześnie nie podlega określonemu wyłączeniu przewóz wykonywany przez przedsiębiorstwa, o których mowa, w celu ich zaopatrzenia lub wewnętrznej i zewnętrznej dystrybucji); 4) przewozu wykonywanego

przez właściwe władze w ramach działań ratowniczych lub przewozu nadzorowanego przez te władze, o ile przewóz ten jest konieczny ze względu na prowadzone działania ratownicze, w szczególności: a) przewozu i holowania pojazdów przewożących towary niebezpieczne, w przypadku, gdy pojazdy te uczestniczyły w wypadku lub są uszkodzone, b) przewozu mającego na celu ograniczenie rozprzestrzeniania się towarów niebezpiecznych na miejscu wypadku lub awarii, odzysk tych towarów oraz ich przemieszczenie do najbliższego, odpowiedniego i bezpiecznego miejsca; 5) przewozu o charakterze ratunkowym, mającego na celu ratowanie ludzkiego życia lub ochronę środowiska, pod warunkiem, że zostały podjęte wszystkie środki niezbędne dla zapewnienia pełnego bezpieczeństwa takiego przewozu; 6) przewozu próżnych nieoczyszczonych stacjonarnych zbiorników magazynowych, które zawierały gazy klasy 2 grup A, O lub F, materiały klas 3 lub 9, należące do II lub III grupy pakowania, lub pestycydy klasy 6.1, należące do II lub III grupy pakowania, pod następującymi warunkami: a) wszystkie otwory, z wyjątkiem otworów dla urządzeń obniżających ciśnienie (o ile występują), są zamknięte hermetycznie, b) zastosowano środki zapobiegające uwolnieniu się zawartości w normalnych warunkach przewozu; c) ładunek jest unieruchomiony w klatce, w koszu lub w innym urządzeniu do przenoszenia lub jest zamocowany na pojeździe lub w kontenerze, w taki sposób, że nie nastąpi jego obluźowanie lub przesunięcie w normalnych warunkach przewozu, przy czym określone wyłączenie nie ma zastosowania do stacjonarnych zbiorników magazynowych, zawierających odczulone materiały wybuchowe lub materiały, których przewóz jest zabroniony przez ADR.

2. Przepisy zawarte w ADR nie mają zastosowania do przewozu: 1) gazów znajdujących się w zbiornikach pojazdu i służących do jego napędu lub do pracy jego wyposażenia (np. urządzenia chłodniczego), w związku z wykonywaniem operacji transportowej; 2) gazów znajdujących się w zbiornikach paliwowych pojazdów przewożonych, przy czym zawór między zbiornikiem gazu a silnikiem powinien być zamknięty, a obwód elektryczny powinien być przerwany; 3) gazów grup A i O, których ciśnienie w naczyniu lub w cysternie w temperaturze 20°C nie przekracza 200 kPa (2 bary) i które podczas przewozu nie są w stanie skroplonym lub schłodzonym skroplonym, przy czym określone wyłączenie obejmuje wszystkie rodzaje naczyń i cystern oraz części maszyn i urządzeń; 4) gazów znajdujących się w wyposażeniu eksploatacyjnym pojazdu (np. w gaśnicach), w tym w częściach zapasowych (np. w napompowanych oponach); niniejsze wyłączenie stosuje się również do napompowanych opon przewożonych jako ładunek; 5) gazów znajdujących się w wyposażeniu specjalnym pojazdu, które są niezbędne do pracy tego wyposażenia podczas przewozu (systemów chłodzących, zbiorników do ryb, podgrzewaczy itp.), jak również zbiorników zapasowych do takiego wyposażenia lub próżnych, nieoczyszczonych zbiorników przeznac-

czonych do wymiany, przewożonych w tej samej jednostce transportowej; 6) gazów zawartych w żywności (z wyjątkiem UN 1950), w tym w napojach gazowanych; 7) gazów znajdujących się w piłkach przeznaczonych do użytku w sporcie; 8) gazów znajdujących się w żarówkach, jeżeli są one tak zapakowane, że rozrzut wywołany pęknięciem żarówki ograniczony będzie do wewnętrznej przestrzeni sztuki przesyłki.

3. Przepisy zawarte w ADR nie mają zastosowania do przewozu: 1) paliwa znajdującego się w zbiornikach pojazdu i służącego do jego napędu lub do pracy jego wyposażenia, w związku z wykonywaniem operacji transportowej, przy czym: a) paliwo, o którym mowa, może być przewożone w zbiornikach stałych, zgodnych z odpowiednimi przepisami, połączonych bezpośrednio z silnikiem pojazdu lub jego dodatkowym wyposażeniem lub w przeznaczonych do tego celu zbiornikach przenośnych (np. w kanistrach), b) pojemność całkowita zbiorników stałych nie powinna przekraczać 1500 litrów na jednostkę transportową, a pojemność zbiornika zamocowanego na przyczepie nie powinna przekraczać 500 litrów, z tym jednak, że w zbiornikach przenośnych dopuszcza się przewóz najwyżej 60 litrów paliwa na jednostkę transportową; 2) paliwa znajdującego się w zbiornikach pojazdów lub innych środków transportu (np. łodzi), przewożonych jako ładunek, jeżeli paliwo to przeznaczone jest do ich napędu lub do pracy ich wyposażenia. Podczas przewozu, wszystkie kurki paliwowe między silnikiem lub wyposażeniem a zbiornikiem paliwa powinny być zamknięte, z wyjątkiem przypadku, gdy konieczne jest utrzymywanie pracy wyposażenia. W koniecznych przypadkach, pojazdy lub inne środki transportu powinny być załadowane w pozycji stojącej i zabezpieczone przed upadkiem.

4. Przepisy zawarte w ADR nie mają zastosowania do: 1) akumulatorów litowych umieszczonych na stałe w pojeździe, wykonującym transport i przeznaczonym do napędzania jakiegokolwiek wyposażenia tego pojazdu; 2) akumulatorów litowych umieszczonych w wyposażeniu, które jest używane podczas przewozu (np. laptop).

5. Sztuki przesyłki, kontenery, cysterny przenośne i kontenery-cysterny, które nie spełniają wymagań ADR dotyczących pakowania, pakowania razem, oznakowania i stosowania nalepek ostrzegawczych, ale są zgodne z wymaganiami Kodeksu IMDG lub Instrukcji Technicznych ICAO, powinny być dopuszczone do przewozu w łańcuchu transportowym zawierającym przewóz morski lub powietrzny pod następującymi warunkami: 1) jeżeli sztuki przesyłki nie są oznakowane i zaopatrzone w nalepki ostrzegawcze zgodnie z ADR, wówczas powinny być one oznakowane i zaopatrzone w nalepki ostrzegawcze zgodnie z wymaganiami Kodeksu IMDG lub Instrukcji Technicznych ICAO; 2) w odniesieniu do pakowania razem w obrębie sztuki przesyłki, powinny być stosowane wymagania Kodeksu IMDG lub Instrukcji Technicznych ICAO; 3) w przypadku przewozu w łańcuchu transportowym

zawierającym przewóz morski, jeżeli kontenery, cysterny przenośne lub kontenery-cysterny nie są oznakowane i zaopatrzone w nalepki ostrzegawcze, wówczas powinny być one oznakowane i zaopatrzone w nalepki ostrzegawcze zgodnie z Kodeksem IMDG.

Postanowienia znajdujące się w ADN nie dotyczą: 1) przewozu towarów niebezpiecznych przez osoby fizyczne, jeżeli towary te znajdują się w opakowaniach stosowanych w sprzedaży detalicznej i służą tym osobom do osobistego użytku, użytku w gospodarstwie domowym lub w związku z ich aktywnością sportowo-rekreacyjną, pod warunkiem, że zastosowano środki zapobiegające uwolnieniu się zawartości w normalnych warunkach przewozu. Jeżeli towarami tymi są materiały ciekłe zapalne przewożone w naczyniach wielokrotnego użytku, napełnianych do użytku prywatnego, to zawartość w pojedynczym zbiorniku nie powinna przekraczać 60 litrów i 240 litrów na jednostkę transportującą towar. Towarów niebezpiecznych znajdujących się w DPPL, dużych opakowaniach lub w cysternach nie uważa się za przeznaczone do sprzedaży detalicznej; 2) przewozu maszyn lub urządzeń niewymienionych w niniejszych załączonych przepisach, które mogą zawierać towary niebezpieczne w swoich podzespołach lub w wyposażeniu, pod warunkiem, że zastosowano środki zapobiegające uwolnieniu się tych towarów w normalnych warunkach przewozu; 3) przewozu wykonywanego przez przedsiębiorstwa w przypadkach, gdy ma on charakter pomocniczy wobec ich zasadniczej działalności, np. dostaw na teren budów, zwrotów z terenów budów oraz dostaw lub zwrotów w związku z przeglądami, naprawami i utrzymaniem urządzeń, w ilościach nie większych niż 450 litrów na opakowanie i w ramach maksymalnych ilości, przy czym należy zastosować środki zapobiegające uwolnieniu się zawartości opakowań w normalnych warunkach przewozu (wyłączenie nie ma zastosowania do klasy 7, jak również do przewozu wykonywanego przez przedsiębiorstwa, o których mowa, w celu ich zaopatrzenia lub wewnętrznej i zewnętrznej dystrybucji nie podlega niniejszemu wyłączeniu); 4) przewozu wykonywanego lub nadzorowanego przez służby ratownicze, o ile jest on konieczny ze względu na prowadzoną akcję ratowniczą, w szczególności przewozu mającego na celu ograniczenie rozprzestrzeniania się towarów niebezpiecznych na miejscu wypadku lub awarii, odzysk tych towarów oraz ich przemieszczenie w miejsce bezpieczne; 5) przewozu o charakterze ratunkowym nadzorowanego przez właściwą władzę, mającym na celu ratowanie ludzkiego życia lub ochronę środowiska, pod warunkiem, że zostały podjęte wszystkie środki niezbędne dla zapewnienia pełnego bezpieczeństwa takiego przewozu; 6) przewozu próżnych nieoczyszczonych stacjonarnych zbiorników magazynowych, które zawierały gazy klasy 2 grup A, O lub F, materiały klas 3 lub 9, należące do II lub III grupy pakowania, lub pestycydy klasy 6.1, należące do II lub III grupy pakowania, pod następującymi warunkami: a) wszystkie otwory, z wyjąt-

kiem otworów dla urządzeń obniżających ciśnienie (o ile występują), są zamknięte hermetycznie, b) zastosowano środki zapobiegające uwolnieniu się zawartości w normalnych warunkach przewozu, c) ładunek jest unieruchomiony w klatce, w koszu lub w innym urządzeniu do przenoszenia lub jest zamocowany na pojeździe, w kontenerze lub na statku w taki sposób, że nie nastąpi jego obluźowanie lub przesunięcie w normalnych warunkach przewozu. Wyłączenie nie ma zastosowania do stacjonarnych zbiorników magazynowych, które zawierały odczulone materiały wybuchowe lub materiały, których przewóz jest zabroniony przez ADN.

Przepisy zawarte w ADN nie mają zastosowania do przewozu: 1) gazów grup A i O, których ciśnienie w naczyniu lub w cysternie w temperaturze 20°C nie przekracza 200 kPa (2 bary) i które podczas przewozu są całkowicie w stanie gazowym, 2) wszystkich rodzajów naczyń i cystern oraz części maszyn i urządzeń; 3) gazów znajdujących się na wyposażeniu eksploatacyjnym pojazdu (np. w gaśnicach), w tym w częściach zapasowych; 4) gazów zawartych w żywności lub w napojach.

Wymagania ADN nie mają zastosowania do materiałów używanych do napędu statków, przewożonych pojazdów lub wagonów w celu zapewnienia funkcjonowania, utrzymania lub bezpieczeństwa ich specjalnego wyposażenia, które są przewożone na pokładzie w opakowaniach, naczyniach lub cysternach przeznaczonych do powyższego celu. Późne, nieoczyszczone opakowania (w tym duże pojemniki do przewozu luzem DPPL i duże opakowania) nie podlegają przepisom ADN, jeżeli zastosowano środki wystarczające do usunięcia wszystkich zagrożeń. Zagrożenia uważa się za usunięte, jeżeli zastosowano środki wystarczające do usunięcia wszystkich zagrożeń określonych w klasach od 1 do 9.

Przepisy zawarte w ADN nie mają zastosowania do: 1) akumulatorów litowych umieszczonych w środkach transportu wykonujących operacje transportowe i przeznaczonych do napędzania lub do działania jakiegokolwiek wyposażenia; 2) akumulatorów litowych znajdujących się na wyposażeniu służących do obsługi tego wyposażenia lub przeznaczonych do używania podczas przewozu (np. laptop).

Regulamin RID nie ma zastosowania, w całości lub w części, do przewozu towarów niebezpiecznych, których zwolnienie przewiduje załącznik. Zwolnienia mogą być przewidziane tylko wówczas, jeżeli ilość, rodzaj zwolnionych przewozów lub opakowanie gwarantują bezpieczeństwo przewozu. Każde Państwo Członkowskie zachowuje prawo do regulowania lub zakazywania międzynarodowego przewozu towarów niebezpiecznych na swoim terytorium z innych przyczyn niż bezpieczeństwo podczas przewozu.

