



Prokuratura i Prawo

NR 1/styczeń 2018



ISSN 1233-2577

Prokuratura Krajowa

RADA NAUKOWA

Przewodniczący – **Bogdan ŚWIĘCZKOWSKI**
Członkowie: Janina BŁACHUT, Władysław CZAPLIŃSKI, Romuald KMIECIK, Małgorzata MANOWSKA, Lech K. PAPRZYCKI, Emil PŁYWACZEWSKI, Zygfryd SIWIK, Sławomir STEINBORN, Bogusław SYGIT, Zbigniew SZCZĄSKA, Włodzimierz WRÓBEL, Andrzej ZYBERTOWICZ

KOLEGIUM REDAKCYJNE

Przewodniczący – **Marek SADOWSKI**
Członkowie: Małgorzata BEDNAREK, Małgorzata KOZŁOWSKA, Tomasz SZAFRAŃSKI, Anna WDOWIARZ-PELC, Krzysztof WÓJCIK

REDAKCJA

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

Współpraca: Justyna KRAKOWIAK

WYDAJE

PROKURATURA KRAJOWA

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

Projekt okładki

Studio Karandasz

Skład i korekta:

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

Druk i dystrybucja:

Wydawnictwo Diecezjalne i Drukarnia w Sandomierzu
27-600 Sandomierz, ul. 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

dr hab. Paweł Daniluk, prof. Instytutu Nauk Prawnych PAN

- Wzbudzenie w zagrożonym uzasadnionej obawy spełnienia groźby w konstrukcji groźby bezprawnej** 5
Instilling reasonable fear of threat realisation into an individual threatened within unlawful threat constructs 15

dr Marta Mozgawa-Saj, adiunkt UMCS w Lublinie

- Przestępstwa znieważenia oraz ograbienia zwłok, grobu i miejsca spoczynku zmarłego (art. 262 § 1 i 2 k.k.)** 16
Offences of profanation and spoliation of a corpse, grave or last resting place (Penal Code, Article 262, §§ 1 and 2) 41

Magdalena Kołdys, inspektor Delegatury CBA w Białymstoku

- Zwalczanie przestępczości związanej z wyłudzeniem nienależnego zwrotu podatku VAT w opinii prokuratorów** 42
Prosecutors' opinions on combating VAT frauds 55

Grzegorz Ociecek, Zastępca Szefa CBA, adiunkt UKSW w Warszawie

- Test integralności. Wybrane rozwiązania prawne** 56
Integrity testing: selected legal solutions 81

dr Grzegorz Maroń, adiunkt Uniwersytetu Rzeszowskiego

- Modlitwa sędziego lub przysięgłych podczas procesu jako przedmiot zarzutu odwoławczego w postępowaniu karnym w świetle praktyki orzeczniczej sądów USA** 82
Judge or jury prayer at trial as a reason for appeal in criminal proceedings in the light of case law of the United States of America .. 105

Materiały szkoleniowe/Training materials

Jan Wojtasik, prokurator Prokuratury Okręgowej w Zielonej Górze w stanie spoczynku

- Refleksje wynikające z Komentarza do ustawy – Prawo o prokuraturze A. Kiełtyki i Współautorów** 106
Reflection stemming from Commentary of A. Kiełtyka et al. to the Law on the Prosecutor's Office 124

dr Damian Wąsik, prokurator Prokuratury Rejonowej Gdańsk-Śródmieście w Gdańsku, asystent Collegium Medicum UMK w Bydgoszczy

- Tajemnica lekarska w procesie karnym** 125
Medical privacy in criminal proceedings 137

Glosy/Commentaries

do wyroku Trybunału Konstytucyjnego z dnia 20 kwietnia 2017 r., sygn. SK 3/16 (dot. karalności znieważenia) – oprac. prof. dr hab. Marek Kulik	138
<i>to the judgment of the Constitutional Tribunal of 20 April 2017, ref. no.: SK 3/16 (concerns the amenability to a penalty for an insult) – by prof. Marek Kulik</i>	153
do postanowienia Sądu Najwyższego z dnia 8 kwietnia 2016 r., sygn. II KO 7/16 (dot. odroczenia wykonania kary) – oprac. dr Wiesław Juchacz	154
<i>to the Supreme Court judgment of 8 April 2016, ref. no. II KO 7/16 (concerns the postponement of execution of a sentence) – by Wiesław Juchacz, Ph.D.</i>	159

ARTYKUŁY

Paweł Daniluk

Wzbudzenie w zagrożonym uzasadnionej obawy spełnienia groźby w konstrukcji groźby bezprawnej

Streszczenie

W niniejszym tekście, powstałym na kanwie postanowienia SN z dnia 14 września 2017 r. (sygn. I KZP 7/17, LEX nr 2352165), przede wszystkim podjęto próbę wykazania, że wzbudzenie w zagrożonym uzasadnionej obawy spełnienia groźby stanowi element groźby karalnej jako postaci groźby bezprawnej. Ponadto wyrażono pogląd, że w wypadku pozostałych postaci groźby bezprawnej, tj. groźby spowodowania postępowania karnego i groźby rozgłoszenia wiadomości uwłaczającej czci zagrożonego lub jego osoby najbliższej, nie jest konieczne wzbudzenie w zagrożonym uzasadnionej obawy spełnienia tych gróźb.

Analizując piśmiennictwo i orzecznictwo dotyczące art. 115 § 12 k.k. nie sposób oprzeć się wrażeniu, że z biegiem lat coraz bardziej nawarstwiają się kontrowersje i wątpliwości co do wzbudzenia w zagrożonym uzasadnionej obawy spełnienia groźby jako elementu groźby bezprawnej¹. W ostatnim czasie owych kontrowersji i wątpliwości przybyło za sprawą postanowienia SN z dnia 14 września 2017 r.² W postanowieniu tym SN, mimo odmowy

¹ W znacznej części zostały one zrelacjonowane, z szerokim odwołaniem się do piśmiennictwa i orzecznictwa, w postanowieniu SN z dnia 27 marca 2014 r. (sygn. I KZP 2/14, OSNKW 2014, nr 7, poz. 53), do którego należy w tym miejscu odesłać.

² Sygn. I KZP 7/17, LEX nr 2352165.

podjęcia uchwały w trybie art. 441 k.p.k., sformułował dwie zasadnicze tezy w odniesieniu do tytułowego zagadnienia. Jedna z nich („[...] w art. 115 § 12 k.k. zdefiniowano trzy postacie groźby bezprawnej: 1) popełnienia przestępstwa, 2) spowodowania postępowania karnego, 3) rozgłoszenia wiadomości uwłaczającej czci. Z tego przepisu nie da się wywieść, bez uzurpowania sobie przez sąd roli prawotwórczej, że wzbudzenie w zagrożonym uzasadnionej obawy jest elementem gróźb z pkt 2 i 3”) jako trafna zasługuje na aprobatę, druga natomiast („[...] zwrot «groźba, o której mowa w art. 190», zawarty w art. 115 § 12 k.k., dotyczy tylko przedmiotowego zachowania sprawcy, czyli nie obejmuje skutku w postaci wywołania u zagrożonego uzasadnionej obawy spełnienia groźby”) jawi się jako mocno wątpliwa i tą należy poddać szerszej krytyce.

Groźba bezprawna, zgodnie z wyraźnym brzmieniem art. 115 § 12 k.k., mieści w sobie trzy kategorie gróźb. Są to – *verba legis* – „groźba, o której mowa w art. 190”, „groźba spowodowania postępowania karnego” i „groźba (...) rozgłoszenia wiadomości uwłaczającej czci zagrożonego lub jego osoby najbliższej”. Ustawodawca – posługując się w art. 115 § 12 k.k. sformułowaniem „groźba, o której mowa w art. 190” – odsyła do dyspozycji art. 190 § 1 k.k. i tylko do tej dyspozycji. Nie sposób wszak uznać, że wskazanie w art. 115 § 12 k.k. na cały art. 190 k.k. oznacza także odesłanie do jego § 2 oraz do sankcji opisanej w jego § 1. Oczywiście jest przecież, że unormowane tam – odpowiednio – tryb ścigania na wniosek pokrzywdzonego oraz kary za czyn opisany w dyspozycji art. 190 § 1 k.k. są z perspektywy art. 115 § 12 k.k. i przewidzianych tam rodzajów groźby bezprawnej całkowicie irrelewantne.

W dyspozycji art. 190 § 1 k.k. unormowano typ przestępstwa tzw. groźby karalnej. Na jego znamiona składają się m.in. dwa zasadnicze elementy. Po pierwsze, sprawca musi grozić innej osobie popełnieniem przestępstwa na jej szkodę lub szkodę osoby najbliższej (czynność sprawcza). Po drugie, groźba ta musi wzbudzić w zagrożonym uzasadnioną obawę, że będzie spełniona (skutek). Bez łącznego wystąpienia tych dwóch elementów nie można mówić o groźbie karalnej. Nie jest zatem groźbą karalną zagrożenie innej osobie popełnieniem przestępstwa na jej szkodę lub szkodę osoby najbliższej, jeśli groźba ta nie wzbudziła w zagrożonym uzasadnionej obawy, że będzie spełniona.

Wymaga podkreślenia, że art. 115 § 12 k.k. *in principio* ogólnie stanowi, że groźbą bezprawną jest „groźba, o której mowa w art. 190” i nie czyni w zakresie tego odesłania żadnych ograniczeń czy też różnicowań. To zaś nakazuje przyjąć, że mamy tu do czynienia z odesłaniem do art. 190 k.k.

w maksymalnie możliwym zakresie³. A ten maksymalnie możliwy zakres to – jak wynika z wcześniejszych uwag – dyspozycja art. 190 § 1 k.k., gdzie dla zaistnienia groźby karalnej wymagana jest zarówno określona czynność sprawcza, jak i jej skutek. Wszystko to daje podstawę, aby w sposób uprawniony twierdzić, że „groźba, o której mowa w art. 190” to groźba popełnienia przestępstwa na szkodę zagrożonego lub osoby mu najbliższej, która to groźba musi wzbudzić w zagrożonym uzasadnioną obawę, że będzie spełniona⁴.

Powyższe stanowisko wspiera argument z zakresu wykładni historycznej i odwołania się do koncepcji racjonalnego prawodawcy. Otóż trzeba mieć na uwadze, że poprzednikiem obecnie obowiązującego art. 115 § 12 k.k. był art. 120 § 10 k.k. z 1969 r. Przepis ten stanowił: „Groźba bezprawna jest to zarówno groźba, o której mowa w art. 166, jak i groźba spowodowania postępowania karnego lub rozgłoszenia wiadomości uwłaczającej czci zagrożonego lub jego najbliższych; nie stanowi groźby zapowiedź spowodowania postępowania karnego, jeżeli ma ona jedynie na celu ochronę prawa naruszonego przestępstwem”. Z kolei art. 166 k.k. z 1969 r., do którego art. 120 § 10 k.k. z 1969 r. odsyłał, w zakresie swej dyspozycji brzmiał: „Kto grozi innej osobie popełnieniem przestępstwa na jej szkodę lub szkodę najbliższych, jeżeli groźba wzbudza w zagrożonym uzasadnioną obawę, że będzie spełniona”. Jak widać, poprzednie rozwiązanie prawne, bazujące na art. 120

³ Por. A. Spotowski, (w:) I. Andrejew, L. Kubicki, J. Waszczyński (red.), System prawa karnego. O przestępstwach w szczególności, t. IV, cz. 2, Wrocław–Warszawa–Kraków–Gdańsk–Łódź 1989, s. 44, który w poprzednim, aczkolwiek w omawianym zakresie tożsamym, stanie prawnym stwierdzał: „Skoro art. 120 § 10 k.k. postanawia, że groźba bezprawna jest «groźbą, o której mowa w art. 166», to trzeba ten zwrot rozumieć tak, iż chodzi o groźbę wykazującą wszystkie cechy określone w art. 166 k.k.”.