XI. Kary

1. Oto wykaz naruszeń powinności oraz wysokość kar stosowanych z tego powodu:

Lp.	Wyszczególnienie naruszeń	Rodzaj transportu			Wysokość kary w złotych
		Drogowy	Kolejowy	Żegluga śródlądową	
1.	DOKUMENTY				
1.1.	1. Niesporządzenie dokumentu przewozowego	X	X	X	1000
	2. Sporządzenie dokumentu przewozowego, w którym nie są zawarte: numer UN, grupa pakowania (o ile została przyporządkowana) lub prawidłowa nazwa przewozowa towaru niebezpiecznego				500
	3. Sporządzenie dokumentu przewozowego, w którym nie jest zawarta inna wymagana informacja				300
	4. Przewóz towaru niebezpiecznego z dokumentem przewozowym, o którym mowa w punktach 2 lub 3, albo bez dokumentu przewozowego				300
1.2.	Dopuszczenie do przewozu towaru niebezpiecznego kierowcy, który nie uzyskał wymaganego zaświadczenia ADR	X	–	–	2000
1.3.	Dopuszczenie do przewozu towaru niebezpiecznego eksperta ADN, który nie uzyskał świadectwa eksperta ADN	–	–	X	2000
1.4.	Niewyposażenie środka transportu w wymagane instrukcje pisemne	X	X	X	250
1.5.	1. Nieuzyskanie wymaganego świadectwa dopuszczenia pojazdu ADR	X	–	–	6000
	2. Niewyposażenie kierowcy w ważne świadectwo dopuszczania pojazdu ADR				500
1.6.	1. Nieuzyskanie wymaganego świadectwa dopuszczenia lub kopii świadectwa dopuszczenia dla przedziału ładunkowego lub osłony	X	–	X	6000
	2. Niewyposażenie załogi lub prowadzącego pojazd w wymagane świadectwa dopuszczenia lub kopię świadectwa dopuszczenia dla przedziału ładunkowego lub osłony				500

1.7.	Wykonywanie załadunku lub rozładunku towaru niebezpiecznego w miejscu publicznym lub na obszarze zabudowanym:	X	–	–	
	1) bez wymaganego specjalnego zezwolenia właściwej władzy				2000
	2) bez wymaganego powiadomienia właściwej władzy				500
1.8.	Nieuzyskanie przez uczestnika przewozu towarów niebezpiecznych wcześniejszego zatwierdzenia przez właściwą władzę dla przewozu materiału promieniotwórczego	X	X	X	2000
1.9.	Wykonywanie przewozu towaru niebezpiecznego bez wymaganego świadectwa dopuszczenia statku ADN do przewozu niektórych towarów niebezpiecznych lub tymczasowego świadectwa	–	–	X	6000
2.	SPÓSÓB PRZEWOZU				
2.1.	Napełnianie, nadanie lub przewóz towaru niebezpiecznego w cysternie, który nie jest dopuszczony do przewozu w cysternie	X	X	X	6000
2.2.	Nadanie, załadunek lub przewóz towaru niebezpiecznego luzem, który nie jest dopuszczony do przewozu luzem	X	X	X	6000
2.3.	Zapakowanie, nadanie, załadunek lub przewóz w sztukach przesyłki towaru niebezpiecznego, który nie jest dopuszczony do przewozu w sztukach przesyłki	X	X	X	6000
2.4.	Nadanie, załadunek lub przewóz towaru niebezpiecznego z naruszeniem przepisów dotyczących zakazu ładowania razem	X	X	X	3000
2.5.	Załadunek lub przewóz towaru niebezpiecznego z naruszeniem przepisów dotyczących rozmieszczania i mocowania ładunków	X	X	X	1000
2.6.	Napełnianie cysterny lub przewóz towaru niebezpiecznego w cysternie z naruszeniem przepisów dotyczących dopuszczalnego stopnia napełnienia cysterny	X	X	X	4500
2.7.	Napełnianie cysterny lub przewóz towarów reagujących ze sobą niebezpiecznie, umieszczonych w sąsiadujących komorach cysterny	X	X	X	5000

2.8.	Przewóz środkiem transportu zanieczyszczonym przewożonym towarem niebezpiecznym lub pozostałościami uprzednio przewożonego towaru niebezpiecznego	X	X	X	1500
2.9.	Nadanie, załadunek lub przewóz towaru niebezpiecznego w ilościach przekraczających ilości dozwolone odpowiednio w ADR, RID lub ADN	X	X	X	2000
2.10.	Nadanie lub przewóz towaru niebezpiecznego z naruszeniem wymaganych środków ostrożności przy jego przewozie razem z artykułami żywnościowymi, towarami konsumpcyjnymi lub karmą dla zwierząt	X	X	X	1000
2.11.	Napełnianie cysterny lub przewóz produktów żywnościowych w cysternach używanych do przewozu towarów niebezpiecznych bez zastosowania środków zapobiegających zagrożeniom zdrowia	X	X	X	3000
2.12.	Niezachowanie odległości ochronnej przy zestawianiu składu pociągu w sytuacjach określonych w części 7 RID	–	X	–	4000
2.13.	Kontynuowanie przewozu pomimo stwierdzenia uwalniania się towaru niebezpiecznego z urządzenia transportowego lub środka transportu	X	X	X	6000
3.	ŚRODKI TRANSPORTU I JEDNOSTKI TRANSPORTOWE				
3.1.	Załadunek, napełnianie lub przewóz towaru niebezpiecznego nieodpowiednim do takiego przewozu środkiem transportu lub w nieodpowiednim urządzeniu transportowym	X	X	X	3000
3.2.	Niewyposażenie środka transportu przewożącego towary niebezpieczne w wymagane:	X	–	X	
	1) gaśnice lub gaśnice niespełniające warunków określonych odpowiednio w ADR lub ADN				500
	2) w wyposażenie ochronne określone odpowiednio w ADR lub ADN				200 – za każdy brakujący element
3.3.	Niewyposażenie środka transportu przewożącego towary niebezpieczne w wymagane środki ochrony układu oddechowego, zgodnie z instrukcją wewnętrzną przewoźnika	–	X	–	500

3.4.	Nadanie lub przewóz towaru niebezpiecznego środkiem transportu, w cysternie, pojeździe–baterii, kontenerze, MEGC lub pojeździe MEMU, niezaopatrzonych w wymagane i prawidłowe oznakowanie, w zakresie: 1) tablicy lub tablic barwy pomarańczowej 2) nalepki lub nalepek ostrzegawczych 3) innego wymaganego oznakowania	X	X	X	200 – za każdy brakujący element
3.5.	Nadanie lub przewóz towaru niebezpiecznego środkiem transportu lub urządzeniem transportowym z niezdejmętymi lub niezakrytymi nalepkami ostrzegawczymi i tablicami barwy pomarańczowej, jeżeli przepisy RID tego wymagają	–	X	–	500
3.6.	Wykonywanie przewozu towaru niebezpiecznego pojazdem nieodpowiadającym warunkom określonym w części 9 ADR	X	–	–	2000
3.7.	Wykonywanie przewozu towaru niebezpiecznego w kontenerze, wagonie, cysternie lub innym urządzeniu transportowym niespełniającym wymagań określonych w części 4, 6 lub 7 odpowiednio ADR, RID lub ADN	X	X	X	2000
3.8.	Dopuszczenie do przewozu towaru niebezpiecznego w urządzeniu transportowym z pozostałościami towaru niebezpiecznego na jego zewnętrznej powierzchni	X	X	X	1000
3.9.	Nadanie towaru niebezpiecznego w kontenerze niezdatnym do użytku lub niezgodnym z odpowiednimi wymaganiami dla danego typu kontenera lub dla przewożonego towaru niebezpiecznego	X	X	X	2000
3.10.	Załadunek lub nadanie towaru niebezpiecznego luzem w kontenerze niedopuszczonym przez właściwą władzę	X	X	X	1000
4.	OPAKOWANIA				
4.1.	Zapakowanie, nadanie, załadunek lub przewóz towarów niebezpiecznych w opakowaniu, które nie spełnia wymagań odpowiednio ADR, RID lub ADN, odrębnie dla każdego numeru UN lub rodzaju opakowania	X	X	X	3000

4.2.	Zapakowanie, nadanie lub załadunek towaru niebezpiecznego bez wymaganego oznakowania sztuk przesyłki lub opakowania zbiorczego albo w nieprawidłowo oznakowanych sztukach przesyłki lub opakowaniach zbiorczych dla każdego numeru UN	X	X	X	800
4.3.	Zapakowanie, załadunek lub nadanie towaru niebezpiecznego z naruszeniem przepisów dotyczących pakowania razem do sztuki przesyłki	X	X	X	3000
5.	INNE NARUSZENIA				
5.1.	Nadanie towaru niebezpiecznego nieprawidłowo sklasyfikowanego	X	X	X	6000
5.2.	Załadunek, nadanie lub przewóz towaru niebezpiecznego niedopuszczonego do przewozu	X	X	X	10000
5.3.	Niewyznaczenie przez uczestnika przewozu towarów niebezpiecznych doradcy do spraw bezpieczeństwa przewozu towarów niebezpiecznych	X	X	X	5000
5.4.	Nieprzesłanie w ustawowo określonym terminie rocznego sprawozdania z działalności uczestnika przewozu towarów niebezpiecznych:	X	X	X	
	1) jeżeli od ustawowo określonego terminu do dnia przesłania sprawozdania nie upłynęło 14 dni				200
	2) jeżeli od ustawowo określonego terminu do dnia przesłania sprawozdania upłynęło co najmniej 14 dni				2000
	3) jeżeli od ustawowo określonego terminu przesłania sprawozdania upłynęły co najmniej 3 miesiące				5000
5.5.	Nieprzeszkolenie osób wykonujących czynności związane z przewozem towaru niebezpiecznego, zatrudnionych przez uczestnika przewozu towarów niebezpiecznych lub wykonujących te czynności na jego rzecz	X	X	X	2000
5.6.	Niesporządzenie lub sporządzenie niezgodnie z wymaganiami planu ochrony/planu zapewnienia bezpieczeństwa	X	X	–	5000
5.7.	Dopuszczenie do pozostawienia środka transportu przewożącego towary niebezpieczne bez wymaganego nadzoru	X	X	X	800
5.8.	Dopuszczenie do postoju środka transportu przewożącego towary niebezpieczne bez zabezpieczenia hamulcem ręcznym	–	X	–	500

5.9.	Używanie ognia lub nieosłoniętego płomienia w środkach transportu przewożących towary niebezpieczne oznakowane nalepkami ostrzegawczymi nr 1, 1.4, 1.5, 1.6, 2.1, 3, 4.1, 4.2, 5.1 lub 5.2, a także w ich pobliżu	–	X	–	2000
5.10.	Dopuszczenie do przewozu środkiem transportu przewożącym towary niebezpieczne osób innych niż załoga	X	–	–	500
5.11.	Niepowiadomienie przez uczestnika przewozu towarów niebezpiecznych, w przypadku zaistnienia wypadku lub awarii, zgodnie z przepisami ustawy z dnia 19 sierpnia 2011 r. O przewozie towarów niebezpiecznych, właściwej miejscowo ze względu na miejsce powstania zdarzenia jednostki ochrony przeciwpożarowej lub centrum powiadamiania ratunkowego	X	X	X	1000
5.12.	Niesporządzenie lub sporządzenie niezgodnie z przepisami planu awaryjnego dla stacji rozrządowej	–	X	–	5000
5.13	Wykonywanie przewozu towaru niebezpiecznego pojazdem wyposażonym w zbiornik lub zbiorniki paliwa o łącznej pojemności przekraczającej maksymalną pojemność określoną w ADR dla jednostki transportowej	X	–	–	2000

Wskazane w tabeli symbole oznaczają: „X” – dotyczy, „–” – nie dotyczy

2. W myśl przepisów wymienionych w ust. 5 art. 107 p.t.n. osoba zarządzająca przedsiębiorstwem lub osoba zarządzająca transportem w przedsiębiorstwie, o której mowa w rozporządzeniu Parlamentu Europejskiego i Rady (WE) nr 1071/2009, a także każda inna osoba wykonująca czynności związane z przewozem drogowym, która naruszyła obowiązki lub warunki przewozu drogowego albo dopuściła, chociażby nieumyślnie, do powstania takich naruszeń, podlega karze grzywny w wysokości do 2000 złotych. Orzekanie w sprawie nałożenia grzywny następuje w trybie określonym w kodeksie postępowania w sprawach o wykroczenia⁸.

3. Należy wskazać – co wyjątkowo słuszne – że nie nakłada się kary pieniężnej za naruszenie przepisów o czasie prowadzenia pojazdów, wymaganych przerwach i okresach odpoczynku, jeżeli podmiot wykonujący przewóz zapewnił: 1) właściwą organizację i dyscyplinę pracy ogólnie wymaganą w stosunku do prowadzenia przewozów drogowych, umożliwiającą prze-

⁸ Dz. U. z 2013 r., poz. 395 ze zm.

strzeżenie przez kierowców przepisów: a) rozporządzenia (WE) nr 561/2006 Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 15 marca 2006 r. w sprawie harmonizacji niektórych przepisów socjalnych odnoszących się do transportu drogowego oraz zmieniającego rozporządzenia Rady (EWG) nr 3821/85 i (WE) 2135/98, jak również uchylające rozporządzenie Rady (EWG) nr 3820/85, b) rozporządzenia Rady (EWG) nr 3821/85 z dnia 20 grudnia 1985 r. w sprawie urządzeń rejestrujących stosowanych w transporcie drogowym, c) Umowy europejskiej dotyczącej pracy załóg pojazdów wykonujących międzynarodowe przewozy drogowe (AETR), sporządzonej w Genewie dnia 1 lipca 1970 r.⁹; 2) prawidłowe zasady wynagradzania, niezawierające składników wynagrodzenia lub premii zachęcających do naruszania przepisów rozporządzenia, o którym mowa w pkt 1 lit. a, lub do działań zagrażających bezpieczeństwu ruchu drogowego.