⁴ Warto mieć na uwadze, że stanowisko, iż „groźba, o której mowa w art. 190” to groźba popełnienia przestępstwa na szkodę zagrożonego lub osoby mu najbliższej, która to groźba musi wzbudzić w zagrożonym uzasadnioną obawę, że będzie spełniona, zdecydowanie dominuje w doktrynie (zob. np. J. Bojarski, O. Górniok, (w:) M. Filar (red.), Kodeks karny. Komentarz, Warszawa 2016, s. 815; P. Daniluk, (w:) R. A. Stefański (red.), Kodeks karny. Komentarz, Warszawa 2017, s. 751; J. Giezek, (w:) J. Giezek (red.), Kodeks karny. Część ogólna. Komentarz, Warszawa 2012, s. 708; S. Hypś, (w:) A. Grześkowiak, K. Wiak (red.), Kodeks karny. Komentarz, Warszawa 2017, s. 703; J. Majewski, (w:) W. Wróbel, A. Zoll (red.), Kodeks karny. Część ogólna. Komentarz, t. I, cz. 2, Warszawa 2016, s. 1004; M. Mozgawa, (w:) M. Mozgawa (red.), Kodeks karny. Komentarz, Warszawa 2015, s. 325) i przeważa w orzecznictwie (zob. np. wyrok SN z dnia 7 grudnia 1999 r., sygn. WA 38/99, OSNKW 2000, nr 3–4, poz. 32; postanowienie SN z dnia 27 marca 2014 r., sygn. I KZP 2/14, OSNKW 2014, nr 7, poz. 53; wyrok Sądu Apelacyjnego w Lublinie z dnia 3 października 2013 r., sygn. II AKa 152/13, LEX nr 1388873; wyrok Sądu Apelacyjnego we Wrocławiu z dnia 23 sierpnia 2012 r., sygn. II AKa 227/12, LEX nr 1220370), choć najczęściej pozbawione jest szerszego uzasadnienia. Brak takiego uzasadnienia może wynikać, jak się wydaje, z tego, iż prezentowana tu interpretacja *prima facie* może się jawić jako oczywista, bezpośrednio wynikająca ze sposobu sformułowania art. 115 § 12 k.k. *in principio* i brzmienia art. 190 § 1 k.k.

§ 10 i art. 166 k.k. z 1969 r., było tożsame z obecną konstrukcją normatywną groźby bezprawnej i groźby karalnej. Istotne jest przy tym to, że wykładnia art. 120 § 10 k.k. z 1969 r. *in principio* była jednolita i bezsporna. Mianowicie przyjmowano, że zawarty tam zwrot „groźba, o której mowa w art. 166” to groźba popełnienia przestępstwa na szkodę zagrożonego lub jego najbliższych, która wzbudza w zagrożonym uzasadnioną obawę, że będzie spełniona⁵.

Mając powyższe na uwadze, należy jednocześnie pamiętać, że jednym z założeń koncepcji racjonalnego prawodawcy jest to, że „zna orzecznictwo organów stosujących prawo adekwatne do wprowadzanej przez siebie regulacji, a także zna adekwatną w tym samym względzie literaturę prawniczą”⁶. Innym założeniem tej koncepcji jest z kolei to, że „w przypadku, gdy orzecznictwo lub literatura są zgodne w kwestii pojmowania jakiegoś zwrotu użytego przez prawodawcę, ustawodawca liczy się z tym stanowiskiem”⁷. Przekładając to na analizowane zagadnienie należy stwierdzić, że ustawodawca – rozważając sposób unormowania groźby bezprawnej w Kodeksie karnym z 1997 r. – wiedział, że zawarty w art. 120 § 10 k.k. z 1969 r. zwrot „groźba, o której mowa w art. 166” wykładany jest zgodnie jako groźba popełnienia przestępstwa na szkodę zagrożonego lub jego najbliższych, która wzbudza w zagrożonym uzasadnioną obawę, że będzie spełniona. Był więc świadomy, że konstrukcja normatywna bazująca na art. 120 § 10 i art. 166 k.k. z 1969 r. wiedzie orzecznictwo i doktrynę do jednolitego wniosku, że groźba karalna jako rodzaj groźby bezprawnej to nie tylko opisana w art. 166 k.k. z 1969 r. czynność sprawcza, ale również opisany tam skutek. Jeśli zatem ustawodawca, dysponując taką wiedzą, zdecydował się na to, aby w Kodeksie karnym z 1997 r. zawrzeć konstrukcję normatywną groźby bezprawnej i groźby karalnej, która jest tożsama z istniejącą poprzednio, to musiał jednocześnie aprobować, że utrwalona podczas obowiązywania Kodeksu karnego z 1969 r. wykładnia pozostanie aktualna również na gruncie Kodeksu karnego z 1997 r. Gdyby ustawodawca sprzeciwiał się wykładni, zgodnie z którą groźba karalna jako rodzaj groźby bezprawnej to nie tylko groźba

⁵ Zob. np. wyrok Sądu Apelacyjnego w Poznaniu z dnia 8 listopada 1994 r., sygn. II AKr 252/94, Orzecznictwo Sądów Apelacyjnych 1995, nr 1, poz. 1; I. Dobosz, Odpowiedzialność karna za przestępstwa prasowe, Ruch Prawniczy, Ekonomiczny i Socjologiczny 1985, nr 3, s. 48; W. Gutekunst, (w:) W. Świda (red.), Prawo karne. Część szczególna, Wrocław-Warszawa 1975, s. 120; B. Kunicka-Michalska, (w:) I. Andrejew, L. Kubicki, J. Waszczyński (red.), System prawa karnego. O przestępstwach w szczególności, t. IV, cz. 2, Wrocław-Warszawa-Kraków-Gdańsk-Łódź 1989, s. 694; H. Popławski, Przesłpstwa przeciwko wyborom, Palestra 1984, nr 3-4, s. 40; M. Siewierski, (w:) J. Bafia, K. Mioduski, M. Siewierski, Kodeks karny. Komentarz, Warszawa 1987, s. 362; A. Spotoński, (w:) System prawa karnego..., s. 43-44; M. Surkont, Przesłpstwo zmuszenia w polskim prawie karnym, Gdańsk 1991, s. 82-84.

⁶ M. Zieliński, Wykładnia prawa. Zasady, reguły, wskazówki, Warszawa 2006, s. 298-299.

⁷ M. Zieliński, Wykładnia prawa..., s. 299.

popęnienia przestępstwa, ale również wzbudzenie uzasadnionej obawy jej spełnienia, to przecież nie unormowałyby tego rodzaju groźby w Kodeksie karnym z 1997 r. w sposób tożsamy z Kodeksem karnym z 1969 r., gdzie taka wykładnia nie budziła wątpliwości.

Wobec powyższego uprawnionym wydaje się stwierdzenie, że interpretacja, iż „groźba, o której mowa w art. 190” to groźba popełnienia przestępstwa na szkodę zagrożonego lub osoby mu najbliższej, która to groźba musi wzbudzić w zagrożonym uzasadnioną obawę, że będzie spełniona, jest zgodna z wolą ustawodawcy.

Dodatkowo można zauważyć, że gdyby wolą ustawodawcy było takie ujęcie w ramach art. 115 § 12 k.k. groźby karalnej, które ograniczałoby się do grożenia innej osobie popełnieniem przestępstwa na jej szkodę lub szkodę osoby najbliższej i pomijało skutek opisany w art. 190 § 1 k.k., to powinien on – pomny tego, jak wyglądała wykładnia art. 120 § 10 k.k. z 1969 r. – zastosować inną technikę legislacyjną. Mianowicie nie powinien odsyłać w art. 115 § 12 k.k. do art. 190 k.k., ale wprost postanowić, że groźbą bezprawną jest m.in. groźba popełnienia przestępstwa na szkodę zagrożonego lub osoby mu najbliższej (i tym samym pominąć skutek, o jakim mowa w art. 190 § 1 k.k.). Takie rozwiązanie nie pozostawiłoby wątpliwości, że ustawodawca odcina się od dotychczasowej wykładni groźby karalnej jako rodzaju groźby bezprawnej i staje na stanowisku, że obecnie znaczenie ma tylko określone zachowanie się sprawcy, a nie jego skutek. Warto zauważyć, że wskazywana tu technika legislacyjna w zakresie definiowania groźby była proponowana w projekcie kodeksu karnego z 1956 r., gdzie projektowany art. 96 *in principio* przewidywał: „Groźbę w rozumieniu przepisów Kodeksu karnego stanowi groźba popełnienia przestępstwa przeciwko życiu, zdrowiu, wolności lub mieniu”, a następnie wskazywał na groźbę spowodowania postępowania karnego oraz groźbę rozgłoszenia wiadomości uwłaczających czci zagrożonego lub jego najbliższych⁸. Analogiczną technikę legislacyjną w zakresie definiowania groźby przyjmował również projekt kodeksu karnego z 1963 r., stanowiąc w projektowanym art. 433 § 4, że „groźba obejmuje (...) zapowiedź popełnienia przestępstwa”⁹.

Wszystkie poczynione wyżej ustalenia nakazują krytycznie odnieść się do poglądu wyrażonego w postanowieniu SN z dnia 14 września 2017 r., iż „zwrot «groźba, o której mowa w art. 190», zawarty w art. 115 § 12 k.k., dotyczy tylko przedmiotowego zachowania sprawcy, czyli nie obejmuje skutku w postaci wywołania u zagrożonego uzasadnionej obawy spełnienia groź-

⁸ Projekt kodeksu karnego Polskiej Rzeczypospolitej Ludowej i przepisy wprowadzające, Warszawa 1956, s. 27.

⁹ Projekt kodeksu karnego, Warszawa 1963, s. 88.

by”¹⁰. U podstaw tego poglądu leży, jak wskazuje SN, względ na spójność „z wykładnią systemową i funkcjonalną typów przestępstw materialnych i formalnych (...), do których znamion należy «groźba bezprawna»”.