4. Przepis art. 109 p.t.n. jednoznacznie wskazuje przesłanki zobowiązujące do odstąpienia od nałożenia kary pieniężnej, co jest jednoznaczne i nie budzi wątpliwości.

5. Ograniczenia sięgają kar w granicach od 200 zł do 10 000 zł.

6. Nie ma najmniejszych wątpliwości, że podmioty wymienione w art. 111 p.t.n., którymi są: 1) kierujący pojazdem, 2) prowadzący inny niż pojazd środek transportu, 3) członek załogi określonego środka transportu, 4) wykonujący czynności związane z przewozem towarów niebezpiecznych, w razie naruszenia nakazanych powinności popełniają wykroczenie zagrożone karą grzywny, której orzeczenie nastąpi w trybie przewidzianym postanowieniami ustawy z dnia 24 sierpnia 2001 r. – Kodeks postępowania w sprawach o wykroczenia¹⁰.

7. Naruszenie obowiązków w zakresie przedstawionym w ust. 1–4 art. 112 p.t.n. stanowi wykroczenie zagrożone grzywną do 100 000 zł, przy czym orzekanie następuje w trybie przewidzianym postanowieniami ustawy z dnia 24 sierpnia 2001 r. – Kodeks postępowania w sprawach o wykroczenia.

8. W myśl dyspozycji art. 99 ust. 1 punkty 1–6 p.t.n. kontrolę przewozu towarów niebezpiecznych przeprowadzają: 1) inspektorzy Inspekcji Transportu Drogowego – na drogach, parkingach oraz w miejscu prowadzenia działalności gospodarczej przez uczestnika przewozu towarów niebezpiecznych w zakresie przewozu drogowego; 2) upoważnieni pracownicy Urzędu Transportu Kolejowego – na obszarze kolejowym, bocznicach kolejowych oraz w miejscu prowadzenia działalności gospodarczej przez uczestnika przewozu towarów niebezpiecznych w zakresie przewozu kolejowego; 3) upoważnieni pracownicy urzędów żeglugi śródlądowej – na statkach żeglugi

⁹ Dz. U. z 1999 r., Nr 94, poz. 1086 i 1087.

¹⁰ Tekst jedn. Dz. U. z 2013 r., poz. 395 ze zm.

śródlądowej, w portach i przystaniach oraz w miejscu prowadzenia działalności gospodarczej przez uczestnika przewozu towarów niebezpiecznych w zakresie przewozu żegluga śródlądową; 4) funkcjonariusze Policji – na drogach i parkingach; 5) funkcjonariusze Straży Granicznej – na drogach i parkingach; 6) funkcjonariusze celni – na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej. W razie ujawnienia naruszenia zarówno obowiązków właściwych podmiotów, jak i warunków przewozu towarów niebezpiecznych przez siły zbrojne, uprawnieni do kontroli mają obowiązek zawiadomić o tym właściwą jednostkę Żandarmerii Wojskowej.

9. Przepis art. 114 p.t.n. ma charakter ściśle informacyjny. Wprowadzenie wpływu wynikające z określonych kar pieniężnych zasila budżet państwa, to jednak nie należy tego faktu rozumieć w ten sposób, że im więcej naruszeń prawa uzasadniających kary tym lepszy stan tego budżetu.

XII. Zamiast zakończenia

Nie powinno rodzić wątpliwości, że konstrukcja zaprezentowanych przepisów stanowi niejako gwarancję eliminacji zagrożeń, a przynajmniej stwarza warunki dla ich ograniczenia, wszak mimo precyzji uregulowań prawnych ich realizacja pozostaje zawsze w zakresie możliwości percepcyjnych wykonawców.

Conditions for the transportation of hazardous goods

Abstract

This paper presents obligations and responsibilities as they exist within the current legal framework for all those involved in the transportation of hazardous goods. The purpose of such obligations and responsibilities is to eliminate hazards inherent in transfer operations by road, rail, or water. Goods are split into specific classes, materials, and then characterized. Duties of transport participants in the event of an incident are also enumerated. Moreover, applicable penalties are presented for violations of hazardous material transportation law.

RECENZJE

Bartłomiej Gadecki

**Recenzja książki Tamar Frankel, *The Ponzi Scheme Puzzle. A History and Analysis of Con Artists and Victims* („Zagadka schematu Ponziego. Historia i analiza oszustów i ofiar”),
Wydawnictwo Uniwersytetu Oxfordzkiego,
Nowy Jork 2012, s. 231**

Nakładem Wydawnictwa Uniwersytetu Oxfordzkiego w 2012 r. ukazała się książka Profesor Tamar Frankel pt. „*The Ponzi Scheme Puzzle. A History and Analysis of Con Artists and Victims*” („Zagadka schematu Ponziego. Historia i analiza oszustów i ofiar”). Książka składa się ze wstępu, sześciu rozdziałów i zakończenia.

Należy zaznaczyć, że o ile w Polsce w kontekście tzw. „afery Amber Gold” popularność zyskało pojęcie „parabank”¹, to w USA używa się terminu *Ponzi Scheme* (schemat Ponziego), pochodzącego od nazwiska jednego z oszustów (Charles Ponzi), który prowadził przestępczą działalność w latach 20. XX wieku.

Z uznaniem należy przyjąć wybór przez Autorkę tematu pracy. Oszustwa tego typu, pomimo zbliżającej się setnej rocznicy działalności osoby, której nazwisko służy do określenia przestępczego procederu, ciągle istnieją i stanowią poważne zagrożenie dla społeczeństwa. Przy czym problem ten nie dotyczy tylko krajów Europy Środkowo-Wschodniej czy Ameryki Południowej,

¹ Jednakże trzeba zwrócić uwagę na brak zgodności w doktrynie co do znaczenia tego pojęcia. Zob. szerzej P. Chorbot, B. Gadecki, Prawnokarne aspekty funkcjonowania szarej strefy bankowości, tzw. parabanków, Przegląd Bezpieczeństwa Wewnętrznego 2014, nr 10, s. 62–64.

ale również USA, o czym świadczą wyniki pracy amerykańskiej Komisji Papierów Wartościowych i Giełd (*Securities and Exchange Commission*)².

We wstępie książki Autorka postawiła kilka pytań: m.in., czym jest schemat Ponziego, jak działa, czy wszyscy inwestorzy ponoszą stratę, inwestując w schemat Ponziego, kim są ofiary takiej działalności, czy ten rodzaj przestępczej działalności ma wpływ na system finansowy i społeczeństwo. Na te i inne pytania starano się udzielić w książce odpowiedzi. Już we wstępie, odnośnie ostatniego z wymienionych zagadnień, wskazano, że np. w 2000 r. amerykańscy inwestorzy stracili ponad 10 miliardów dolarów. Straty wynikające ze schematu Ponziego są porównywalne w USA do strat wynikających z kradzieży sklepowych, które stanowią poważny problem w tym kraju. Podkreślono również, że schemat Ponziego trwa jakiś czas, lecz rzadko dłużej niż 10 lat, a zakończenie tego typu działalności jest nieuchronne, bowiem pieniądze nowych inwestorów są wykorzystywane do spłacenia poprzednich, a ci z kolei mają uzyskać zyski pochodzące z wpłat kolejnych inwestorów (trzeba też pamiętać, że inwestorom obiecuje się duże zyski). Zaznaczono, że książka ma na celu analizę schematu Ponziego oraz oszustów i ich ofiar; nie skoncentrowano się na przedstawieniu jednego przykładu ani danych statystycznych, lecz poprzez analizę wielu spraw starano się ukazać pewne prawidłowości funkcjonowania schematu Ponziego. Tu należy zauważyć, że dane statystyczne, z których przedstawienia Autorka rezygnuje, byłyby interesujące do zobrazowania skali tego zjawiska. Szkoda też, że Autorka nie podała ilości przeanalizowanych przypadków, badanego okresu i liczby krajów. Lektura książki wskazuje, że badane są głównie sprawy z USA. We wstępie omówiono też zawartość poszczególnych rozdziałów książki.

W rozdziale 1 przedstawiono w skrócie historię trzech słynnych oszustw i ich organizatorów (Charles Ponzi, Bernard Madoff, Gregory Bell). Rozdział ten poświęcony jest także ofertom, jakie kierowane są do inwestorów. Podstawową ich cechą jest obietnica bardzo wysokich zysków i brak ryzyka (*very high returns and no risk*), przy czym obiecywane zyski są niezwykle wysokie, np. 40% w ciągu 6–8 tygodni, do 100% miesięcznie, wypłata miesięcznie 934 \$ za każde zainwestowane 25 000 \$. Na marginesie należy wskazać, że również w Polsce podmioty umieszczone na liście ostrzeżeń publicznych Komisji Nadzoru Finansowego (tzw. lista KNF)³ oferowały inwestorom duże zyski bez ryzyka⁴. Autorka zwraca również uwagę na znacze-

² Zob. <http://www.sec.gov/spotlight/enf-actions-ponzi.shtml> (dostęp w dniu 23 kwietnia 2014 r.).

³ Zob. http://www.knf.gov.pl/o_nas/ostrezenia_publiczne/lista_ostrezenia.html (dostęp w dniu 23 kwietnia 2014 r.).

⁴ Zob. B. Gadecki, Parabanki – aspekty prawnokarne i kryminologiczne, (w:) P. Chlebowski (red.), Zagrożenia w sektorze bankowym. Analiza kryminalna zjawisk oraz możliwości przeciwdziałania, Olsztyn 2013, s. 112–114.

nie historii wymyślonej przez oszustów i mającej na celu wyjaśnienie potencjalnym inwestorom, skąd biorą się ogromne zyski. Wskazano, że pomysłowość oszustów jest wielka, np. inwestycje w kopalnie złota, drogocenne kamienie, wiatraki⁵. W rozdziale tym wyjaśniono też, w jaki sposób następuje zdobywanie zaufania inwestorów i ukrywanie prawdy o prawdziwym obliczu przedsięwzięcia.

Rozdział 2 zawiera m.in. omówienie sposobów na przyciągnięcie uwagi inwestorów. Jako jedną z metod wskazano branie udziału w akcjach dobroczynnych. Autorka w tym rozdziale (oraz po części we wstępie książki) przedstawiła również działanie piramid finansowych (*pyramid schemes*), które są – jak to określiła – bliskimi kuzynami (*close cousins*) schematu Ponziego. Zresztą, także FBI⁶ i SEC⁷ wskazują na podobieństwa i różnice pomiędzy tymi dwoma przestępczymi procederami⁸. W przypadku piramidy finansowej, jak pisze Autorka, jej uczestnicy czerpią zyski za pozyskiwanie innych uczestników, przy czym sprzedawany w ramach tej struktury jest nie produkt, lecz prawo do sprzedaży tego produktu, a geniusz tego oszustwa polega na tym, że ofiary płacą oszustom za wymyśloną historię i przywilej sprzedaży tej historii innym, płacąc nie raz, a cały czas, tj. dopóki otrzymują zapłatę od pozyskanych przez siebie osób. Interesujące są uwagi o podobieństwach i różnicach pomiędzy piramidą finansową a franczyzą. Moim zdaniem omówienie działania piramid finansowych, w kontekście podobieństw i różnic do schematu Ponziego, powinno być dokonane w oddzielnym rozdziale. W ten sposób publikacja byłaby bardziej czytelna.

Rozdział 3 jest zatytułowany „Zachowanie oszustów wydaje się «normalnym, zwykłym zachowaniem»” (w oryginale: *Con Artists' Behavior Seems a "Normal Usual Behavior"*). Omówiono w nim m.in. naturalne skłonności ludzi do kłamstwa oraz manipulacji innymi. Wskazano, że oszuści są wiarygodni, a jednym z powodów w trudności z wykryciem schematu Ponziego jest długi czas jego trwania; na początku oszuści muszą zdobyć zaufanie inwestorów, a im bardziej oszust wydaje się wiarygodny, tym mniejszą uwagę przywiązuje się do składanej przez niego oferty i proceder może trwać dłużej.

W rozdziale 4 noszącym tytuł „Charakterystyka oszustów i ich ofiar” (*A Profile of The Con Artists and Their Victims*) przedstawiono cechy charakteru oszustów oraz ich ofiar, wskazując, że w przypadku tych pierwszych jest to m.in. narcyzm, brak empatii. Omówiono też sposoby usprawiedliwiania

⁵ Także w Polsce podmioty umieszczone na liście KNF oferowały różne inwestycje – zob. szerzej, *ibidem*, s. 115–117.

⁶ Federal Bureau of Investigation (Federalne Biuro Śledcze).

⁷ Securities and Exchange Commission (Komisja Papierów Wartościowych i Giełd).