Zanim przyjdzie się do tej argumentacji odnieść, warto wskazać na inny fragment postanowienia z dnia 14 września 2017 r., w którym SN konstatuje, że zawarte w art. 115 § 12 k.k. odesłanie do art. 190 k.k. (tzw. odesłanie wewnętrzne) „zastosowano jedynie w celu osiągnięcia skrótości tekstu (...), co pozwala na odstąpienie od przypisywania wykładni językowej tego przepisu (art. 115 § 12 k.k. – przyp. autora) decydującej roli”. Wskazane odesłanie rzeczywiście może mieć na celu zapewnienie skrótości tekstu (pomijam tu kwestię, czy nie służy ono także innym celom). Jednakże w żaden sposób nie przesądza to o tym, co zostało skrócone przez wskazanie w art. 115 § 12 k.k. na art. 190 k.k., czy też – innymi słowy – co kryje się pod tym wskazaniem (czy tylko opisana w art. 190 § 1 k.k. czynność sprawcza, czy też również przewidziany tam skutek). Co więcej, jeśli już za wszelką cenę doszukiwać się w omawianym skróceniu tekstu prawnego jakiejś wskazówki interpretacyjnej, to należałoby chyba przyjąć, że odesłanie do art. 190 k.k. obejmuje zarówno opisaną tam czynność sprawczą, jak i jej skutek. Wszak dużo większy sens ma skracanie przez odesłanie rozbudowanego fragmentu „grozi innej osobie popełnieniem przestępstwa na jej szkodę lub szkodę osoby najbliższej, jeżeli groźba wzbudza w zagrożonym uzasadnioną obawę, że będzie spełniona”, niż fragmentu „grozi innej osobie popełnieniem przestępstwa na jej szkodę lub szkodę osoby najbliższej”, który – bez korzystania z odesłania do art. 190 k.k. – można zgrabnie wkomponować w treść art. 115 § 12 k.k. Niezależnie od tych uwag jako dowolne należy ocenić stanowisko SN, zgodnie z którym to, że w art. 115 § 12 k.k. zastosowano tzw. odesłanie wewnętrzne w celu osiągnięcia skrótości tekstu, upoważnia do odstąpienia „od przypisywania wykładni językowej tego przepisu decydującej roli”. Zastosowanie takiego odesłania nie daje bowiem żadnych podstaw, a przynajmniej nie zostały one przez SN wykazane, aby deprecjonować wykładnię językową (zarówno przepisu, który odsyła, jak i przepisu, do którego odesłanie następuje).

Przechodząc już do sygnalizowanej wcześniej argumentacji SN, odwołującej się do spójności „z wykładnią systemową i funkcjonalną typów przestępstw materialnych i formalnych (...), do których znamion należy «groźba bezprawna»”, należy stwierdzić, że jawi się ona jako nieprzekonująca. W ramach tej argumentacji SN wskazuje – po pierwsze – na typy przestępstw, operujących znamieniem groźby bezprawnej, w które ustawodawca „wbudował” wzbudzenie obawy spełnienia groźby, choć nie umieścił tego

¹⁰ Wcześniej analogiczne stanowisko zajął Sąd Apelacyjny w Lublinie w wyroku z dnia 6 września 2012 r., sygn. II AKa 189/12, LEX nr 1217723.

w zespole znamion. Zdaniem SN: „Doprowadzenie przy pomocy groźby do zaistnienia skutku będącego znamieniem tych czynów np. w postaci wywarcia wpływu (art. 128, art. 224 § 1, art. 232 § 1, art. 250) zawiera już w sobie realizację elementu subiektywnego wystąpienia obawy spełnienia groźby (w efekcie, brak takiego ustalenia w opisie czynu nie będzie dekompletował znamion przypisanego przestępstwa)”. Ten wywód, jako oparty na błędnej interpretacji przywołanych typów przestępstw, nie może przekonywać. Przede wszystkim, wbrew temu co twierdzi SN, w tych typach przestępstw nie mamy do czynienia ze znamieniem skutku w postaci wywarcia wpływu. W art. 128 § 3 k.k., co chyba nigdy nie budziło większych wątpliwości, chodzi o zachowanie sprawcy, które nie wiąże się z koniecznością rzeczywistego wywarcia wpływu na czynności urzędowe konstytucyjnego organu Rzeczypospolitej Polskiej¹¹. Również art. 224 § 1 k.k. nie wymaga, aby zachowanie sprawcy wywarło wpływ na czynności urzędowe organu administracji rządowej, innego organu państwowego lub samorządu terytorialnego¹². Analogicznie ma się rzecz z art. 232 § 1 k.k.¹³ i art. 250 k.k.¹⁴ Stąd też omawiana tu argumentacja SN – jako bazująca na błędnych założeniach, które wynikają z wadliwej interpretacji art. 128 § 3, art. 224 § 1, art. 232 § 1 i art. 250 k.k. – musi zostać odrzucona.

Niezależnie od tego należy mieć na uwadze, że istnieją typy przestępstw, które operują znamieniem groźby bezprawnej, a jednocześnie przewidują *expressis verbis* skutek takiego zachowania się sprawcy. Przykładem może tu być, co zresztą zdaje się być również dostrzegane w postanowieniu SN z dnia 14 września 2017 r.¹⁵, typ przestępstwa z art. 197 § 1 k.k. Przewidziany tam skutek to doprowadzenie innej osoby do obcowania płciowego. Tego rodzaju konstrukcja normatywna, która wymaga, żeby groźba bez-

¹¹ Zob. np. S. Hoc, (w:) R. A. Stefański (red.), Kodeks karny. Komentarz, Warszawa 2017, s. 837; P. Hofmański, A. Sakowicz, (w:) M. Filar (red.), Kodeks karny. Komentarz, Warszawa 2016, s. 883; P. Kardas, (w:) A. Zoll (red.), Kodeks karny. Część szczególna. Komentarz, t. 2, Kraków 1999, s. 68; N. Kłaczyńska, (w:) J. Giezek (red.), Kodeks karny. Część szczególna. Komentarz, Warszawa 2014, s. 75; I. Zgoliński, (w:) V. Konarska-Wrzeszek (red.), Kodeks karny. Komentarz, Warszawa 2016, s. 656–657.

¹² Zob. np. O. Górniok, (w:) O. Górniok, S. Hoc, S. M. Przyjemski, Kodeks karny. Komentarz, t. III, Gdańsk 1999, s. 232–233; E. M. Guzik-Makaruk, E. W. Pływaczewski, (w:) M. Filar (red.), Kodeks karny. Komentarz, Warszawa 2016, s. 1365; A. Zoll, (w:) A. Zoll (red.), Kodeks karny. Część szczególna. Komentarz, t. 2, Kraków 1999, s. 725.

¹³ Zob. np. O. Górniok, (w:) O. Górniok, S. Hoc, S. M. Przyjemski, Kodeks karny..., s. 257; A. Herzog, (w:) R. A. Stefański (red.), Kodeks karny. Komentarz, Warszawa 2017, s. 1521; M. Szewczyk, (w:) A. Zoll (red.), Kodeks karny. Część szczególna. Komentarz, t. 2, Kraków 1999, s. 788.

¹⁴ Zob. np. W. Kozielowicz, (w:) R. A. Stefański (red.), Kodeks karny. Komentarz, Warszawa 2017, s. 1564; M. Szewczyk, (w:) Kodeks karny..., s. 877; M. Szwarczyk, (w:) T. Bojarski (red.), Kodeks karny. Komentarz, Warszawa 2016, s. 739.

¹⁵ Zob. także postanowienie SN z dnia 27 marca 2014 r., sygn. I KZP 2/14, OSNKW 2014, nr 7, poz. 53.

prawna spowodowała ów skutek, co wiąże się z jej realnością, w żadnym razie nie podważa jednak tego, że w art. 115 § 12 k.k. mamy do czynienia z odesłaniem do art. 190 § 1 k.k. w zakresie zarówno czynności sprawczej, jak i przewidzianego tam skutku.

Dalej SN wskazuje na przepisy typizujące, które chronią przede wszystkim „dobra o charakterze ogólniejszym”, a udzielana przez nie ochrona „dobrom indywidualnym” jest na dalszym planie. Wskazywane są tu m.in. art. 224 § 2 k.k. (gdzie głównym przedmiotem ochrony jest prawidłowa działalność instytucji państwowych oraz samorządu terytorialnego, a dodatkowym przedmiotem ochrony – wolność funkcjonariusza publicznego lub osoby do pomocy mu przybranej) i art. 245 k.k. (gdzie głównym przedmiotem ochrony jest prawidłowe funkcjonowanie wymiaru sprawiedliwości, a dodatkowym przedmiotem ochrony – wolność i nietykalność cielesna wskazanych w tym przepisie osób). W odniesieniu do tego rodzaju typów przestępstw SN wywodzi, że skoro chronią one przede wszystkim ponadindywidualne dobra prawne i nie wymagają zaistnienia zamierzonego przez sprawcę skutku, to „trudno przyjmować, aby dokonanie takiego przestępstwa uzależniać nadto od powstania u zagrożonego uzasadnionej obawy spełnienia groźby popełnienia przestępstwa (a już nie – od obawy spełnienia którejś z pozostałych postaci gróźb bezprawnych)”¹⁶. Ta argumentacja – wyrażająca wątpliwość co do uzależnienia realizacji znamion przestępstw, które stypizowano przede wszystkim w celu ochrony dóbr ponadindywidualnych, od powstania u indywidualnie pokrzywdzonego uzasadnionej obawy spełnienia groźby – jest niewątpliwie interesująca. Jednakże nie może ona przemawiać za tym, że art. 115 § 12 k.k., odsyłając do art. 190 k.k., odsyła jedynie do opisanej tam czynności sprawczej.

To, że takie przepisy, jak art. 224 § 2 i art. 245 k.k. chronią pierwszoplanowo dobra ponadindywidualne nie zmienia tego, że ich przedmiotem ochrony są również indywidualne dobra prawne. Co więcej, w omawianych typach przestępstw ochrona obu tych kategorii dóbr prawnych jest ściśle zależna. Ustawodawca, konstruując np. art. 224 § 2 k.k., zakłada wszak, że jeśli zastosowana przez sprawcę groźba popełnienia przestępstwa nie wzbudza w zagrożonym uzasadnionej obawy spełnienia, to nie zagraża ona jego dobrom indywidualnym, a tym samym – jako niegroźna – nie zagraża również prawidłowej działalności instytucji państwowych oraz samorządu terytorialnego. Taka konstrukcja typu przestępstwa, który chroni dobra indywidualne i ponadindywidualne, jest racjonalna i współgra z wykładnią, iż art. 115 § 12 k.k. odsyła do art. 190 § 1 k.k. w zakresie zarówno czynności sprawczej, jak i przewidzianego tam skutku. To zaś, że wątpliwości może

¹⁶ Podobnie SN w postanowieniu z dnia 27 marca 2014 r., sygn. I KZP 2/14, OSNKW 2014, nr 7, poz. 53.

wzbudzać brak powiązania w art. 115 § 12 k.k. pozostałych rodzajów gróźb (groźby spowodowania postępowania karnego i groźby rozgłoszenia wiadomości uwłaczającej czci zagrożonego lub jego osoby najbliższej) ze skutkiem w postaci wzbudzenia w zagrożonym uzasadnionej obawy ich spełnienia, nie może prowadzić do odrzucenia prawidłowej wykładni art. 115 § 12 k.k. w zakresie groźby karalnej. Rzeczne wątpliwości powinny raczej skłaniać do sformułowania stosownych postulatów *de lege ferenda*.