⁸ Zob. <http://www.fbi.gov/scams-safety/fraud> (dostęp w dniu 23 kwietnia 2014 r.) oraz <http://www.sec.gov/answers/ponzi.htm> (dostęp w dniu 23 kwietnia 2014 r.).

przez sprawców-oszustów swojego postępowania [zaprzeczenie (*denial*), obwinianie rządu (*blaming the government*), obwinianie prawa (*blaming the laws*), obwinianie ofiar (*blaming the victims*) i in.]. Szkoda, że Autorka nie odniosła się do teorii technik neutralizacji sformułowanej przez G. Sykes i D. Matza⁹, którzy opisali techniki neutralizacji w postaci: zaprzeczenie odpowiedzialności, zaprzeczenie bezprawia, zaprzeczenie ofiary, potępienie potępiających, powołanie się na wyższe racje¹⁰. Natomiast ofiary cechują się m.in. łatwowiernością oraz mocną potrzebą czucia się kimś wyjątkowym. Wskazano, że osoby wykształcone też mogą być ofiarami schematu Ponziego.

Rozdział 5 [*How Does The Public View the Con Artists and the Victims?* („Jak społeczeństwo postrzega oszustów i ofiary”)] dotyczy postrzegania oszustów i ofiar; według Autorki dokonuje się rozróżnienia pomiędzy dwiema grupami oszustów – pierwszą, do której zalicza się osoby od początku prowadzące schemat Ponziego i które postrzegane są jako łotry, lecz często też są podziwiane za spryt, drugą – osoby, które na początku prowadziły legalny biznes, który następnie wskutek problemów przekształcony został w schemat Ponziego. Paradoksalnie ta druga grupa cieszy się mniejszą sympatią społeczeństwa. Przyczyną może być fakt, że ludzie czują się bardziej zdradzeni przez uczciwą osobę, która wyrządza krzywdę. Z kolei ofiary schematu Ponziego uważane są za same sobie winne; uznawane są za chciwe, łatwowie, głupie, otrzymujące to, na co zasłużyły. Autorka wskazuje na pewne podobieństwo w postrzeganiu ofiar schematu Ponziego i niektórych ofiar zgwałcenia. W rozdziale tym próbowano również odpowiedzieć na pytanie, czy trudno jest wykryć schemat Ponziego, przy czym, moim zdaniem, kwestia ta zasługiwałaby na wyodrębnienie jako kolejny rozdział, a nie umieszczenie w rozdziale o postrzeganiu sprawców i ofiar.

W rozdziale 6 omówiono prawne aspekty powstałe w wyniku zakończenia działalności schematu Ponziego, w tym problem podziału pozostałych aktywów. Autorka wskazuje, że w schemacie Ponziego mamy do czynienia z trzema grupami osób: oszustem (lub oszustami), pierwszymi inwestorami oraz następnymi inwestorami, przy czym nie wszyscy inwestorzy ponoszą jednakowe straty; część nawet osiąga zyski, które pochodzą z wpłat późniejszych inwestorów. W zakończeniu dokonano podsumowania spostrzeżeń zawartych w książce.

Recenzowana monografia zawiera analizę wielu aspektów działania schematu Ponziego. W pracy tej nie przedstawiono aspektów *stricte* prawnokarnych (problematyka prawna jest w dużym skrócie przedstawiona w ostatnim rozdziale i koncentruje się na kwestiach cywilnych), co można z jednej strony uznać za mankament tego opracowania, lecz niekoniecznie.

⁹ Zob. J. Błachut, A. Gaberle, K. Krajewski, Kryminologia, Gdańsk 2007, s. 124–127.

¹⁰ *Ibidem*, s. 125.

Należy zauważyć, że rozważania prawnokarne dotyczyłyby konkretnego kraju. Natomiast poprzez szereg przykładów przestępczej działalności (i to nie tylko, choć głównie, z USA) i analizę wielu spraw, Autorka niezwykle trafnie uchwyciła istotę schematu Ponziego. Pewien niedosyt może powodować brak szerszego odniesienia wyników badań do teorii kryminologicznych. Jednakże dzięki lekturze tej książki można uzyskać wyobrażenie, czym jest i jak działa schemat Ponziego. Wszystkie przestępcze procedury mają pewne cechy wspólne (w dużym uproszczeniu można powiedzieć, że poszczególne przestępcze przedsięwzięcia różnią się tylko historią wymyśloną przez sprawcę-organizatora i następnie przedstawianą potencjalnym inwestorom). Książka powinna spotkać się z zainteresowaniem przede wszystkim praktyków wymiaru sprawiedliwości i organów ścigania, w tym w szczególności osób zajmujących się wykrywaniem i ujawnianiem tego typu przestępstw. Pozycja ta przydatna byłaby też w kampaniach edukacyjnych mających na celu uświadomienie społeczeństwa, jakie niebezpieczeństwa mogą kryć się za inwestycjami mającymi przynieść ogromne zyski w krótkim okresie czasu.

GLOSY

Krzysztof Nowicki

Uchwała składu 7 sędziów Sądu Najwyższego z dnia 25 września 2013 r., sygn. I KZP 5/13¹

Streszczenie

Zdaniem glosatora zarówno teza uchwały, jak i argumenty zawarte w jej pisemnym uzasadnieniu zasługują na aprobatę. Omawiane zagadnienia mogą budzić wątpliwości interpretacyjne, o czym świadczy m.in. fakt, iż orzeczenie to nie zapadło jednomyślnie i jeden z sędziów złożył zdanie odrębne.

Kontrolę instancyjną wyroku wydanego w trybie określonym w art. 343 k.p.k., poza modyfikacją wynikającą z art. 434 § 3 k.p.k., przeprowadza się na zasadach ogólnych.

1. Zarówno teza glosowanej uchwały, jak i argumenty zawarte w jej pisemnym uzasadnieniu zasługują na aprobatę. Omawiane zagadnienia mogą budzić wątpliwości interpretacyjne, o czym świadczy m.in. fakt, iż orzeczenie to nie zapadło jednomyślnie i jeden z sędziów złożył zdanie odrębne.

W uzasadnieniu swojej uchwały Sąd Najwyższy przedstawił rozważania na bazie stanu faktycznego opisanego w ogólnym zarysie poniżej.

D. Ś. został oskarżony o to, że w dniu 3 lutego 2012 r. w Ś., działając wbrew przepisom ustawy, posiadał przy sobie środek odurzający w postaci marihuany o masie 5,45 grama netto, tj. o czyn z art. 62 ust. 1 ustawy z dnia 29 lipca 2005 r. o przeciwdziałaniu narkomanii. W akcie oskarżenia prokura-

¹ Zob. OSNKW 2013, nr 11, poz. 92.

tor zamieścił, znajdujący oparcie w treści art. 335 § 1 k.p.k., wniosek o skazanie oskarżonego bez przeprowadzenia rozprawy i wymierzenie mu kary 6 miesięcy pozbawienia wolności z warunkowym zawieszeniem jej wykonania na okres 2 lat próby oraz grzywny w wysokości 30 stawek dziennych, przy określeniu wysokości jednej stawki na 10 zł oraz orzeczenie, przepadku dowodu rzeczowego w postaci marihuany. Oskarżony zgodził się na wydanie wyroku skazującego w zakresie zaproponowanym przez Prokuraturę.

Wyrokiem z dnia 25 kwietnia 2012 r. Sąd Rejonowy w Ś. wydał wyrok skazujący zgodny z wnioskiem prokuratury opartym o treść art. 335 k.p.k. zamieszczonym w akcie oskarżenia. Orzeczenie to zaskarżone zostało apelacją oskarżonego, w której zakwestionował on rozstrzygnięcie o karze, podnosząc, że wymierzona mu kara jest nieadekwatna do popełnionego przez niego czynu. W toku rozprawy apelacyjnej oskarżony wniósł o zmianę zaskarżonego wyroku przez wymierzenie mu tylko kary grzywny i obciążenie kosztami postępowania. Prokurator wnosił o nieuwzględnienie apelacji oskarżonego i utrzymanie zaskarżonego wyroku w mocy.

Wyrokiem z dnia 26 lipca 2012 r. Sąd Okręgowy w Ś. zmienił zaskarżony wyrok w ten sposób, że uznał, iż przypisany oskarżonemu czyn stanowi wypadek mniejszej wagi przewidziany w art. 62 ust. 3 ustawy o przeciwdziałaniu narkomanii i na podstawie tego przepisu, w miejsce orzeczonej kary pozbawienia wolności, wymierzył oskarżonemu karę 30 stawek dziennych grzywny, przyjmując, że jedna stawka wynosi 20 zł, a nadto rozstrzygnął, iż „wydatki związane z postępowaniem odwoławczym zalicza na rachunek Skarbu Państwa”.

Argumentacja prawna Sądu Najwyższego związana jest z wydaniem wyroku w wyniku rozpoznania wniosku prokuratora złożonego na podstawie art. 335 k.p.k., zaznaczyć jednak należy, iż większość argumentacji zawartej zarówno w uzasadnieniu uchwały, jak i w niniejszym opracowaniu odnosi się do analogicznej sytuacji związanej z zaskarżeniem wyroku wydanego w wyniku złożenia przez oskarżonego wniosku o dobrowolne poddanie się odpowiedzialności karnej na mocy art. 387 k.p.k.

2. Rozpoczynając rozważania dotyczące zagadnień będących przedmiotem uchwały Sądu Najwyższego, w pierwszej kolejności należy zaznaczyć, że przepisy Kodeksu postępowania karnego nie zawierają regulacji wyłączających lub ograniczających uprawnienie stron do zaskarżenia wyroku wydanego w wyniku rozpoznania wniosku z art. 335 k.p.k. Wyrok taki podlega zaskarżeniu na zasadach ogólnych². W ustawie karnoprosesowej nie ma

² Por. np., R. K o p e r, Rozstrzygnięcia sądu w przedmiocie wniosku o skazanie bez rozprawy, PS 2002, nr 6, s. 81–82; S. S t e i n b o r n, Porozumienia w polskim procesie karnym. Skazanie bez rozprawy i dobrowolne poddanie się odpowiedzialności karnej, Kraków 2005, s. 379; D. Ś w i e c k i, Apelacja w postępowaniu karnym, Warszawa 2012, s. 330; P. H o f m a ń s k i,

przepisów wprowadzających ograniczenia w zakresie zaskarżenia, jego kierunku czy do podstaw odwoławczych.

Takie szczególne unormowania znajdują się natomiast w Kodeksie karnym skarbowym w przepisach odnoszących się do instytucji dobrowolnego poddania się odpowiedzialności. Ustawa ogranicza możliwość zmiany lub uchylecia wyroku o zezwoleniu na dobrowolne poddanie się odpowiedzialności tylko wtedy, gdy sąd orzekł tytułem kary grzywny inną kwotę niż uiszczona przez sprawcę lub przepadek przedmiotów lub uiszczenie ich równowartości pieniężnej w zakresie nieobjętym zgodą sprawcy (art. 149 § 1 k.k.s.)³.

Kodeks postępowania karnego, dopuszczając w przepisie art. 437 § 2 k.p.k. możliwość zmiany przez sąd odwoławczy zaskarżonego orzeczenia, nie wskazuje w tym zakresie jakichkolwiek ograniczeń. Regulacja ta dotyczy zatem każdego zaskarżonego orzeczenia, a więc także takiego, które zapadło w trybie konsensualnym.

3. Słuszny pogląd Sądu Najwyższego został szczegółowo opisany w pisemnym uzasadnieniu uchwały. Nie widząc potrzeby powtórnego przedstawiania argumentacji Sądu Najwyższego, niniejsze opracowanie w znacznej mierze oparte będzie na odniesieniu się do stanowiska zawartego w zdaniu odrębnym do uchwały Sądu Najwyższego. Przedstawiona tam interpretacja przepisów w głównej mierze opiera się na poglądzie znajdującym akceptację wśród części przedstawicieli doktryny, przyjmującym, że sąd odwoławczy, rozpoznając apelację od wyroku wydanego w trybie konsensualnym, powinien poprzez art. 458 k.p.k. zastosować przepisy dotyczące tych trybów przed sądem pierwszej instancji. W szczególności ma to dotyczyć uzyskania zgody stron na zmianę wcześniejszego porozumienia⁴. Pogląd ten wiąże się zatem z koncepcją, że zmiana w instancji odwoławczej wyroku wydanego w trybie konsensualnym, wbrew zawartemu porozumieniu, wiązałaby się z ograniczeniem praw procesowych strony, która nie zaskarżyła wyroku⁵.

E. Sadzik, K. Zgryzek, Kodeks postępowania karnego. Komentarz, t. II, Warszawa 2007, s. 323; L. K. Paprzycki, (w:) Kodeks postępowania karnego. Komentarz, t. I, pod red. J. Grajewskiego, Warszawa 2010, s. 1093.

³ W obowiązującej do dnia 16 października 1999 r. ustawie karnej skarbowej wykluczono możliwość zaskarżenia postanowienia finansowego organu orzekającego o zezwoleniu na dobrowolne poddanie się karze. Por. też w tym zakresie uwagi SN zawarte w postanowieniu z dnia 17 października 2000 r., sygn. V KKN 362/00, OSNKW 2001, nr 1–2, poz. 9.

⁴ Por. R. Kmiecik, Glosa do postanowienia SN z dnia 17 października 2000 r., sygn. V KKN 362/00, OSP 2001, nr 7–8, s. 413 i n.; S. Steinborn, Porozumienia..., *op. cit.*, s. 401–402; D. Świecki, Apelacja..., *op. cit.*, s. 333.

⁵ W literaturze część autorów przyjmuje, że jest możliwa zmiana wyroku w takiej sytuacji jedynie na korzyść oskarżonego; por. D. Świecki, Apelacja..., *op. cit.*, s. 332–333. Część zaś przyjmuje, że jest brak możliwości zmiany wyroku zarówno na korzyść, jak i na niekorzyść oskarżonego; por. S. Steinborn, Porozumienia..., *op. cit.*, s. 398–399.

Interpretacja opiera się na przekonaniu, że uprawnione podmioty zawierając porozumienie dobrowolnie rezygnują z prawa do rozpoznania sprawy z pełnym postępowaniem dowodowym, oczekując na zakończenie postępowania zgodnego z dokonanymi ustaleniami. Zmiana wyroku przez sąd odwoławczy bez zgody stron zawierających porozumienie wiązałaby się z naruszeniem ich prawa do przeprowadzenia pełnego postępowania dowodowego.

Pogląd przedstawiony w uzasadnieniu zdania odrębnego należy uznać za niesłuszny. Trzeba bowiem podkreślić, że zaskarżenie wyroku wydanego w trybie konsensualnym nie czyni porozumienia leżącego u podstaw rozstrzygnięcia bezprzedmiotowym ani z nim nie „zrywa”, bowiem z chwilą wydania wyroku wywołało już ono skutek przez stronę zamierzony. „Wotum nieufności” wobec wyroku wydanego zgodnie z treścią zawartego porozumienia faktycznie odnosi się do tego porozumienia i wtedy sytuacji zostaje ono zerwane. Należy pamiętać, że ustalenia stron dotyczące zakończenia postępowania w trybie konsensualnym dotyczą procesu karnego i będą wywoływać skutki prawne dopiero z chwilą uprawomocnienia się wyroku. Skoro ustawa nie przewiduje ograniczeń co do możliwości zaskarżenia wyroku wydanego w omawianym trybie, to strony porozumienia muszą się liczyć z możliwością zerwania konsensusu poprzez wniesienie apelacji. Zaskarżenie orzeczenia może spowodować, że druga strona będzie czuć się oszukana, niemniej w aktualnym stanie prawnym powinna być świadoma, iż porozumienie będzie w pełni skuteczne dopiero po uprawomocnieniu się wyroku.

Opisana w uzasadnieniu zdania odrębnego sytuacja będzie miała miejsce w jednym przypadku. Gdyby sąd wydał na posiedzeniu wyrok po rozpoznaniu wniosku z art. 335 k.p.k. niezgodny z treścią tego wniosku, wówczas zaskarżenie takiego wyroku będzie stanowiło „wotum nieufności” wobec wyroku i nie będzie „zerwaniem” porozumienia zawartego przez strony. Złożenie apelacji, w której strona domaga się wydania orzeczenia akceptującego ustalenia stron, będzie czynnością wówczas zmierzającą do realizacji zawartego porozumienia.

4. Nie można się też zgodzić z poglądem przedstawionym w uzasadnieniu zdania odrębnego głosowanej uchwały, iż w przypadku, gdy w postępowaniu odwoławczym skutecznie zakwestionowane zostaną ustalenia faktyczne sądu pierwszej instancji, przyjęte za podstawę wyroku wydanego w trybie konsensualnym, sąd odwoławczy nie może orzekać co do istoty, lecz powinien uchylić zaskarżony wyrok i przekazać sprawę do ponownego rozpoznania na zasadach ogólnych. W takiej sytuacji sąd orzekający w drugiej instancji zazwyczaj będzie musiał wydać takie orzeczenie. Związane jest to z problematyką materiału dowodowego, m.in. z tym, iż przepis art. 335 § 2 k.p.k. pozwala na ograniczenie postępowania dowodowego, z wyłączeniem czynności, co do których zachodzi niebezpieczeństwo, że nie będzie można

ich przeprowadzić na rozprawie. Może to rodzić obawę braku odpowiedniego materiału dowodowego, na podstawie którego sąd odwoławczy będzie mógł wydać orzeczenie reformatoryjne. Pamiętać jednak należy, że taki materiał w aktach sprawy powinien się jednak znajdować, gdyż podstawą wydania wyroku w wyniku rozpoznania wniosku z art. 335 k.p.k. jest brak wątpliwości co do okoliczności popełniania czynu⁶. Podkreślić należy, iż w pisemnym uzasadnieniu uchwały Sąd Najwyższy zauważył problemy, jakie mogą wiązać się z ograniczonym materiałem dowodowym w przypadku rozpoznawania apelacji od wyroku wydanego w trybie konsensualnym i swoje uwagi szczegółowo przedstawił. Niezależnie od ograniczeń wynikających z regulacji przepisu art. 454 § 2 k.p.k., a dotyczących zakazu orzekania surowszej kary pozbawienia wolności w następstwie nowych ustaleń faktycznych, należy zwrócić uwagę na treść art. 437 § 2 k.p.k., który ma dużo szerszy zakres zastosowania. W razie skutecznego zakwestionowania ustaleń faktycznych sądu pierwszej instancji kolejną barierą do wydania wyroku reformatoryjnego będzie regulacja art. 452 § 1 i 2 k.p.k. Jak już wspomniano, w sytuacji zakończenia sprawy w trybie konsensualnym materiał dowodowy najczęściej nie będzie zbyt obszerny, zaś sąd odwoławczy na gruncie obowiązujących przepisów nie może prowadzić postępowania dowodowego co do istoty sprawy (art. 452 § 1 k.p.k.). Ustawa wprowadza silne ograniczenia odnośnie uprawnienia sądu odwoławczego do przeprowadzenia dowodów (art. 452 § 2 k.p.k.). Z tych właśnie względów często sąd drugiej instancji mógł jedynie uchylić zaskarżony wyrok i przekazać sprawę do ponownego rozpoznania. Omawiane ograniczenia mają jednak charakter ogólny i dotyczą postępowania apelacyjnego w przedmiocie wyroków wydanych w różnych trybach, nie zaś jedynie tych w trybie konsensualnym.

Nieprzekonujący jest argument zawarty w uzasadnieniu zdania odrębnego o braku możliwości przeprowadzenia dowodów, których skutkiem miałyby być zmiana wyroku, gdyż strony „za cenę uwzględnienia w wyroku uzgodnień przyjętych w zawartym porozumieniu, dobrowolnie zrezygnowały z inicjatywy dowodowej”. Wątpliwości takie mogą przede wszystkim dotyczyć oskarżonego, dla którego wniesienia apelacji przez prokuratora stanowiłoby istotną nielojalność. Takie zachowanie naruszałoby też zasadę zaufania do państwa. Proponowana interpretacja nie usuwa jednak tych wątpliwości. Po pierwsze, słusznie w literaturze przyjmuje się, że przedmiotem negocjacji pomiędzy prokuratorem a oskarżonym może być jedynie treść wniosku, z jakim prokurator wystąpi do sądu. Nie można natomiast dokonywać uzgodnień odnośnie winy, ustaleń faktycznych ani kwalifikacji prawnej czy-

⁶ Szerzej w tym zakresie por. np.: R. A. Stefański, Wniosek prokuratora o skazanie bez rozprawy, *Prok. i Pr.* 1998, nr 2, s. 49; R. Koper, Zgoda oskarżonego jako warunek skazania bez rozprawy, *Palestra* 2001, nr 5–6, s. 7–8; S. Steinborn, Porozumienia..., *op. cit.*, s. 260 i n.; J. Grajewski, (w:) *Kodeks...*, *op. cit.*, s. 1052–1053.

nu⁷. Ponadto, jak już wcześniej wspomniano, przesłankami wydania wyroku uwzględniającego złożony na mocy art. 335 k.p.k. wniosek o skazanie bez przeprowadzenia rozprawy jest brak wątpliwości co do winy i okoliczności popełnienia czynu. Zasadniczo więc częściowa rezygnacja stron z inicjatywy dowodowej nie powinna mieć wpływu na wszystkie istotne kwestie będące przedmiotem orzekania, bowiem te zagadnienia należy wyjaśnić w postępowaniu przygotowawczym. W przypadku zaskarżenia wyroku wydanego w omawianym trybie sąd powinien sprawdzić, jakie okoliczności podnosi skarżący i czy zebrany materiał dowodowy wystarczy do wydania rozstrzygnięcia.

Powyższe rozważania dotyczą sytuacji, w której sąd pierwszej instancji wydał wyrok zgodnie z wymogami przewidzianymi w ustawie. Dotyczy to przede wszystkim tego, czy wniosek nie jest wadliwy w kontekście uczynionych ustaleń, czy jest zgodny z faktami wynikającymi z zebranego materiału dowodowego, a także, czy wydane rozstrzygnięcie jest zgodne ze złożonym wnioskiem i nie narusza przepisów dotyczących wymiaru kary lub środków karnych. Wydanie wyroku naruszającego przepisy prawa w zależności od rodzaju naruszeń będzie wiązało się z koniecznością różnej reakcji.

Może też dochodzić do sytuacji, w których strony porozumienia, zarówno ta skarżąca wyrok, jak i niewnosząca apelacji, są zgodne co do wszystkich okoliczności przestępstwa, lecz inaczej oceniają zasadność wymierzenia określonego rodzaju kary lub środka karnego albo ich wymiaru. W takiej sytuacji trudno uznać, że strona, która nie skarży wyroku, jest pokrzywdzona, gdyż nie mogła w pełni wykorzystać swojej inicjatywy dowodowej w związku z trybem konsensualnym. Jeżeli nie przeczy okolicznościom podnoszonym w apelacji (np. ilości alkoholu w organizmie kierowcy oskarżonego o prowadzenie samochodu w stanie nietrzeźwości), a jedynie inaczej ocenia te okoliczności (np. ich skutki), wówczas może w ogóle nie chcieć korzystać z inicjatywy dowodowej, skoro wszystkie istotne zagadnienia znajdują oparcie w materiale dowodowym, zaś strony nie mają do niego zastrzeżeń. W sytuacji, gdy strona niewnosząca apelacji po zapoznaniu się z jej zarzutami uzna, że okoliczności niebędące wcześniej przedmiotem postępowania dowodowego mogą mieć wpływ na ocenę zasadności środka zaskarżenia, może złożyć odpowiedni wniosek dowodowy w postępowaniu apelacyjnym. Jeżeli sąd odwoławczy nie będzie mógł przeprowadzić dowodu (art. 452

⁷ Por. np.: R. A. Stefański, Wniosek prokuratora..., *op. cit.*, s. 48; P. Kardas, Konsensualne sposoby rozstrzygania w świetle nowelizacji Kodeksu postępowania karnego z dnia 10 stycznia 2003 r., *Prok. i Pr.* 2004, nr 1, s. 42; S. Steinborn, Porozumienia..., *op. cit.*, s. 105–106; P. Hofmański, E. Sadzik, K. Zgryzek, *Kodeks...*, *op. cit.*, t. II, s. 252; S. Waltoś, *Proces karny. Zarys systemu*, Warszawa 2009, s. 517–518; W. Marciniowski, *Naruszenie uzgodnionych warunków skazania jako podstawa zaskarżenia wyroku konsensualnego*, WPP 2012, nr 2, s. 714.

k.p.k.), wówczas będzie zmuszony do uchylenia zaskarżonego wyroku i przekazania sprawy do ponownego rozpoznania. Zawsze będzie jednak podlegało to ocenie sądu i niejednokrotnie do wydania wyroku reformatoryjnego może wystarczyć zebrany wcześniej materiał dowodowy.

5. Zarówno w uzasadnieniu uchwały Sądu Najwyższego, jak i w uzasadnieniu zdania odrębnego do tej uchwały zwrócono uwagę na jeszcze jedno istotne zagadnienie. Istnieje bowiem możliwość manipulacji ze strony oskarżyciela, który instrumentalnie godząc się na niski wymiar kary, dążyłby do skazania w omawianym trybie (opartym na niekwestionowaniu przez oskarżonego okoliczności popełnienia zarzucanego mu czynu), a następnie wnosiłby apelację na jego niekorzyść w części dotyczącej kary lub środków karnych. Odnosząc się do interpretacji Sądu Najwyższego, po pierwsze należy zaznaczyć, że prokurator, decydując się na zaskarżenie wyroku wydanego w trybie konsensualnym, powinien liczyć się z możliwością jego zmiany wbrew kierunkowi zaskarżenia, czyli na korzyść oskarżonego. Po drugie, w mojej ocenie, ewentualne obawy dotyczące opisanego instrumentalnego działania oskarżyciela powinny są możliwe niezależnie od tego, z której interpretacji omawianego przepisu będą sądy korzystać. Sposób rozumienia tejże regulacji zawarty w stanowisku opisanym w zdaniu odrębnym do uchwały Sądu Najwyższego nie zabezpiecza oskarżonego przed ewentualnością takiego zachowania oskarżyciela. Oskarżyciel publiczny, dążąc do tego, aby oskarżony złożył wyjaśnienia, w których nie będzie kwestionował okoliczności popełnienia zarzucanego mu czynu, może w tym celu „skusić” go łagodnym wyrokiem opartym o treść art. 335 k.p.k. Trzeba zwrócić uwagę, że w przypadku przyjęcia interpretacji opisanej w zdaniu odrębnym głosowanej uchwały złożenie apelacji na niekorzyść oskarżonego także nie wyklucza zakończenia postępowania podwyższeniem kary lub środka karnego. Jeżeli sąd odwoławczy uznałby, że wymierzona kara lub środek karny są rażąco niewspółmierne, zaś oskarżony nie wyraziłby zgody na zmianę wyroku na jego niekorzyść, wówczas powinien taki wyrok uchylić i sprawę skierować do ponownego rozpoznania. W takiej sytuacji ponowne postępowanie prowadzone przed sądem pierwszej instancji z dużym prawdopodobieństwem może zakończyć się wydaniem surowszego wyroku. W takim postępowaniu oskarżony miałby co prawda prawo do pełnej inicjatywy dowodowej, lecz prawa tego nie pozbawia go interpretacja przepisów opisana w uchwale Sądu Najwyższego. Jak już wcześniej wspomniano, jeżeli oskarżony po zapoznaniu się z zarzutami apelacji uzna, że okoliczności niebędące wcześniej przedmiotem postępowania dowodowego mogą mieć wpływ na ocenę zasadności środka zaskarżenia, może złożyć odpowiedni wniosek dowodowy w postępowaniu apelacyjnym. Niezależnie od powyższego sąd

odwoławczy powinien zawsze zbadać, czy posiadany materiał dowodowy pozwala na wydanie wyroku reformatoryjnego.