Ponadto nie sposób nie wyrazić wątpliwości, czy zastosowana przez SN interpretacja, polegająca na odczytywaniu art. 115 § 12 k.k. przez pryzmat jego spójności „z wykładnią systemową i funkcjonalną typów przestępstw materialnych i formalnych (...), do których znamion należy «groźba bezprawna»”, jest w ogóle uprawniona. Czy w świetle uznanych reguł wykładni można zaakceptować postępowanie SN, który niejako odwraca rolę analizowanych przepisów i zamiast wyklądać przepisy typizujące, w których mowa o groźbie bezprawnej, z zastosowaniem wskazań definicji legalnej tej groźby, interpretuje ową definicję przez odwołanie się do konstrukcji i funkcji przepisów typizujących? Wydaje się, że w postanowieniu z dnia 14 września 2017 r. nie przykładana jest należytej wagi do tego, że art. 115 § 12 k.k. zawiera definicję legalną, a więc jest regulacją o szczególnej wadze interpretacyjnej. Ta szczególna waga art. 115 § 12 k.k. nie oznacza oczywiście, że przepis ten nie podlega interpretacji, w tym z zastosowaniem systemowych i funkcjonalnych metod wykładni. Jednakże należy mieć na uwadze, że w sytuacji, kiedy dana definicja legalna jest „na gruncie interpretacyjnych reguł językowych jednoznaczna”¹⁷ (a o takiej jednoznaczności można chyba mówić w omawianym wypadku, gdy art. 115 § 12 k.k. stanowi wyraźnie, że groźbą bezprawną jest „groźba, o której mowa w art. 190”, i nie czyni w zakresie tego odesłania żadnych ograniczeń czy też różnicowań), to nie można tego jednoznacznego znaczenia przełamać z powołaniem się na pozajęzykowe reguły wykładnicze.

Nie należy przy tym tracić z pola widzenia i tego, że zaprezentowana w postanowieniu z dnia 14 września 2017 r. wykładnia groźby karalnej jako rodzaju groźby bezprawnej prowadzi do istotnego poszerzenia zakresu tego pojęcia. Wszak, zgodnie z tą wykładnią, dla zaistnienia groźby karalnej wystarczy samo zachowanie się sprawcy polegające na groźeniu innej osobie popełnieniem przestępstwa na jej szkodę lub szkodę osoby najbliższej, i nie jest ona limitowana – wbrew wynikom wykładni językowej art. 115 § 12 w zw. z art. 190 § 1 k.k. – koniecznością wzbudzenia w zagrożonym uzasadnionej obawy spełnienia. Mamy tu zatem do czynienia z zabronioną w prawie karnym wykładnią rozszerzającą na niekorzyść sprawcy (wykładni

¹⁷ M. Zieliński, Wykładnia prawa..., s. 212.

takiej zakazuje przede wszystkim art. 42 ust. 1 Konstytucji RP, wyrażający m.in. zasadę *nullum crimen, nulla poena sine lege stricta*).

Wobec powyższego nie można w sposób uprawniony twierdzić, jak czyni to SN w postanowieniu z dnia 14 września 2017 r., że art. 115 § 12 k.k. *in principio* odsyła tylko do opisanej w art. 190 § 1 k.k. czynności sprawczej, z pominięciem przewidzianego tam skutku. Zwrot „groźba, o której mowa w art. 190” należy rozumieć jako groźbę popełnienia przestępstwa na szkodę zagrożonego lub osoby mu najbliższej, która to groźba musi wzbudzić w zagrożonym uzasadnioną obawę, że będzie spełniona.

O ile ujęta w art. 115 § 12 k.k. groźba karalna musi wzbudzić w zagrożonym uzasadnioną obawę jej spełnienia, o tyle w odniesieniu do pozostałych rodzajów groźby bezprawnej wymogu takiego nie przewidziano. Przesądza o tym jednoznaczne brzmienie art. 115 § 12 k.k., w którym – w omawianym zakresie – mowa wyłącznie o groźbie spowodowania postępowania karnego i groźbie rozgłoszenia wiadomości uwłaczającej czci zagrożonego lub jego osoby najbliższej, bez wskazania na wymagany skutek tych gróźb. Konstrukcja omawianego przepisu nie daje również żadnych podstaw aby uznać, że zawarte tam odesłanie do art. 190 k.k., w tym do przewidzianego w tym przepisie skutku, oddziałuje na pozostałe postacie groźby bezprawnej w ten sposób, że także i one muszą wzbudzić w zagrożonym uzasadnioną obawę spełnienia.

Dokonane w ramach art. 115 § 12 k.k. zróżnicowanie postaci groźby bezprawnej, polegające na tym, że tylko groźba karalna musi wzbudzić w zagrożonym uzasadnioną obawę jej spełnienia, może wywoływać wątpliwości co do prawidłowości takiego zabiegu legislacyjnego. W doktrynie nie bez racji wskazuje się, iż trudno racjonalnie wytłumaczyć to, że groźba popełnienia przestępstwa musi wywołać uzasadnioną obawę jej spełnienia, zaś co do zasady lżejsze gatunkowo pozostałe rodzaje groźby bezprawnej nie zawierają takiego wymogu¹⁸. Obserwacja ta nie może jednak prowadzić do przyjęcia takiej wykładni art. 115 § 12 k.k., zgodnie z którą – ze względów funkcjonalnych – również w odniesieniu do groźby spowodowania postępowania karnego i groźby rozgłoszenia wiadomości uwłaczającej czci zagrożonego lub jego osoby najbliższej wymagany jest skutek w postaci wzbudzenia w zagrożonym uzasadnionej obawy jej spełnienia¹⁹. Wykładnia taka byłaby bowiem niespójna z jednoznacznym brzmieniem art. 115 § 12 k.k., który – co należy jeszcze raz podkreślić – normuje definicję legalną. Tym-

¹⁸ Zob. zwłaszcza J. Majewski, (w:) Kodeks karny..., s. 1007–1008.

¹⁹ Wykładnię taką lub zbliżoną prezentują A. Michalska-Warias, (w:) T. Bojarski (red.), Kodeks karny. Komentarz, Warszawa 2016, s. 310–311; S. Hypś, (w:) Kodeks karny..., s. 703; J. Majewski, (w:) Kodeks karny..., s. 1007–1008; A. Wąsek, (w:) M. Kalitowski, Z. Sienkiewicz, J. Szumski, L. Tyszkiewicz, A. Wąsek, Kodeks karny. Komentarz, t. II, Gdańsk 2001, s. 403 i 404.

czasem, o czym była już mowa, w sytuacji, kiedy definicja legalna jest „na gruncie interpretacyjnych reguł językowych jednoznaczna”, to nie można tego jednoznacznego znaczenia przełamać z powołaniem się na pozajęzykowe reguły wykładnicze.

Dlatego też z aprobatą należy się odnieść do stanowiska SN, który w postanowieniu z dnia 14 września 2017 r. – z jednej strony – dostrzega pewne wątpliwości co do dokonanego w ramach art. 115 § 12 k.k. zróżnicowania postaci groźby bezprawnej w zakresie ich skutku, z drugiej jednak – kategorycznie stwierdza: „(...) w art. 115 § 12 k.k. zdefiniowano trzy postacie groźby bezprawnej: 1) popełnienia przestępstwa, 2) spowodowania postępowania karnego, 3) rozgłoszenia wiadomości uwłaczającej czci. Z tego przepisu nie da się wywieść, bez uzurpowania sobie przez sąd roli prawotwórczej, że wzbudzenie w zagrożonym uzasadnionej obawy jest elementem gróźb z pkt 2 i 3”²⁰.

Instilling reasonable fear of threat realisation into an individual threatened within unlawful threat constructs

Abstract

On the basis of the Supreme Court decision of 14 September 2017 (I KZP 7/17, LEX no. 2352165), this paper tries to demonstrate that instilling reasonable fear of threat realisation into an individual threatened constitutes an element of a punishable threat seen as a form of an unlawful threat. Moreover, the opinion is formulated that other forms of an unlawful threat, i.e. a threat of causing the institution of criminal proceedings or a threat of disseminating derogatory information concerning an individual threatened or their next of kin, do not require such instilling of reasonable fear of realisation into an individual threatened.

²⁰ Wykładnia, zgodnie z którą również groźba spowodowania postępowania karnego i groźba rozgłoszenia wiadomości uwłaczającej czci muszą wzbudzić w zagrożonym uzasadnioną obawę spełnienia, została poddana zdecydowanej krytyce także w postanowieniu SN z dnia 27 marca 2014 r. (sygn. I KZP 2/14, OSNKW 2014, nr 7, poz. 53). Sąd ten zarzucił jej wówczas „dopisanie” do definicji legalnej z art. 115 § 12 k.k. „elementu, którego nie umieszczono w niej na drodze legislacyjnej”, co „wykracza poza ramy wykładni – nawet kreatywnej – i staje się udziałem w procesie tworzenia prawa, co nie powinno być rolą interpretatora”. I dalej: „Dążenie do obrony założenia o racjonalności ustawodawcy nie wydaje się (...) argumentem wystarczającym do uzasadnienia wykładni tworzącej część normy – brakującą zdaniem interpretatora”.

Marta Mozgawa-Saj

Przestępstwa znieważenia oraz ograbienia zwłok, grobu i miejsca spoczynku zmarłego (art. 262 § 1 i 2 k.k.)

Streszczenie

Przedmiotem artykułu jest analiza ustawowych znamion przestępstw sty-pizowanych w art. 262 § 1 (znieważenie zwłok, prochów ludzkich lub miejsca spoczynku zmarłego) oraz w art. 262 § 2 (ograbianie zwłok, grobu lub innego miejsca spoczynku zmarłego). Zwrócono uwagę również na zmiany w ujmowaniu tych przestępstw w ustawach karnych obowiązujących na ziemiach polskich w XX w. i obecnie. Przeprowadzono analizę złożonej problematyki zbiegu przepisów, która pokazała, że przepisy art. 262 k.k. często pozostają w rzeczywistym właściwym zbiegu z innymi przepisami (np. z art. 195 § 2 k.k., 288 § 1 lub 2 k.k., art. 256 § 1 k.k., art. 279 § 1 k.k., art. 108 ust. 1 ustawy z dnia 23 lipca 2003 r. o ochronie zabytków i opiece nad zabytkami). Statystyki wskazują, że liczba przestępstw z art. 262 (ujmowanych łącznie – § 1 i 2) jest znaczna (np. 1515 przestępstw stwierdzonych w 2013 r.), przy czym w $\frac{3}{4}$ są to przestępstwa z art. 262 § 2 k.k. Niewielka jest liczba podejrzanych o analizowane przestępstwa, a jeszcze mniejsza skazanych prawomocnie (np. 96 osób w roku 2016).

Uwagi wstępne

Przestępstwa znieważenia zwłok, prochów ludzkich lub miejsca spoczynku zmarłego (art. 262 § 1) i ograbiania zwłok, grobu lub innego miejsca spoczynku zmarłego (art. 262 § 2 k.k.) jest typem czynu zabronionego, który już tradycyjnie ujmowany jest w polskich kodeksach karnych XX wieku (art. 168–169 k.k. z 1932 r., art. 197 k.k. z 1969 r., art. 262 k.k. z 1997 r.), choć prezentowane w tych ustawach ujęcia są zróżnicowane¹. Na uwagę zasługuje fakt, że – jak pokazują statystyki – przestępstw tych jest stosunkowo dużo. I tak, jak wynika z danych uzyskanych w KG Policji, w 2010 r. było ich 1086, w 2013 – 1515, zaś w 2016 – 724. Niestety, statystyki zazwyczaj uj-

¹ R. A. Stefański, Przestępstwo znieważenia zwłok, prochów ludzkich lub grobu (art. 262 k.k.), Prok. i Pr. 2004, nr 20, s. 19.

mują łącznie przestępstwo z art. 262 § 1 z przestępstwem z art. 262 § 2, co zaciemnia nieco obraz zjawiska. Udało się ustalić jedynie dane szczegółowe za lata 2013 (łączna liczba przestępstw – 1515; z § 1 – 337, z § 2 – 1178) i 2014 (łączna liczba przestępstw: 1229; z § 1 – 298, z § 2 – 931). Jak widać w latach tych zdecydowanie dominują przestępstwa z art. 262 § 2 k.k. (ograbianie zwłok, grobu, miejsc spoczynku zmarłego) stanowiąc ok. $\frac{3}{4}$ ogółu przestępstw stwierdzonych z art. 262 § 1 i 2. Stosunkowo niewielka jest liczba podejrzanych o analizowane przestępstwa (w roku 2013 – 143; w tym 36 z § 1 i 107 z § 2; w roku 2014 – 130; w tym 43 z § 1 i 87 z § 2²), co związane jest zapewne z niewielkim wskaźnikiem wykrywalności tych przestępstw. Siłą rzeczy niewielka jest też liczba skazań: w 2013 r – 127, w tym 13 z § 1; w 2014 – 114, w tym 24 z § 1; w 2015 – 67, w tym 11 z § 1; w 2016 – 96, w tym 21 z § 1³. Poniżej przedstawione zostaną uwagi historyczne dotyczące zmian w ujmowaniu przestępstw określonych tytułem (z ograniczeniem czasowym do ustawodawstwa obowiązującego na ziemiach polskich w XX w. i obecnie), analiza ustawowych znamion, kwestie zbiegu przepisów oraz wymiaru kary.

Rys historyczny

Jak trafnie zauważył W. Makowski „wszystkie trzy kodeksy dzielnicowe w grupie przestępstw religijnych mówią o „sponiewieraniu zwłok”, jakkolwiek stan faktyczny tego przestępstwa występuje w rozmaitym układzie”⁴. I tak w StGB z 1871 r. w grę wchodzi § 168 (znajdujący się w rozdziale jedenastym „Występki przeciwko religii”) stanowiący, iż „kto samowolnie zabiera ciało umarłego z pod opieki upoważnionych do tego osób, podobnież, kto samowolnie grób burzy albo uszkadza, wreszcie kto na grobie dopuszcza się obelżywej swawoli, ulegnie karze więzienia do lat dwóch; można także orzec utratę czci obywatelskiej”. W austriackiej ustawie karnej z 1852 r. omawiane przestępstwo znajdowało się w § 306 (znajdującym się w rozdziale V „O występkach i wykroczeniach przeciw publicznemu spokojowi i porządkowi”) o następującej treści: „Kto ze złośliwości lub swawoli uszkadza

² Zwraca uwagę fakt, że dane uzyskane z KG Policji różnią się nieco od tych opublikowanych na stronie Policji <http://statystyka.policja.pl/st/kodeks-karny/przestepstwa-przeciwko-13/63618,Zniewazenie-zwlok-ludzkich-ograbienie-grobu-art-262.html>. I tak na stronie internetowej Policji w roku 2011 wskazano 1625 przestępstw stwierdzonych z art. 262 § 1 i 2 łącznie (a w Krajowym Systemie Informacyjnym Policji jest ich 1620), zaś w roku 2014 na stronie internetowej widnieje liczba 1223 przestępstw (a w KSIP – 1229).

³ Bliżej o kwestiach tych piszę przy omawianiu wymiaru kary w dalszej części opracowania.

⁴ W. M a k o w s k i, *Prawo karne. O przestępstwach w szczególności. Wykład porównawczy ze stanowiska prawa karnego austriackiego, niemieckiego i rosyjskiego, obowiązującego w Polsce*, Warszawa 1924, s. 201.

grobowce przeznaczone dla zwłok ludzkich, otwiera bezprawnie groby i stamtąd albo z innych miejsc na przechowanie przeznaczonych zabiera samowolnie zwłoki ludzkie lub ich poszczególne części, albo dopuszcza się znieważenia zwłok ludzkich, staje się winnym występku i należy go karać ścisłym aresztem od jednego do sześciu miesięcy. Z grabieżami zaś popełnionymi z chęci zysku na grobowcach, w grobach albo na zwłokach, należy postąpić jak z kradzieżami (§ 172 i 460⁵).

Szczególnie kazuistyczne ujęcie analizowanych przestępstw widoczne jest w rosyjskim kodeksie karnym z 1903 r. I tak w części drugiej („Pogwałcenie przepisów ochraniających religię”) przepisy mówią o pochowaniu chrześcijanina bez obrzędów chrześcijańskich (art. 78⁷) oraz o sponiewieraniu zwłok (art. 79). Na szczególną uwagę zasługują tu przepisy art. 79. I tak stosownie do art. 79 cz. 1 winny porwania lub czynnego sponiewierania zmarłego, pochowanego lub jeszcze niepochowanego, podlegał karze więzienia od jednego roku do trzech lat. Jeżeli sprawca przy tym „dopuszczył się na trupie, czynu obrażającego moralność” podlegał on karze więzienia od trzech do sześciu lat (art. 79. cz. 2). Jeśli powyższe czyny zostały dokonane wskutek zabobonu, nierozsądku, ciemnoty lub w stanie nietrzeźwym, winny podlegał karze więzienia do sześciu miesięcy (art. 79 cz. 3)⁸. W części dziewiątej kodeksu („Pogwałcenie przepisów zabezpieczających zdrowotność publiczną” – art. 221), zawarto przepisy mówiące m.in. o pochowaniu zmarłego poza cmentarzem, ukryciu zwłok bez pogrzebu czy bezprawnej ekshumacji⁹. W grupie przestępstw przeciwko wymiarowi sprawiedliwości

⁵ § 172: „Kradzież staje się zbrodnią albo wskutek kwoty, albo wskutek jakości czynu, albo wskutek właściwości rzeczy skradzionej, albo wskutek przymiotu sprawcy”. § 460: „Wszystkie kradzieże, które nie nadają się do ukarania jako zbrodni według przepisów § § 172 do 176, należy ukarać jako przekroczenia aresztem zwykłym albo ścisłym od tygodnia do sześciu miesięcy, a nawet stosownie do okoliczności karę obostrzyć”.

⁶ Por. J. Przeworski, Ustawa karna austriacka o zbrodniach, występkach i przekroczeniach z dnia 27 maja 1852, N° 117 DPP, obowiązująca w okręgach sądów apelacyjnych w Krakowie i we Lwowie oraz sądu okręgowego w Cieszynie, Warszawa 1924, s. 221. Jak pisał E. Krzymuski mówiąc o znieważaniu zwłok ludzkich należy mieć na myśli „dopuszczenie się wobec nich takiego czynu, który uwłacza czci, jaka się od żyjących zmarłym należy”. Zdaniem tego autora „podpadałby pod § 306 także wdowiec, któryby na zwłokach żony dopuścił się nierządu”. E. Krzymuski, Wykład prawa karnego ze stanowiska nauki i prawa austriackiego, t. II, Kraków 1902, s. 503 i 504.

⁷ Art. 78: „Winny pochowania chrześcijanina bez obrzędu chrześcijańskiego, jeśli wezwanie osoby duchownej właściwego wyznania w celu dokonania powyższego obrzędu religijnego nie stanowiło szczególnej trudności, ulegnie karze aresztu na czas do trzech miesięcy”.

⁸ Por. bliżej na temat tych przestępstw: W. Makowski, Kodeks karny obowiązujący tymczasowo w Rzeczypospolitej Polskiej na ziemiach b. zaboru rosyjskiego, t. II, Warszawa 1921, s. 20–23.

⁹ Art. 221: „Winny: 1) pochowania zmarłego poza cmentarzem, bez odpowiedniego zezwolenia, 2) niezachowania wydanych w drodze ustawy lub rozporządzenia przepisów grzebania lub ekshumacji zwłok, sprowadzania ich z zagranicy lub przewożenia, 3) ukrycia zwłok bez

(część siódma „Przeciwdziałanie wymiarowi sprawiedliwości”) zawarto przepis kryminalizujący pochowanie zwłok bez sekcji (art. 171¹⁰), wreszcie w części trzydziestej („Uszkodzenie mienia, środków komunikacji, znaków ostrzegawczych, granicznych i tym podobnych lub innych przedmiotów”). Art. 554 stanowił, że winny uszkodzenia mogiły lub nagrobka, jeżeli uszkodzenia dopuścił się bez zamiaru sponiewierania zmarłego, ulegnie karze więzienia do jednego roku (a usiłowanie będzie karane). Mając powyższe rozwiązania na uwadze Komisja Kodyfikacyjna zasadnie zauważyła: „Odstraszający przykład takiej kazuistyki wskazuje na konieczność możliwie łącznego traktowania tych czynów typów przestępnych, które skierowane są czy to wprost przeciwko zwłokom zmarłego człowieka, czy też miejscu spoczynku lub sposobów postępowania ze zwłokami. Idąc tą drogą, k.k. uznał za możliwe ograniczyć się do dwóch stanów faktycznych. W jednym zgrupowane są działania, które cechuje złośliwość, a więc będą tu należały: sponiewieranie czy znieważenie zwłok lub miejsca spoczynku, złośliwe przeszkadzanie pogrzebowi lub obrządkowi religijnemu. Grupy tej nie umieszczono w dziale przestępstw religijnych, ponieważ mogą być miejsca przechowania zwłok, pogrzeby itp. nie związane z charakterem religijnym miejsca lub obrzędu. Gdyby zaś te dwa czyny łączyły się ze sobą, tj. gdyby znieważenie zwłok lub nagrobka połączone było ze znieważeniem miejsca, przeznaczonego do wykonywania obrzędów religijnych lub samego obrzędu (art. 173 i 174 k.k.), mielibyśmy do czynienia ze zbiegiem idealnym przestępstw. Drugi stan faktyczny nieprawego postępowania ze zwłokami jest pozbawiony cech złośliwości i znieważenia czy to trupa, czy też miejsca obrzędu. Chodzi tam o bezprawne zabranie zwłok spod opieki osoby uprawnionej. Ten drugi wypadek tembardziej nadawał się do umieszczenia w grupie przestępstw przeciwko porządkowi publicznemu¹¹. Zgodnie z powyższym w k.k. z 1932 r. analizowane czyny zabronione zostały umieszczone w rozdziale XXV („Przestępstwa przeciwko porządkowi publicznemu”), w art. 168 i 169¹². I tak, stosownie do art. 168, znieważanie zwłok ludzkich lub

pogrzebu, 4) niezachowania wydanych w drodze ustawy lub rozporządzenia przepisów co do urządzenia lub zabezpieczenia istniejących cmentarzy lub zabezpieczenia cmentarzy zniesionych: podlega karze aresztu do jednego miesiąca lub grzywny do czterech tysięcy marek polskich”.

¹⁰ Art. 171: „Winny pochowania lub ukrycia bez pogrzebu zmarłego przed dokonaniem sądo-lekarskich oględzin zwłok, które miały podlegać oględzinom, o czym winny wiedział, jeśli przy tym nie było zamiaru ukrycia śladów zbrodni lub występku, ulegnie karze: aresztu na czas do trzech miesięcy lub grzywny do dwunastu tysięcy marek polskich”.

¹¹ Kom. Kod. V, nr 4, 93 i 94. Cyt. za W. M a k o w s k i m, Kodeks karny. Komentarz, Warszawa 1933, s. 422.