6. Interpretacja przepisów dokonana przez Sąd Najwyższy nie uwzględnia tylko jednej sytuacji procesowej, mianowicie, gdy wyrok zaskarży inny podmiot niż oskarżyciel publiczny, oskarżony lub jego obrońca. Należy pamiętać, iż w aktualnym stanie prawnym Kodeks postępowania karnego nie nakłada na właściwy organ procesowy obowiązku konsultowania treści wniosku z art. 335 k.p.k. z pokrzywdzonym lub też możliwości uwzględnienia wniosku przez sąd w przypadku braku w tym zakresie sprzeciwu pokrzywdzonego. Jednocześnie przepisy nie ograniczają możliwości zaskarżenia wyroku wydanego w tym trybie przez oskarżyciela posiłkowego. Rozważania Sądu Najwyższego związane są z zerwaniem w wyniku wniesienia apelacji przez oskarżonego lub oskarżyciela publicznego porozumienia procesowego dotyczącego oczekiwanego rozstrzygnięcia w sprawie. Oskarżyciel posiłkowy nie brał udziału w zawarciu takiego porozumienia, trudno więc przyjąć, że wniesiona przez niego apelacja zrywa wcześniejsze porozumienie w tym zakresie. Zaskarżenie wyroku przez ten podmiot może prowadzić do wydania rozstrzygnięcia, które nie będzie zgodne z wnioskami zgłoszonymi w trybie art. 335 k.p.k., będzie więc wywoływało podobne skutki, jak zaskarżenie wyroku przez oskarżyciela publicznego. Niemniej jednak nie można przyjąć, że jest to zerwanie porozumienia przez stronę, która nie była jego uczestnikiem.

Od dnia 1 lipca 2015 r. uwzględnienie wniosku z art. 335 k.p.k. będzie możliwe tylko wówczas, jeżeli nie sprzeciwia się temu pokrzywdzony należycie powiadomiony o terminie posiedzenia (art. 343 § 3a k.p.k.)⁸. Regulacja ta niewątpliwie przyczyni się do zmniejszenia liczby apelacji wnoszonych od wyroków wydanych w omawianym trybie, niemniej jednak w dalszym ciągu nie usuwa to wątpliwości dotyczących możliwości wydania wyroku reformatoryjnego w przypadku złożenia apelacji przez oskarżyciela posiłkowego. Z uwagi na zakres niniejszego opracowania, nie analizując różnic między wyrażeniem zgody a brakiem sprzeciwu, należy zwrócić uwagę na treść przesłanki dotyczącej pokrzywdzonego przewidzianej w nowelizacji przepisów k.p.k. Ustawa mówi bowiem o braku sprzeciwu pokrzywdzonego należycie zawiadomionego o terminie posiedzenia (art. 343 § 3a k.p.k.). W takiej sytuacji pokrzywdzony może często nie stawić się posiedzeniu, zaś o treści wniosku i wyroku dowiedzieć się dopiero po jego wydaniu. Nie sposób przyjąć, że wówczas oskarżyciel posiłkowy wnoszący apelację zrywa porozumienie, którego był uczestnikiem.

⁸ Art. 343 § 3a k.p.k. został dodany przez art. 1 pkt 112 lit. c ustawy z dnia 27 września 2013 r. (Dz. U. z 2013 r., poz. 1247), zmieniającej niniejszą ustawę z dniem 1 lipca 2013 r.

Wydaje się że, w tej kwestii powinno się wykorzystać argumenty, jakie przedstawił Sąd Najwyższy odnośnie możliwości zaskarżenia wyroku przez oskarżyciela publicznego. Nielogiczna byłaby interpretacja przepisów, zgodnie z którą złożenie apelacji przez prokuratora w sytuacji opisanej w uchwale Sądu Najwyższego pozwalałoby, w przypadku braku innych przeszkód, na wydanie wyroku reformatoryjnego, natomiast takiej możliwości nie byłoby, gdyby apelację złożył oskarżyciel posiłkowy. Ponadto, przyjęcie, że uwzględnienie apelacji oskarżyciela posiłkowego, przy jednoczesnym braku zgody na zmianę wyroku przez oskarżonego i prokuratora, zawsze wiąże z koniecznością uchylecia wyroku i przekazania sprawy do ponownego rozpoznania, powodowałoby nierówne traktowanie stron. Po pierwsze, zgodnie z wcześniejszymi uwagami, zaskarżenie takiego wyroku przez jedną ze stron porozumienia pozwalałoby na wydanie wyroku reformatoryjnego, więc brak jest racjonalnych podstaw do przyjęcia, aby inaczej traktować apelację innych stron, które nie brały udziału w zawarciu porozumienia. Po drugie, przyjęcie odmiennej interpretacji mogłoby stanowić istotną barierę w zaskarżaniu wyroków wydawanych w tym trybie przez oskarżyciela posiłkowego. Podmiot ten mógłby nie korzystać ze swojego uprawnienia w tym zakresie, obawiając się, że uznanie jego argumentacji przez sąd odwoławczy będzie równoznaczne z koniecznością uchylecia wyroku i przekazania sprawy do ponownego rozpoznania, a w konsekwencji do znacznego wydłużenia postępowania. Najczęściej to właśnie pokrzywdzonemu zależy na szybkim zakończeniu sprawy z uwagi na możliwość dochodzenia roszczeń odszkodowawczych bądź to w samym procesie karnym, bądź też w postępowaniu cywilnym. Należy bowiem pamiętać, iż ustalenia wydanego w postępowaniu karnym prawomocnego wyroku skazującego co do popełnienia przestępstwa wiążą sąd w postępowaniu cywilnym (art. 11 k.p.c.). Troska o szybkie zakończenie postępowania w zakresie roszczeń cywilnych może być powodem rezygnacji przez oskarżyciela posiłkowego z realizacji swoich uprawnień związanych z zaskarżeniem wyroku. Prawomocny wyrok skazujący pozwala na szybsze zakończenie postępowania cywilnego. Oskarżyciel, mając świadomość, że uwzględnienie jego zarzutów będzie się zawsze wiązało ze znacznym przedłużeniem postępowania, może zatem odstąpić od składania apelacji, mimo istnienia (w jego ocenie) istotnych uchybień w wyroku sądu pierwszej instancji.

8. Kończąc rozważania związane z tezą głosowanej uchwały, warto wskazać, że Sąd Najwyższy w jej uzasadnieniu zwrócił uwagę na jeszcze jedno zagadnienie. Aby uniknąć powtarzania uwag w tym zakresie, ograniczę się do krótkich rozważań. Interpretacja przepisów proponowana przez Prokuratora Generalnego prowadziłaby do zachwiania równości procesowej stron. Oskarżony, wnosząc apelację od wyroku wydanego w części objętej porozumieniem, musiałby liczyć się z możliwością orzekania na jego nieko-

rzyść, zaś oskarżyciel byłby w sytuacji korzystniejszej. W przypadku zaskarżenia wyroku na niekorzyść oskarżonego wydanie wyroku przez sąd odwoławczy na korzyść oskarżonego wymagałoby uzyskania zgody oskarżyciela. Taka interpretacja przepisów zwiększałaby też możliwość opisanego wcześniej instrumentalnego działania oskarżyciela publicznego, który skarżąc wyrok, miałby świadomość możliwych negocjacji przed sądem odwoławczym i, w konsekwencji, w tym postępowaniu braku możliwości polepszenia sytuacji procesowej oskarżonego bez zgody skarżącego.

Konkludując, za dokonaną przez Sąd Najwyższy interpretacją przepisów przemawia nie tylko wykładnia językowa, ale też argumenty płynące z wykładni systemowej i funkcjonalnej. Aprobata przeciwnych poglądów prowadziłaby do ograniczenia samodzielności jurysdykcyjnej sądu odwoławczego. Nawet w sytuacji stwierdzenia, że oskarżony powinien być uniewinniony, sąd odwoławczy nie miałby możliwości zmiany orzeczenia. Ponadto, doszłoby w ten sposób do dysfunkcjonalności postępowania związanej przede wszystkim z koniecznością jego wydłużenia w sytuacji, gdy tryby konsensualne mają zasadniczo służyć jego usprawnieniu.

Commentary to the resolution of seven judges of the Supreme Court of 25 September 2013, file no. I KZP 5/13

Abstract

The commentator approves both the reasoning in the resolution and arguments in the written justification thereof. The issues addressed by the resolution may raise doubts about their interpretation, which is reflected, among others, by the fact that the resolution was not adopted unanimously, with one of the judges stating a dissenting opinion.

SPRAWOZDANIA I INFORMACJE

Krystyna Patora

Ogólnopolska konferencja naukowa na temat „Przyszłość prokuratury po 2015 roku”

W dniu 30 maja 2014 r. w Warszawie odbyła się ogólnopolska konferencja naukowa zorganizowana przez Stowarzyszenie Prokuratorów RP, wspólnie z Wydziałem Prawa i Administracji Uniwersytetu Warszawskiego, której tematem była „Przyszłość prokuratury po 2015 roku”.

Prorektor Uniwersytetu Warszawskiego, prof. dr hab. Tadeusz Tomaszewski, otwierając konferencję i witając jej uczestników, podkreślił, że jej przedmiotem jest bardzo ważna tematyka związana ze zmianami w procedurze karnej i duża niejasność w tym zakresie. Nadto wskazał na potrzebę dyskusji i wypracowania modelu postępowania karnego.

Zaproszonych gości przywitała również prof. dr hab. Ewa Gruza – Prodziekan Wydziału Prawa i Administracji UW, która wyraziła satysfakcję ze spotkania środowiska nauki i doktryny oraz praktyków. Wskazała, że to pierwsze tego typu spotkanie, i postulowała o ich kontynuację. Do tego postulatu przyłączył się prof. dr hab. Piotr Girdwoyń z Katedry Kryminalistyki tegoż Wydziału, wskazując na konieczność cykliczności takich spotkań. Prokurator Grzegorz Kiec – Prezes Stowarzyszenia Prokuratorów RP, witając uczestników konferencji, podkreślił, że Prokuratorzy nie boją się zmian, ale powodowani obawą i odpowiedzialnością za przyszłość procesu karnego zgłaszają uwagi co do skuteczności funkcjonowania nowych przepisów proponowanych przez ustawodawcę. Wskazał, że jest jeszcze szansa na wprowadzenie zmian ustawodawczych, które usprawnią proces, a rozpoczęta konferencja winna się do tego przyczynić.

W dalszej części konferencji miały miejsce wystąpienia zaproszonych Gości. Przedstawiciel Prokuratora Generalnego, Prokurator Aleksandra Chętko, wskazała, że zorganizowanie konferencji dotyczącej wprowadzenia

w lipcu 2015 r. nowych zmian w procedurze karnej należy ocenić bardzo pozytywnie. Zajęła stanowisko, że wymiana poglądów na organizowanych konferencjach wzbogaci i wzmocni przedmiotową problematykę. Wskazała na już odbyte konferencje, w tym w Prokuraturze Generalnej. Podniosła, że nowela do kodeksu postępowania karnego winna być skorelowana z ustawą o Prokuraturze, ale tak się nie stało i nie wiadomo, kiedy to nastąpi. Prelegentka stwierdziła, że wejście w życie nowych przepisów zwiększy zakres obowiązków prokuratorów i w przypadku braku nowej ustawy o Prokuraturze – nastąpi to bez wymaganych zmian systemowych. Jako przykłady zwiększonego zakresu zadań przewidzianych w noweli do kodeksu postępowania karnego, nałożonych na prokuratora, wskazała na obowiązek osobistego przesłuchania wszystkich istotnych świadków, czasochłonną selekcję materiałów dowodowych przed skierowaniem aktu oskarżenia. Jednocześnie wskazała, że nadal prokurator będzie musiał w terminie 14 dni od otrzymania sporządzanego niejednokrotnie przez wiele miesięcy uzasadnienia orzeczenia Sądu wywieść apelację. Odnosząc się do protokołów przesłuchań sporządzanych na etapie postępowania przygotowawczego, które winny zawierać tylko istotne elementy, prokurator uwypukliła, że będą one zdawały egzamin tylko w odniesieniu do mniej istotnych świadków, a wielokrotnie trudno jest w początkowej fazie postępowania przesądzić o nieistotności zeznań świadka. Wskazała na nieprzydatność na etapie postępowania sądowego protokołów ograniczonych oraz notatek urzędowych. Podniosła, że obawa prokuratora o wynik postępowania sądowego przesądzi o tym, że postępowanie przygotowawcze będzie przebiegać tradycyjnie. Jednocześnie zwróciła uwagę na to, że efektywne wykonywanie obowiązków prokuratora winno być związane ze zmianami w Policji w zakresie odpowiednio wykwalifikowanych funkcjonariuszy do prowadzenia postępowań przygotowawczych, a to obecnie jest niewykonalne.

Kolejny prelegent, prof. dr hab. Piotr Kruszyński, w referacie pt. „Nowy model postępowania karnego” wskazał, że konieczne było, aby ustawodawca zdecydował o innym modelu i filozofii postępowania oraz zrezygnował z modelu sowieckiego, w którym czynności Policji i prokuratora były podstawą wyroku, a rola sądu sprowadzała się do czynności marginalnych. Zdaniem tego prelegenta ilość 1,5% prawomocnych wyroków uniewinniających w relacji do około 40% przed II wojną światową nie jest zasługą dobrze pracujących prokuratorów i policjantów, a wadą systemu. Podał, że nawet w Rosji model ten już nie funkcjonuje. Jednocześnie podniósł, że instytucja sędziego do spraw postępowania przygotowawczego, który nadzoruje działalność Policji i utrwała dowody dla sądu, funkcjonuje we wszystkich krajach europejskich. Piotr Kruszyński zauważył, że rewolucja w zakresie procedury karnej dotyczyć będzie wszystkich, nie tylko prokuratorów. Zachęcił też do życzliwego spojrzenia na reformę procedury karnej.

W odpowiedzi na powyższe wypowiedzi, Grzegorz Kiec, moderujący tę część konferencji, ponownie podkreślił, że prokuratorzy nie są przeciwni zmianom w procedurze karnej. Zwrócił jednak uwagę na znaczne obciążenie prokuratorów w przyszłości nowymi obowiązkami i wyraził obawy prokuratorów o to, że nie będą w stanie się z nich prawidłowo wywiązać, uwzględniając już istniejące ogromne obciążenie i pracę w nocy oraz dni wolne.

Kolejny referent, dr Hanna Gajewska-Kraczkowska, w wykładzie pt. „Adwokat i prokurator nowe role w postępowaniu karnym?” przedstawiła swoje przemyślenia dotyczące odpowiedzi na pytanie: czy coś się zmieni? Prelegentka wskazała, że głębokie zmiany będą dotyczyły postępowania jurysdykcyjnego, ale nie przygotowawczego, które tylko kosmetycznie ulegnie zmianie. Powodem tego stanu rzeczy będzie brzmienie art. 297 § 1 pkt 5 k.p.k., który jako cel postępowania przygotowawczego będzie wskazywał zebranie, zabezpieczenie i utrwalenie dowodów w zakresie niezbędnym do stwierdzenia zasadności wniesienia aktu oskarżenia lub zakończenia postępowania. Skutkować to będzie gromadzeniem przez prokuratora wszelkich dowodów, tak aby przed sądem mógł dysponować wystarczającym materiałem. Nie nastąpi też – zdaniem prelegentki – odejście od sporządzania uzasadnienia aktu oskarżenia, bowiem prokurator nadal z niego będzie czerpał wiedzę na temat sprawy. Hanna Gajewska-Kraczkowska zwróciła też uwagę na zmianę przepisów dotyczących obrońców, wskazując, że nowela nie przyniosła większych możliwości aktywności obrońców w postępowaniu przygotowawczym, a w przypadku dostępu do akt sprawy na etapie tego postępowania jest wręcz regresem, w porównaniu do obecnych rozwiązań oraz poglądów orzecznictwa. W referacie zakwestionowany został kierunek zmian poprzez wskazanie, że reforma winna być rozpoczęta od postępowania przygotowawczego, być może jeszcze nie obecnie, ale już w przyszłości, przeprowadzaniem przesłuchań świadków przez obrońców. Nadto, poruszone zostały kwestie nowych regulacji w zakresie przekazywania zbioru dokumentów do sądu w kontekście braku definicji pojęcia „zbioru dokumentów” oraz braku relacji do użytego przez ustawodawcę określenia „w odpowiednim zakresie” odczytanych protokołów zeznań świadków z art. 391 § 1 k.p.k. do zawartego w noweli tego przepisu określenia „w niezbędnym zakresie”. Odpowiadając na postawione na początku referatu pytanie, Hanna Gajewska-Kraczkowska wskazała, że zmiany w noweli do procedury karnej nie będą dotyczyły etapu postępowania przygotowawczego.

W referacie prof. dr hab. Marii Rogackiej-Rzewnickiej pt. „Uwagi na temat nowelizacji k.p.k. na tle prawno-porównawczym” znalazło się porównanie polskiego systemu prawnego z systemami funkcjonującymi w Europie Zachodniej, tj. systemami prawa kontynentalnego oraz prawa powszechnego. Analiza porównawcza doprowadziła do wniosku, że w żadnym z systemów

prawa kontynentalnego kontradiktoryjność nie osiągnęła takiego poziomu, jak w polskiej nowelizacji, która wejdzie w życie od 1 lipca 2015 r. Podany został przykład wprowadzenia zasady kontradiktoryjności do procedury francuskiej poprzez wzmocnienie uprawnień stron. W modelu tym sędzia ma nadal doprowadzić do wydania orzeczenia zgodnego z prawdą, co jest związane z zasadą prawdy materialnej, a nie formalnej, będącej podstawą kontradiktoryjności. Natomiast w procedurze niemieckiej jest wiele elementów inkwizycyjnych tylko ze śladami zasady kontradiktoryjności, wyrażającymi się poszerzeniem obowiązków informacyjnych względem strony. Nowelizacja polskiej procedury karnej z tak szeroko określoną zasadą kontradiktoryjności ma wyraźnie cechy modelu prawnego anglosaskiego, a to rodzi pytanie, czy nadal możemy powiedzieć, że przynależymy do modelu prawa kontynentalnego. Prelegentka podała, że nie chodzi o to, aby kwestionować samą zasadę kontradiktoryjności, ale nie da się w tak radykalnej postaci jej stosować bez naruszenia innych zasad, choćby zasady prawdy materialnej czy domniemania niewinności.

Kolejny referat pt. „Nowelizacja k.p.k. a nowelizacja ustawy o Prokuraturze”, autorstwa dr. Szymona Pawelca, poświęcony był odpowiedzi na pytanie: czy zmiany w procedurze karnej są dostrzegalne w ustawie o Prokuraturze? Aby odpowiedzieć na to pytanie, prelegent wskazał na podstawowe cechy reformy procedury karnej, do których zaliczył radykalne zwiększenie kontradiktoryjności, rozszerzenie konsensualności, zmiany w zakresie tymczasowego aresztowania oraz innych środków przymusu, nowy model postępowania odwoławczego. Natomiast, w zakresie przepisów ustawy o Prokuraturze zmiany będą dotyczyły likwidacji definicji prokuratora nadzrędnego, usytuowania na pierwszym miejscu zadań oskarżycielskich, a za nimi zadań nadzorczych oraz innych przepisów, ale tylko o charakterze technicznym. Zestawienie obu obszarów pozwoliło prelegentowi na wywiedzenie wniosku, że brak jest ścisłej i szerokiej korelacji zmian w ustawie o Prokuraturze ze zmianami w procedurze karnej.

Przedmiotem następnego referatu, wygłoszonego przez prokuratora w stanie spoczynku, generała brygady Wojska Polskiego, Krzysztofa Parulskiego pt. „Ewolucja modelu ustrojowego polskiej prokuratury na tle zmian ustawodawczych w ustawie – prawo o Prokuraturze z 1985 r.”, było przedstawienie szerokich aspektów zmian we wskazanej ustawie, których na przestrzeni 29 lat wprowadzono 65. W referacie przedstawiona została pozycja prokuratury z zaznaczeniem jej przeszłego umiejscowienia w Konstytucji. Omówione zostały zasady funkcjonowania prokuratury, zmiany strukturalne, relacje z władzą wykonawczą. Krzysztof Parulski wskazał, że pozycję ustrojową prokuratury wyznacza w dużej mierze ustawa z 1985 r. Wprowadzone nowelizacją z dnia 9 października 2009 r. zmiany w ustroju prokuratury dokonały przemodelowania jej usytuowania, ale nie są wystarczające dla

pełnego uregulowania ustroju. Obecne zmiany w procedurze karnej winny być podstawą do określenia modelu prokuratury, jednak projekt ustawy „Prawo o Prokuraturze” ma charakter tylko porządkujący i poza kilkoma zmianami bardziej spełnia kryteria kolejnego tekstu jednolitego niż oczekiwanego aktu normatywnego.

Następnie głos zabrał Prokurator Edward Zalewski – Przewodniczący Krajowej Rady Prokuratury, który w wykładzie pt. „Przyszłość i nowy model prokuratury w aspekcie zmian nowelizacji k.p.k.” poparł ideę prokuratury sądowej, ale podkreślił, że nie wszyscy zdajemy sobie sprawę z tego, jaką prokuraturę sądową chcemy mieć. Wskazał, że nowela do kodeksu postępowania karnego wprowadza właśnie model prokuratury sądowej. Oceniając skutki tej noweli, prokurator Edward Zalewski zgodził się z zaprezentowaną wcześniej tezą, że żadnych zmian w postępowaniu przygotowawczym nie będzie. Jego zdaniem prokurator nadal będzie ponosił odpowiedzialność za dochodzenie i wynik statystyczny, podczas gdy winien przejąć odpowiedzialność za sprawę w chwili kierowania aktu oskarżenia do sądu. Istotne jest i to – jak wskazał prelegent, że prokurator ponosi odpowiedzialność za wynik postępowania, a nie ma wpływu na wybór osób prowadzących je. Edward Zalewski podkreślił, że nowy model procesu uregulowany w kodeksie postępowania karnego winien zmienić rolę prokuratury jako głównie organu oskarżycielskiego. Zmiana ta powinna łączyć się z ograniczeniem nadzoru i spłaszczeniem struktury prokuratury.

Następnie wystąpiła prokurator Prokuratury Apelacyjnej w Katowicach, Małgorzata Bednarek – Prezes Stowarzyszenia „Ad Vocem”, która w referacie pt. „Uwagi na temat nowej roli prokuratora w postępowaniu sądowym” wskazała, że model kontradiktoryjny nie jest odrzucany przez prokuratorów. Wyraziła jednak obawę, że prokurator nie będzie w stanie podołać wszystkim obowiązkom, jeżeli będą one niezmienione na etapie postępowania przygotowawczego, a nadto przy tożsamym obciążeniu sesjami sądowymi i zwiększonymi obowiązkami wynikającymi z noweli. Wskazała, że prokurator w obawie o utratę dowodu z zeznań świadka będzie dokonywał jego przesłuchania. Zauważyła, że w związku z nałożeniem na prokuratora obowiązku odczytania zeznań świadka na etapie postępowania sądowego, również akta podręczne prokuratora będą musiały przejść swoistą rewolucję. Oznaczać to będzie zwiększenie ich rozmiarów i potrzebę dostarczenia do sądu. Stwierdziła, że zmiana procedury odwoławczej, związana z możliwością przeprowadzania dowodów przez Sąd rozpatrujący apelację, pozbawia racji bytu funkcjonujące w obecnym kształcie wydziały sądowe w prokuraturach. Postulowała o dłuższe *vacatio legis* noweli w procedurze karnej celem przygotowania prokuratury do zmian.

W dalszej kolejności wystąpiła prokurator w stanie spoczynku – Danuta Droessler, z wykładem pt. „Nowy kształt postępowania odwoławczego”.

Wskazała, że zmiana modelu sądowego zgodna jest z oczekiwaniami sądów, prokuratorów i innych uczestników postępowania, a przede wszystkim oskarżonych. Dokonane zmiany oceniła jako trafne, stwierdzając jednocześnie, że wymagają one kontynuacji. Danuta Droessler wskazała na 3 podstawowe segmenty zmian, do których należą: kontrydiktoryjność, bardzo mocne podkreślenie w postępowaniu odwoławczym zakazu czynności na niekorzyść oskarżonego oraz zrównanie sytuacji prawnej stron. Zmiana dotyczyć będzie również wymogów stawianym podmiotom niefachowym sporządzającym środki odwoławcze. Nowela wprowadza też ograniczenia dla podmiotów fachowych w zakresie formułowania zarzutów apelacyjnych w kierunku znacznego ich ograniczenia poprzez wyeliminowanie zarzutów związanych z zaniechaniem w zakresie przeprowadzenia na rozprawie dowodów i braku wyjaśnienia istotnych okoliczności sprawy. Nowością ocenioną jako słuszna będzie uzależnienie składu sądu odwoławczego od formy prowadzenia postępowania przygotowawczego. Sąd odwoławczy będzie mógł po nowelizacji procedury karnej przeprowadzić postępowanie dowodowe i po jego zakończeniu wydać wyrok, co w obecnej procedurze w takim zakresie nie jest możliwe.