¹² Takie samo ujęcie jak w art. 168 i 169 k.k. z 1932 r. zwarte było we wcześniejszych projektach (art. 75 i 76 projektu części szczególnej kodeksu karnego z 1929 r.) – Komisja Kodyfikacyjna Rzeczypospolitej Polskiej, Sekcja Prawa Karnego, t. IV, zeszyt 3, Lwów 1929,

miejsca spoczynku zmarłego albo złośliwe przeszkadzanie pogrzebowi lub obrzędowi żałobnemu zagrożone było karą aresztu do lat 2. Przepis art. 169 kryminalizował (pod groźbą kary aresztu do 6 miesięcy lub grzywny) zabranie z posiadania osoby uprawnionej zwłok ludzkich lub ich części. Należy również pamiętać, że w art. 174 przewidziano odpowiedzialność karną za złośliwe przeszkadzanie publicznemu zbiorowemu wykonywaniu aktu religijnego uznanego prawnie wyznania lub związku religijnego¹³. Jak podnosiła Komisja Kodyfikacyjna „Każdą czynność religijna zasługuje na ochronę, gdyż każda jest wynikiem tej czy innej religii. Z tego względu pogrzeb w asystencji duchownego danego wyznania będzie także aktem religijnym. O ileby pogrzeb taki był pozbawiony czynnika religijnego, w takim razie złośliwe przeszkadzanie tego rodzaju uroczystości podpadnie pod pojęcie przestępstwa przeciwko porządkowi publicznemu (art. 168)¹⁴”.

Należy zwrócić uwagę, że w okresie powojennym aktem prawnym, który również odnosił się do analizowanej problematyki był dekret z dnia 13 czerwca 1946 r. o przestępstwach szczególnie niebezpiecznych w okresie odbudowy Państwa¹⁵ (tzw. m.k.k.), który w art. 26 przewidywał karę więzienia do lat 5 lub aresztu za znieważanie lub uszkodzenie zwłok bądź miejsca spoczynku żołnierza Wojska Polskiego lub sprzymierzonego albo osoby, która padła ofiarą zbrodniczych działań faszystowskich. W art. 27 przewidziany był typ kwalifikowany (w stosunku do art. 25¹⁶ i 26), gdy sprawca czynu działał w okolicznościach szczególnie obciążających) zagrożony karą więzienia do lat 10. W doktrynie wskazywano, że przepis art. 26 m.k.k. był (ze względu na przedmiot czynności wykonawczej) przepisem szczególnym do art. 168 k.k. z 1932 r.¹⁷ W wyroku z dnia 26 stycznia 1959 r., sygn. IV K 1144/58¹⁸, SN stwierdził, „Wykopywanie na terenie oświęcimskiego obozu zagłady z ziemi prochów i szczątków zwłok ludzkich po krematoryjnym ich spaleniu, w celu szukania w nich złota, stanowi znieważenie miejsca spoczynku i zwłok osób, które padły ofiarą zbrodniczych działań faszystowskich, o którym mowa w art. 26 m.k.k. (...) Miejsce pochowania zwłok w stanie po krematoryjnym spaleniu w hitlerowskim obozie koncentracyjnym jest »miejscem spoczynku osób,

s. 17–18 oraz art. 160–161 projektu z 1930 r. – Komisja Kodyfikacyjna Rzeczypospolitej Polskiej, Sekcja Prawa Karnego, t. V, zeszyt 2, Lwów 1930, s. 34.

¹³ Za czyn ten groziła kara aresztu do lat 2. Por. bliżej na ten temat. J. Makarewicz, Kodeks karny z komentarzem, Lwów 1932, s. 272.

¹⁴ Kom. Kod. V, nr 4, s. 100 i 101. Cyt. za W. Makowskim, Kodeks..., s. 430.

¹⁵ Dz. U. z 1946 r., Nr 30, poz. 192 z dnia 12 lipca 1946 r.

¹⁶ Art. 25: „Kto znieważa, uszkodza lub usuwa wystawione publicznie: 1) godło, chorągiew lub inny znak państwowy polski, albo państwa sprzymierzonego; 2) pomnik lub inne dzieło, wzniesione w celu uczczenia lub upamiętnienia zdarzeń lub osób, podlega karze więzienia do lat 5 lub aresztu”.

¹⁷ R. A. Stefański, *Przestępstwo*, s. 19.

¹⁸ LEX nr 168942.

które padły ofiarą zbrodniczych działań faszystowskich» w rozumieniu art. 26 m.k.k. Okoliczność, że teren miejsca spoczynku zmarłych ofiar zbrodni hitlerowskich nie jest ogrodzony ani oznaczony granicami, nie odbiera temu terenowi charakteru miejsca spoczynku zmarłych¹⁹.

Projekt k.k. z 1956 r. nie przewidywał odpowiedników art. 168 i 169 k.k. z 1932 r. Jedynie w art. 241 § 2 (umieszczonym w rozdziale XIX „Przestępstwa przeciwko porządkowi publicznemu”) znajdujemy typ przestępstwa polegający na „znieważeniu grobu żołnierza wojska polskiego lub sojuszniczego albo osoby szczególnie zasłużonej dla Narodu Polskiego lub międzynarodowego ruchu robotniczego” (zagrożony karą pobawienia wolności od roku do lat 5). Interesujące rozwiązanie zostało przedstawione w projekcie k.k. z 1963 r. (w art. 424–425, zamieszczonych w rozdziale XXXIII „Przestępstwa przeciwko porządkowi publicznemu”). I tak w art. 424 § 1 penalizowano znieważanie zwłok lub prochów ludzkich albo miejsca spoczynku zmarłego, w szczególności przez dewastowanie grobu, niszczenie, uszkodzenie lub usuwanie nagrobka bądź zwłok lub prochów ludzkich. Przestępstwo to było zagrożone karą pozbawienia wolności do lat 3. Tej samej karze podlegał ten, kto złośliwie przeszkadzał pogrzebowi lub obrzędowi żałobnemu (art. 424 § 2). Stosownie do art. 424 § 3 usiłowanie przestępstwa określonego w § 1 lub 2 było karalne²⁰. Typ kwalifikowany stygizowny został w art. 424 § 4; jeżeli czyn określony w § 1 polegał na ograbieniu zwłok albo grobu lub innego miejsca spoczynku zmarłego, wówczas sprawca podlegał karze pozbawienia wolności od roku do lat 10. Stosownie do art. 425 § 1 (będącego odpowiednikiem art. 169 k.k. z 1932 r.), kto zabierał z posiadania osoby uprawnionej zwłoki lub ich części albo prochy ludzkie, podlegał karze pozbawienia wolności do 6 miesięcy albo grzywny; usiłowanie było karalne

¹⁹ Z kolei w wyroku z dnia 19 lutego 1958 r., sygn. IV K 664/57 SN, LEX nr 178841 SN stwierdził: „Skoro oskarżeni według ustaleń Sądu „w sposób świadomy w poszukiwaniu za kosztownościami, rozkopali miejsca, w których znajdowały się prochy spalonych ofiar przez hitlerowców”, to w ten sposób działając „zbezczeszili i znieważyli miejsce, które jest otoczone szczególną czcią – nie tylko Polaków”. Stanowisko powyższe ma swoje oparcie w interpretacji gramatycznej art. 26 m.k.k., bowiem przez użycie w tym przepisie słowa „kto znieważa”, rozumieć należy wszelką obrazę czynną zwłok, popełnioną w sposób ujawniający grube ich nieposzanowanie, pogardę, lub lekceważenie, przy czym znieważeniem tym może być również rozkopanie, bądź rozrzucenie miejsc spoczynku zmarłych. Za stanowiskiem powyższym przemawia również uzasadnienie Komisji Kodyfikacyjnej do art. 168 k.k., które ograniczając się w zasadzie do dwóch stanów faktycznych, a mianowicie: działania nacechowanego złośliwością, sponiewierania czy znieważenia zwłok oraz miejsc przeznaczonych dla tych zwłok, uznaje miejsce czasowego, a tym bardziej trwałego umieszczenia zwłok, za miejsce spoczynku zmarłego. Naruszenie więc tego miejsca przez jego rozkopanie, rozrzucenie jego części składowych, skoro sprawca świadom jest, że w miejscu tym spoczywają zwłoki osób, które padły ofiarą zbrodni hitlerowskich – podpada pod przepis art. 26 m.k.k.”

²⁰ Stosownie do art. 29 § 1 projektu usiłowanie przestępstwa było karalne, jeżeli czyn zagrożony był karą pozbawienia wolności powyżej lat 3 albo jeżeli przepis szczególny przewidywał karalność usiłowania.

(art. 425 § 2 k.k.). W projekcie k.k. z 1968 r. interesujące (z uwagi na przedmiot niniejszego opracowania) zachowania zastały ujęte w art. 203 k.k. (umieszczonym w rozdziale XXIX „Przestępstwa przeciwko wolności sumienia i wyznania”). I tak w § 1 przewidziano odpowiedzialność karną tego, kto złośliwie przeszkadza pogrzebowi lub innemu obrzędowi żałobnemu albo znieważa zwłoki lub prochy ludzkie lub miejsce spoczynku zmarłego (pod groźbą kary pozbawienia wolności do lat 3, zaś w § 2 przewidziano typ kwalifikowany: jeżeli czyn polegał na ograbieniu zwłok albo grobu lub innego miejsca spoczynku zmarłego, wówczas sprawca podlegał karze pozbawienia wolności od roku do lat 8. W takim brzmieniu, jak przewidywał projekt z 1968 r., została przyjęta treść przepisu w k.k. z 1969 r. (z tym tylko, że zmieniła się numeracja przepisu – art. 197, zaś rozdział „Przestępstwa przeciwko wolności sumienia i wyznania”, gdzie ów przepis znalazł miejsce, otrzymał numer XXVIII²¹).

Ustawodawca w k.k. z 1997 r. dokonał kryminalizacji znieważania zwłok, prochów ludzkich lub miejsca spoczynku zmarłego (art. 262 § 1) oraz ograbienia zwłok, grobu lub innego miejsca spoczynku zmarłego (art. 262 § 2) umieszczając te czyny zabronione w grupie przestępstw przeciwko porządkowi publicznemu (rozdział XXXII) oraz ustanowił karalność złośliwego przeszkadzania pogrzebowi, uroczystościom lub obrzędom żałobnym (art. 195 § 2), z tym że w rozdziale XXIV („Przestępstwa przeciwko wolności sumienia i wyznania”)²².

3. Analiza ustawowych znamion

a. Art. 262 k.k. zamieszczony jest w rozdziale XXXII („Przestępstwa przeciwko porządkowi publicznemu”), a to – jak zasadnie podnosi się w doktrynie – świadczy o tym, że ustawodawca uznał, iż zachowania określone w tych przepisach godzą w porządek publiczny jako rodzajowy przedmiot ochrony²³. Jest to więc koncepcja odmienna od tej, jaka funkcjonowała na gruncie k.k. z 1969 r. (gdzie czyny zabronione z art. 197 znalazły miejsce w rozdziale grupującym przestępstwa przeciwko wolności sumienia i wyznania), która oznacza, że „przedmiot ochrony nie jest związany z charakterem religijnym miejsca spoczynku zmarłego²⁴”. Jak podniesiono w uzasadnieniu rządowe-

²¹ Bliżej na temat art. 197 por. J. Bafia, (w:) J. Bafia, K. Mioduski, M. Siewierski, Kodeks karny. Komentarz, Warszawa 1977, s. 497–498.

²² Por. na ten temat M. Romanczuk, Znieważenie zwłok, prochów ludzkich lub miejsca spoczynku zmarłego – wybrane aspekty prawnokarne i kryminologiczne, (w:) Ochrona człowieka w świetle prawa Rzeczypospolitej Polskiej. Materiały konferencyjne, pod red. S. Pikulskiego, Olsztyn 2002, s. 420 i n.

²³ R. A. Stefański, Przestępstwo, s. 20.

²⁴ Tamże.

go projektu kodeksu karnego „znieważenie zwłok lub ich ograbianie, jako czyny atakujące inne dobro prawne niż wolność sumienia i wyznania, są karane na podstawie art. 262 tego rozdziału²⁵”. Zasadnie zauważa Z. Migros, że zamieszczenie przedmiotowych przepisów w grupie przestępstw przeciwko porządkowi publicznemu spowodowane jest tym, że niekiedy zwłoki ludzkie nie są przedmiotem obrzędu religijnego, a rozwiązanie przeciwnie byłoby sprzeczne z konstytucyjną zasadą równości wobec prawa, niezależnie od wierzeń religijnych²⁶. Odnośnie do indywidualnego przedmiotu ochrony poglądy doktryny są zróżnicowane. I tak można wyróżnić m.in. następujące ujęcia:

- cześć i szacunek wobec zmarłych i miejsc ich spoczynku (K. Wiak)²⁷,
- szacunek należny zmarłym i miejscom ich spoczynku (J. Piórkowska-Flieger)²⁸,
- cześć, szacunek i spokój należny zmarłym i miejscom ich wiecznego spoczynku (Z. Ćwiąkalski)²⁹,
- gwarancja poszanowania zwłok ludzkich, jak i miejsca spoczynku zmarłych (M. Bojarski)³⁰,
- szacunek i cześć dla szczątków zmarłych i miejsc ich spoczynku, a w dalszej kolejności również uczucia osób bliskich zmarłemu oraz ewentualne uczucia religijne (D. Gruszecka)³¹,
- uczucia ludzi związane z kultem zmarłych, zwłaszcza osób bliskich zmarłemu (R. Góral)³²,
- godność człowieka także po jego śmierci, która przejawia się w konieczności poszanowania jego szczątków i miejsc spoczynku, a w przypadku art. 262 § 2 także, do pewnego stopnia, własność i inne prawa do rzeczy przysługujące osobom będącym np. spadkobiercami zmarłego czy dysponentami miejsca spoczynku czy wreszcie osobom bliskim, które choć-

²⁵ Nowe kodeksy karne z 1997 r. z uzasadnieniami, Warszawa 1997, s. 196.

²⁶ Z. Migros, Przestępstwa przeciwko uczuciom religijnym w polskim kodeksie karnym z 1932 r., WPP 1984, nr 2, s. 196.

²⁷ K. Wiak, (w:) Kodeks karny. Komentarz, pod red. A. Grześkowiak, K. Wiaka, Warszawa 2015, s. 1218.

²⁸ J. Piórkowska-Flieger, (w:) Kodeks karny. Komentarz, pod red. T. Bojarskiego, Warszawa 2016, s. 773.

²⁹ Z. Ćwiąkalski, (w:) Kodeks karny. Część szczególna, t. II, pod red. A. Zolla, Warszawa 2013, s. 1424.

³⁰ M. Bojarski, (w:) Przestępstwa przeciwko państwu i dobrom zbiorowym, System Prawa Karnego, t. 8, Warszawa 2013, s. 796.

³¹ D. Gruszecka, (w:) Kodeks karny. Część szczególna. Komentarz, pod red. J. Gieźka, Warszawa 2014, s. 944.

³² R. Góral, Kodeks karny. Praktyczny komentarz, Warszawa 2002, s. 423.

- by przystrajając grób, nie wyzbywają się prawa własności do przedmiotów, które w tym miejscu składają (A. Michalska-Warias)³³,
- szacunek dla zwłok ludzkich i miejsc ich pochówku oraz ochrona ich poważania, a także bliskich (E. W. Pływaczewski, A. Sakowicz³⁴),
 - powaga miejsca spoczynku, a w § 2 nienaruszalność (choć nie własność) przedmiotów znajdujących się przy zmarłym, a także nienaruszalność materialna miejsca spoczynku zwłok (J. Śliwowski)³⁵.

Według A. Rybak, dopatrywanie się przedmiotu ochrony w nienaruszalności miejsc spoczynku bądź samych zwłok jest błędne, bowiem występują sytuacje, gdy można przenosić zwłoki i nie jest to wówczas naganne, a bywa wręcz pożyteczne, pożądane i przyjęte kulturowo, a komórki, tkanki i narządy również mogą być pobierane (w granicach i na zasadach prawem przewidzianych³⁶)³⁷. Rację ma Autorka twierząc, że istoty tego dobra nie stanowią również związane ze zwłokami uczucia ludzkie, bowiem równoprawnie chroni się zwłoki i miejsca spoczynku osób, o których nikt nie pamięta po śmierci, jak i tych, których pamięcią otaczają najbliżsi i znajomi, a handel tkankami, komórkami i narządami jest niedopuszczalny nawet wówczas, gdy zmarła osoba nie pozostawia nikogo, kto pamięta o niej³⁸. W rezultacie A. Rybak dochodzi do wniosku, że dobrem chronionym jest godność człowieka, która nie ustaje po śmierci, a przeradza się w szacunek i cześć należne ciału zmarłego i miejscu jego spoczynku³⁹. Krytycznie do tego poglądu ustosunkowuje się T. Gardocka stwierdzając, że „trudno jest przyjąć takie rozwiązanie na gruncie ściśle prawnym, bo w żadnym innym aspekcie prawnym godność człowieka zmarłego nie jest chroniona wprost, a tylko przez ochronę uczuć osób bliskich zmarłemu⁴⁰”.

Jak zauważa się w doktrynie, dla właściwego określenia przedmiotu ochrony istotne znaczenie ma określenie przyczyny kryminalizacji zachowań ujętych w analizowanych przepisach⁴¹. Już na gruncie k.k. z 1932 r. wskazywał L. Peiper, że „zaliczenie przestępstw z art. 168 i 169 do zamachów na

³³ A. Michalska-Warias, (w:) Kodeks karny. Część szczególna, t. II, pod red. M. Królikowskiego, R. Zawłockiego, Warszawa 2017, s. 425.

³⁴ E. Pływaczewski, A. Sakowicz, (w:) Kodeks karny. część szczególna, t. II, pod red. A. Wąska, R. Zawłockiego, Warszawa 2010, s. 517.

³⁵ J. Śliwowski, Prawo karne. Warszawa 1979, s. 426.

³⁶ Por. ustawę z dnia 1 lipca 2005 r. o pobieraniu, przechowywaniu i przeszczepianiu komórek, tkanek i narządów, tekst jedn. Dz. U. z 2017 r., poz. 1000 z dnia 22 maja 2017 r.

³⁷ A. Rybak, Prawnokarna ochrona godności zwłok człowieka, Palestra 2004, nr 1–2, s. 100.

³⁸ Tamże.

³⁹ Tamże.

⁴⁰ T. Gardocka, Czy zwłoki ludzkie są rzeczą i co z tego wynika?, (w:) *Non omnis moriar. Osobiste i majątkowe aspekty prawne śmierci człowieka. Zagadnienia wybrane*, pod red. J. Gołaczyńskiego, J. Mazurkiewicz, J. Turtukowskiego, D. Karkuta, Wrocław 2015, s. 274.

⁴¹ R. A. Stefański, *Przestępstwo*, s. 21.

porządek publiczny nie odsłania jeszcze pobudek ochrony karnej w tychże art. udzielonej; otóż przyczyną tej ochrony nie jest poszanowanie zwłok ani też zdrowie publiczne, które mogłoby być narażone na niebezpieczeństwo wskutek czynności przedsięwziętych ze zwłokami lub na zwłokach przez rozwleczenie chorób itd. – lecz wzgląd na religijne i ludzkie uczucia ogółu, a w szczególności członków rodziny zmarłego (*pietas*), czyli powszechny w kulturalnych społeczeństwach kult dla zmarłych. Bez znaczenia jest okoliczność, czy zmarły zasługiwał na ten kult; chronione są także zwłoki i miejsce spoczynku osób, na których wykonano karę śmierci (justyfikowanych), ludzi, którzy wiodli żywot występny, samobójców itd.⁴² Podobnie rzecz ujmował J. Makarewicz twierdząc, że „poszanowanie zwłok pozostaje w związku z kultem zmarłych, a nie z szacunkiem dla ciała ludzkiego⁴³”. Na aprobatę zasługuje pogląd R. A. Stefańskiego, że czyn z art. 262 nie godzi bezpośrednio w godność człowieka, a czyni to pośrednio; szacunek i cześć dla zwłok, prochów ludzkich i miejsca spoczynku zmarłego wywodzi się z godności ludzkiej, lecz nie oznacza to, że przedmiotem ochrony jest właśnie godność ludzka, a jest nim, wywodzący się z kultury i tradycji, kult dla zmarłych⁴⁴.

b. Czynność sprawcza określona w § 1 polega na znieważaniu (zwłok, prochów ludzkich lub miejsca spoczynku zmarłego). Słusznie zauważa R. Dębski, że znieważenie polega na braku szacunku, demonstrowaniu lekceważącego stosunku do zwłok, prochów lub miejsca spoczynku zmarłego, a nie na pasywnym nieokazywaniu należnego szacunku (np. obojętnym przejściu obok ludzkich zwłok)⁴⁵. W doktrynie wskazuje się szereg możliwych przykładów znieważenia, a wśród nich m.in.:

- zbezczeszczenie i każde uszkodzenie zwłok, obrzucenie ich kałem, umieszczenie na nich lub obok nich obelżywych napisów, wyszydzenie zwłok lub ich części, a więc dotykane części ciała lub ich poruszanie wśród uwag obelżywych lub szyderczych np. „pod tą czaszką wylęgały się myśli zbrodnicze”, „tą ręką zmarły operował niejednokrotnie w cudzych kieszeniach” (L. Peiper)⁴⁶,
- obelgi słowne, nieprzystojne demonstracyjne gesty, oblanie płyty nagrobnej nieczystościami lub farbą, oplucie, zmiana położenia zwłok i przezna-

⁴² L. Peiper, Komentarz do kodeksu karnego, prawa o wykroczeniach, przepisów wprowadzających obie te ustawy, Lwów 1936, s. 360.

⁴³ J. Makarewicz, Kodeks..., s. 265.

⁴⁴ R. A. Stefański, Przestępstwo, s. 21–22.

⁴⁵ R. Dębski, (w:) Prawo karne w zarysie, część szczególną, pod red. J. Waszczyńskiego, Łódź 1981, s. 150.

⁴⁶ L. Peiper, Komentarz, s. 360.