Krytycznie z kolei nowela do kodeksu postępowania karnego została oceniona przez prokuratora Jacka Skałę – Przewodniczącego Związku Zawodowego Prokuratorów i Pracowników Prokuratury RP, który w wykładzie pt. „Czy prokurator jest przygotowany do nowych wyzwań procesu kontrydiktoryjnego” podkreślił, że skutkiem reformy będzie zwiększenie liczby wyroków uniewinniających oraz spadek bezpieczeństwa. Prokurator Jacek Skąła zauważył, że reforma związana jest z droższym procesem z uwagi na szerszy zakres obrony oraz wkroczenie na salę sądową opinii prywatnych, o których przeprowadzenie będą mogły wnosić strony na rozprawie. Skutek w postaci krócej trwających postępowań przygotowawczych może być wątpliwy z uwagi na likwidację trybu uproszczonego, konieczność osobistego przesłuchania istotnych świadków przez prokuratora, sporządzania większej liczby aktów oskarżenia, z których część była tylko zatwierdzana. Jacek Skąła zwrócił uwagę na to, że część tych czynności wykonują obecnie funkcjonariusze Policji, których jest liczebnie więcej niż prokuratorów. Przeniesienie wszystkich tych obowiązków na prokuratorów skutkować będzie wydłużeniem czasu trwania postępowania przygotowawczego. Prelegent wyraził obawę o to, czy tryby konsensualne rzeczywiście przyspieszą postępowanie, co w dużej mierze będzie uzależnione od woli strony i jej obrońcy, szczególnie w kontekście nasycenia rynku usług prawnych. Jacek Skąła wskazał, że reforma procedury karnej nie jest związana ze zmianą struktury Policji. W referacie przedstawione zostały propozycje zmian w postaci redukcji obowiązków statystycznych, ograniczenia nadzoru nad prokuratorem, bezwzględnego obowiązku posiadania referatu. Przedstawiony został postu-

lat wycofania noweli do kodeksu postępowania karnego lub przedłużenia *vacatio legis* celem przeprowadzenia zmian organizacyjnych, które pozwolą na przygotowanie się do nowych zadań.

Przedmiotem następnego referatu była problematyka prokuratur wojskowych. Anna Czapigo – prokurator Wojskowej Prokuratury Okręgowej w Warszawie – wypowiedziała się co do proponowanych zmian, prezentując wykład pt. „Przyszłość prokuratorów wojskowych w projekcie ustawy o Prokuraturze”. Prokurator wskazała argumenty przemawiające za pozostawieniem oraz likwidacją prokuratur wojskowych, podnosząc, że argumenty na poparcie drugiego rozwiązania mają pozamerytoryczny charakter, uzasadniany efektywniejszym wykorzystaniem zasobów ludzkich. Wskazała na potrzebę istnienia w niezbędnym zakresie prokuratur wojskowych z uwagi na ich specyfikę oraz sytuację międzynarodową, skutkującą misjami wojskowymi. Podniosła, że proponowane zmiany związane z likwidacją prokuratur wojskowych i utworzeniem wydziałów wojskowych w powszechnych jednostkach organizacyjnych prokuratur wprowadzą dualizm zadań oraz podległości, a nadto podwójną sprawozdawczość. Zdaniem prelegentki dyskusyjny będzie również sposób finansowania wydziałów wojskowych z odrębnego budżetu przy wskazanym dualizmie.

Po wygłoszonych wykładach wywiązała się ożywiona dyskusja, w której wzięli udział naukowcy, prokuratorzy, przedstawiciele Policji, obrońców, dziennikarzy, doktoranci, radcowie prawni, którzy zgadzali się z wnioskami płynącymi z wygłoszonych referatów, a nadto wskazywali na nowe zagadnienia. Adwokat Andrzej Ważny, były prokurator, zwrócił uwagę na konieczność brania pod uwagę w toku prac legislacyjnych głosu praktyków, poparł pomysł pozostawienia prokuratur wojskowych jako odrębnych jednostek oraz opowiedział się za umocowaniem prokuratury w Konstytucji. Prelegent wskazał, że to orzecznictwo sądowe będzie kształtowało praktykę stosowania nowych przepisów. Paweł Wierchołowski – Prokurator Rejonowy Warszawa-Mokotów – stwierdził, że jest zwolennikiem zmian, wskazał, że są potrzebne środki na realizację zadań, na przykład w postaci dysponowania odpowiednimi funduszami na poziomie prokuratur rejonowych na zatrudnienie przy brakach kadrowych i konieczności realizacji zadań. Zabierając głos w dyskusji, prokurator Edward Zalewski wskazał, że celem działań jest utworzenie prokuratury sądowej. Zwrócił uwagę, że aby ten cel zrealizować, konieczne jest zreformowanie Policji i podzielenie jej na poszczególne piony tylko do określonych zadań. Prokurator Edward Zalewski wskazał na potrzebę redukcji statystyki prokuratorskiej, podobnie jak wizytacji, konieczność przeglądu kadr w prokuraturze celem sprawiedliwego podziału zadań. Potrzeba reformy Policji została pozytywnie oceniona przez jej przedstawicieli, którymi byli inspektor w stanie spoczynku Roman Wojtuszek oraz młodszy inspektor Ireneusz Dziugiel. Poparli oni konieczność zmian organizacyjnych,

ale zwrócili też uwagę na niemożność zastępowania się policjantów, tak jak prokuratorów ze względu na różny system i poziom kształcenia. Na obarczenie Policji innymi zadaniami niż prowadzenie postępowań przygotowawczych zwróciła uwagę prokurator Małgorzata Szeroczyńska, Zastępca Prokuratura Rejonowego Warszawa-Śródmieście, wyliczając ilość imprez masowych, przy zabezpieczeniu których udział muszą brać policjanci wykonujący czynności procesowe. Skutkuje to wydłużeniem czasu trwania postępowań przygotowawczych. Prokurator Małgorzata Szeroczyńska podkreśliła rolę dobrej administracji w pracy prokuratora, braki kadrowe w tym zakresie i zgodziła się z poglądem, że prokurator rejonowy powinien mieć środki na zatrudnianie pracowników administracji, aby jednostka mogła wykonywać nałożone na nią zadania. Bartosz Lewandowski – doktorant na Wydziale Prawa i Administracji UW i jednocześnie aplikant adwokacki – zwrócił uwagę na obciążenie dodatkowymi obowiązkami prokuratora po nowelizacji procedury karnej. Wskazał, że na aplikacji prokuratorskiej w skali kraju jest 55 osób, podczas gdy tylko w samej Warszawie liczba aplikantów adwokackich wynosi około 800. Uwypuklił, że ogromna praca prokuratorów również w sprawach cywilnych i lustracyjnych nie idzie w parze z pozytywnym wizerunkiem prokuratury i prokuratora. Postulował, aby rozpocząć pracę nad poprawą tego wizerunku. Artur Kowalski, radca prawny wykonujący zawód legislatora, wskazał na potrzebę kompleksowych regulacji ustawy o Prokuraturze oraz ustawy o Policji. Zauważył, że próba odroczenia wejścia w życie nowych przepisów będzie – uwzględniając potrzeby techniki legislacyjnej – wadliwa. Ludwika Mostowicz z Catholic University of Louvain, zajmująca się badaniem akt spraw sądowych polskich i unijnych, podkreśliła ogromną pracę Policji oraz prokuratora związaną z przygotowaniem akt procesowych. Wskazała na, wynikającą z badania akt spraw w innych systemach prawnych, ogromną współpracę pomiędzy zawodami prawniczymi. Odnosząc się do procesu legislacji, zwróciła uwagę na potrzebę bardzo ścisłej kontroli logiczno-językowej projektów aktów prawnych oraz udziału w tym procesie polonistów, którzy dokonaliby sprawdzenia każdego zdania pod względem poprawności. Podała, że w innych systemach prawnych jest nie do przyjęcia, aby przygotowywane akty prawne nie przeszły tego procesu. Kolejny głos w dyskusji należał do Ewy Ivanowej z „Dziennika Gazety Prawnej”, wykonującej zawód dziennikarza, która wskazała na niezbędność analiz skutków projektowanych reform, chociażby w zakresie ilości wyroków uniewinniających. Ewa Ivanova powiedziała, że nie można wierzyć, jakoby zmiany dokonały się same. Prokurator Krystyna Patora z Prokuratury Okręgowej w Łodzi wskazała na potrzebę ograniczenia zadań wykonywanych przez prokuratorów z innych wydziałów, a dotyczących obowiązków informacyjnych. Zasygnalizowała, że na prokuratorach spoczywają obowiązki związane z wizytacjami i konkursami, i przy braku ich uproszczenia nie będzie możliwe

realizowanie obowiązków oskarżycielskich w większym zakresie. Pogląd ten podzieliła Prokurator Małgorzata Bednarek, a nadto wskazała na potrzebę odejścia od systemu, w którym siły i środki angażowane są do coraz większej kontroli, z której nic nie wynika.

Podsumowując konferencję, należy wskazać, że środowisko naukowe oraz reprezentanci różnych korporacji prawniczych wyrażali pogląd, z którego wynikało, że nastąpi znaczne zwiększenie obowiązków prokuratorów na etapie postępowania sądowego, bez ich zmniejszenia w postępowaniu przygotowawczym. Przy konieczności przesłuchiwania wszystkich istotnych świadków przez prokuratora w postępowaniu przygotowawczym, aby mógł dowód ten wykorzystać w postępowaniu sądowym, nastąpi wydłużenie czasu trwania postępowań przygotowawczych. Prokuratorzy z obawy o utratę dowodu oraz niekiedy niemożność oceny w kategoriach istotności dowodu z zeznań świadka będą wykonywać czynności przesłuchań samodzielnie. Uwzględniając liczbę prokuratorów oraz funkcjonariuszy Policji, którzy do tej pory wykonywali te obowiązki, wysoce prawdopodobne jest wydłużenie czasu trwania postępowania przygotowawczego. Dowód z zeznań świadka będzie musiał być ponownie przeprowadzony przed sądem, z tą różnicą, że przez stronę. Zauważono, że do wydłużenia procedur może przyczynić się konieczność osobistego sporządzania aktu oskarżenia, który do tej pory przedkładany był przez funkcjonariusza Policji do zatwierdzenia. Prokuratorzy wskazywali, że nie nastąpiła głęboka reforma prokuratury i zmniejszenie zadań na innych odcinkach. Uczestnicy konferencji podnosili, że brak jest równoczesnej reformy Policji, a nakładane inne obowiązki na funkcjonariuszy prowadzących postępowanie prowadzą do przedłużenia czasu trwania śledztw oraz dochodzeń. Prelegenci wskazywali, że przesunięcie zadań związanych z przesłuchaniami świadków na mniejszą liczebnie prokuraturę i przeprowadzanie tego dowodu przed sądem, a także konieczność sporządzania przez prokuratora aktu oskarżenia, który do tej pory zatwierdzał, nie są rozwiązaniami, które usprawnią postępowanie. Większość uczestników konferencji zajęła stanowisko, że skutkować to będzie wydłużeniem procesu karnego, obejmującego postępowanie przygotowawcze i sądowe. Jako niepokojącą w tym stanie rzeczy uznano prognozę dotyczącą liczby wyroków uniewinniających w relacji do obecnie istniejącego stanu. Wskazywano również, że pojawiające się głosy o nowelizacji zmian, które jeszcze nie weszły w życie, nasuwają pytanie o prawidłowość procesu legislacyjnego. Z przedstawionych stanowisk wynikało, że prawdopodobne jest, z uwagi na zwiększone obowiązki prokuratorów i brak reformy prokuratury, wydłużenie postępowania, co przecież nie jest celem reformy.

Informujemy naszych Czytelników, że na stronie internetowej Prokuratury Generalnej pod adresem www.pg.gov.pl, w zakładce „Prokuratura i Prawo/opublikowane numery”, udostępniłiśmy nieodpłatnie, w formacie pdf, pełne teksty miesięcznika od początku jego istnienia, to znaczy od 1 stycznia 1995 r. do chwili obecnej.

Redakcja

Komunikat

Zgodnie z § 14 ust. 2 rozporządzenia Ministra Nauki i Szkolnictwa Wyższego z dnia 13 lipca 2012 r. w sprawie kryteriów i trybu przyznawania kategorii naukowej jednostkom naukowym (Dz. U. z 2012 r., poz. 877 oraz z 2013 r., poz. 191) ogłoszono w formie komunikatu, składający się z 3 części (A. B. C.), wykaz czasopism naukowych. Miesięcznik „Prokuratura i Prawo” zamieszczono w części B. w pozycji 1753, przyznając 6 punktów za publikację w czasopiśmie naukowym. Informację na ten temat można znaleźć pod adresem:

<http://www.bip.nauka.gov.pl/wykaz-czasopism-naukowych/komunikat-ministra-nauki-i-szkolnictwa-wyzszego-w-sprawie-wykazu-czasopism-naukowych.html>

Informacja dla Autorów

Redakcja prosi o nadsyłanie artykułów i innych materiałów przeznaczonych do publikacji wyłącznie w formie elektronicznej w edytorze Word 6,0, 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 25 stron znormalizowanego tekstu, a pozostałych opracowań – 10 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, faksu, 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 (głosy) – 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@pg.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, zaś niezamówione materiały zwraca wyłącznie na życzenie autora (autorów).

Informacja dla Czytelników

Redakcja uprzejmie zawiadamia, że od stycznia 2005 r. czasopismo „Prokuratura i Prawo” nie jest dostępne w prenumeracie. Równocześnie – pod adresem: www.pg.gov.pl – w programie MS Word jest udostępniona wersja elektroniczna czasopisma, a pod adresem: www.ies.krakow.pl/wydawnictwo/prokuratura jego treść można odczytywać programem Acrobat Reader 6.

Redakcja uprzejmie informuje, że przedmiotem omówień publikacji książkowych są przede wszystkim monografie, w tym także prace zbiorowe, ta forma prezentacji nie obejmuje natomiast – z oczywistych względów – komentarzy i podręczników.