- czenia grobu, rozkopanie grobu, rozbicie pomnika, wyrzucenie trumny lub ciała z grobu (R. A. Stefański⁴⁷),
- rozkopanie grobu, rozrzucenie części składowych (E. Pływaczewski, A. Sakowicz⁴⁸),
 - wyrzucenie ciała z trumny, wysypanie prochów z urny, zanieczyszczenie grobu, namalowanie obraźliwych słów lub symboli na płycie grobowca, uszkodzenie grobowca, okaleczenie zwłok, zostawienia zwłok jako pokarmu dla dzikich zwierząt, wyrzucenie zwłok do szamba czy innego zbiornika z nieczystościami (A. Michalska-Warias⁴⁹),
 - wyrzucanie zwłok lub prochów z trumny lub urny na posadzkę lub ziemię, bezprawne wyjmowanie z grobu, grobowca lub innego miejsca ich stałego przechowywania, załatwianie na nie potrzeb fizjologicznych, urządzenie libacji alkoholowej, zażywanie narkotyków, granie w karty na grobie czy na zwłokach lub urnie, opluwanie, rozburzanie miejsca pochowku, niszczenie wzniesionych na grobie lub obok niego rzeźb, pomników czy ozdób, umieszczanie obraźliwych napisów względnie rysunków, zaśmianie, deptanie, rzucanie przedmiotami lub kładzenie niestosownych przedmiotów na zwłoki, prochy lub miejsce spoczynku; wyzywanie, ob rzucanie obraźliwymi określeniami i inne formy prowokacyjnego zachowania, nieodpowiednie do miejsca, gdzie znajdują się zwłoki, prochy ludzkie lub miejsce spoczynku zmarłego (Z. Ćwiąkalski⁵⁰).

Można sądzić, że ze znieważeniem zwłok będziemy mieli do czynienia również w przypadku obcowania płciowego ze zwłokami czy podjęcia wobec nich innych czynności seksualnych, jak również w sytuacji gdy sprawca używa fragmentów zwłok (czaszkę, kości, skóry) do wykonywania z nich różnych przedmiotów (nawet jeśli finalnie mają one wartość artystyczną). W literaturze wskazuje się również na możliwe związki pseudosatanizmu z naruszaniem norm art. 262 k.k.⁵¹

⁴⁷ R. A. Stefański, *Przestępstwo*, s. 24.

⁴⁸ E. Pływaczewski, A. Sakowicz, (w:) *Kodeks...*, s. 518.

⁴⁹ A. Michalska-Warias, (w:) *Kodeks...*, s. 425.

⁵⁰ Z. Ćwiąkalski, (w:) *Kodeks...*, s. 1425.

⁵¹ Por. bliżej o tym R. Paprzycki, *Prawnokarna analiza zjawiska satanizmu w Polsce*, Kantor Wydawniczy Zakamycze, Kraków 2002, s. 61 i n. Jako przykład autor powołuje wydarzenie z dnia 1 sierpnia 1986 r., gdy podczas Festiwalu Muzyków Rockowych w Jarocinie miało miejsce zdarzenie uznane przez opinie publiczną za satanistyczną „czarną mszę”. Media opisujące wydarzenie sugerowały, że wszystko zaczęło się od ekstazy na koncercie, podczas występu zespołu Test Fobii Creon, który stworzył atmosferę ciemności, grozy i zła, a teksty utworów mówiły m.in. o diabelskim rytuale („Płonie krzyż na stosie Krzywd. Pójdiesz tam do piekła bram. Gdzie dusza zła oświeci cię. Diabelskiej mszy wiruje czas”). Występowi towarzyszyło rozbicie krzyża o brzeg kolumny głośnikowej. Kilku uczestników koncertu zaplanowało na tę noc dokonanie rytuału diabła w znajdującym się w pobliżu lesie. Jak się okazało, dwóch z nich uczestniczyło w dniu 26 czerwca 1986 r. w wydarzeniu w szczecińskiej Wieży Bismarcka. Ukradli oni z kościoła Św. Jerzego stulę i złapali bezpańskiego

Błąd sprawcy, który podejmuje obcowanie płciowe ze zwłokami, sądząc, że jest to osoba nieprzytomna oznacza, że sprawcy nie można postawić zarzutu zbezczeszczenia zwłok, natomiast w grę może wejść konstrukcja usiłowania nieudolnego przestępstwa z art. 198 k.k.⁵² Wydaje się, że ze znieważeniem zwłok i miejsca spoczynku zmarłego będziemy mieli do czynienia w przypadku kradzieży zwłok. Nie jest to sytuacja czysto teoretyczna, bowiem takie przypadki zdarzają się w rzeczywistości. Najgłośniejszym z nich jest chyba zdarzenie z marca 1978 r., kiedy to dwóch mechaników samochodowych: 24-letni Polak, Roman Wardas, oraz 38-letni Bułgar Ganczo Ganew ukradli ciało Charliego Chaplina, żądając za jego zwrot kwoty 600 tys. franków szwajcarskich. 17 maja 1978 roku odnaleziono ciało Charliego Chaplina ukryte w polu kukurydzy nieopodal Noville. Pochowano je ponownie, tym razem nie w ziemi, ale w betonowym bloku o grubości 1,8 metra⁵³. W realiach polskich w 2010 r. głośna była sprawa rozpoznawana przez sąd w Lubaczowie, w której to sprawcy wykradli z grobu ciało samobójcy i spalili je w samochodzie (po uprzednim pozbawieniu go głowy), po to aby upozorować śmierć jednego z nich (w celu uniknięcia konieczności powrotu do zakładu karnego i wyłudzenia odszkodowania⁵⁴).

Również polskie media przynoszą informacje o mniej lub bardziej głośnych przypadkach znieważenia zwłok, jak np. powszechnie znana sprawa z Poznania, kiedy to pracownicy firmy pogrzebowej robili sobie zdjęcia ze zwłokami Ewy Tylman⁵⁵. W 2009 r. studentka jednego z uniwersytetów medycznych fotografowała się z ludzkimi zwłokami i szczątkami przy czym na

psa. Na cmentarzu wynieśli z grobowca rodziny Biskupskich trumnę ze zwłokami i z tym wszystkim udali się do lasu. Tam ustawili trumnę, znicze, wbili krzyż ramionami skierowanymi w dół i przywiązali psa szulą do trumny. Rytuałowi towarzyszyły formuły przypominające modlitwy, wychwalające szatana oraz zapowiadające jego rządy na ziemi. W kulminacyjnym momencie jeden z uczestników zabił scyzorykiem psa, wyjął jego wnętrzności i podał je prowadzącemu. Ten rzucił zwierzęce trzewia na trumnę; była to chwila „spełnienia ofiary”. Jak się okazało w toku postępowania przygotowawczego sprawcy nie znali żadnej z istniejących ideologii satanistycznych ani form takiego kultu; nie słyszeli również o organizacji A. LaVeya ani też o Biblii Satanistycznej. Czuli się przegranymi, gdyż nic dotąd w życiu im się nie udało; stali się „satanistami” niejako dlatego, bo nie mieli co ze sobą zrobić. Dwaj główni sprawcy zostali skazani na kary po półtora roku pozbawienia wolności za czyn zakwalifikowany z art. 197 § 2 k.k. z 1969 r. Postępowanie przygotowawcze wobec lidera zespołu Test Fobii Creon (podejrzewanego o nawoływanie do popełnienia przestępstwa – art. 289 k.k. z 1969 r.) zostało umorzone, wobec nieświadczenia znamion czynu zabronionego (art. 11 pkt. 1 k.p.k. z 1969 r.). R. Pa przycki, *Prawnokarna...*, s. 63–66.

⁵² A. Michalska-Warias, (w:) *Komentarz*, s. 430.

⁵³ https://pl.wikipedia.org/wiki/Charlie_Chaplin.

⁵⁴ <http://www.dziennikwschodni.pl/zamosc/odkopali-zwloki-i-odcieli-glowe-ruszyl-proces-slawomira-j,n,1000122726.htmlw>.

⁵⁵ <http://poznan.wyborcza.pl/poznan/7,36001,22420550,robili-selfie-z-cialem-ewy-tylman-sad-beda-musieli-wiecej.html?disableRedirects=true>. Oskarżeni dobrowolnie poddali się karze i zostali skazani na kary grzywny (po 10 000 zł).

jednym ze zdjęć widniała z ręką osoby zmarłej, której środkowy palec był wyprostowany w wulgarnym geście; zdjęcia te zostały opublikowane w Internecie i przekazane władzom uczelni⁵⁶. Postępowanie dyscyplinarne zakończyło się naganą z wpisem do akt, zaś postępowanie karne PR w Łodzi umorzyła stwierdzając (błędnie moim zdaniem), że art. 262 dotyczy jedynie znieważenia zwłok, a nie odnosi się do szczątków ludzkich. W 2016 r. mieszkaniec wsi Wola Uhruska podejrzany był o znieważenie zwłok poprzez zakopanie ciała zmarłego przy porodzie noworodka. Prokuratora umorzyła postępowanie uznając, że nie miał on zamiaru znieważenia zwłok, a jego celem było jedynie pochowanie dziecka⁵⁷. W 2008 r. wszczęto postępowanie w sprawie opublikowania makabrycznych zdjęć zabitych z Iraku i Afganistanu, które pojawiły się na jednym z portali wojskowych⁵⁸. W 2017 r. znieważenie zwłok i miejsca spoczynku zmarłego zarzuciła prokuratura właścicielowi firmy pogrzebowej, który wydobył z grobu ciało pochowanej osoby. Mężczyzna zrobił to po tym, gdy dowiedział się, że w prosektorium w Skarżysku-Kamiennej pomyłono zwłoki; wydobył on z grobu ciało pochowanego zmarłego i odwiózł je do prosektorium⁵⁹.

Należy zauważyć, że nie stanowi znieważenia przekazanie zwłok do celów naukowych publicznej uczelni medycznej lub publicznej uczelni prowadzącej działalność dydaktyczną i badawczą w dziedzinie nauk medycznych, z tym jednak zastrzeżeniem, że również tym przekazanym zwłokom należna jest ochrona w ramach art. 262 k.k.⁶⁰ Podstawę prawną przekazania stanowi art. 10 ust. 2 i 2a ustawy z dnia 3 stycznia 1959 r. o cmentarzach i chowaniu zmarłych⁶¹ i przyjęte w wykonaniu przepisu art. 10 ust. 2a rozporządzenie Ministra Zdrowia z dnia 30 lipca 2009 r. w sprawie trybu i warunków przekazywania zwłok do celów naukowych⁶². Stosownie do paragrafu 3 tego rozporządzenia przekazywanie zwłok do celów naukowych odbywa się w sposób zapewniający zachowanie godności należnej zmarłemu, a w czasie przekazywania, przewożenia i przechowywania zwłok uczelnia jest obowiązana przestrzegać przepisów określających sposób postępowania ze zwłokami. Uczelnie medyczne przyjmują także własne wewnętrzne akty prawne regulu-

⁵⁶ [Http://www.dzienniklodzki.pl/arttykul/185546,miss-bawi-sie-w-prosektorium,id,t.html](http://www.dzienniklodzki.pl/arttykul/185546,miss-bawi-sie-w-prosektorium,id,t.html). Por. też J. Barcik, Ł. Pilarz, Wykorzystanie zwłok i szczątków ludzkich przez studentów do celów dydaktycznych a przestępstwo znieważenia zwłok z art. 262 § 1 k.k., CzPKiNP 2016, nr 4, s. 103.

⁵⁷ [Http://www.lublin112.pl/zakopal-novorodka-ogroduku-prokuratura-umorzyła-sprawę/](http://www.lublin112.pl/zakopal-novorodka-ogroduku-prokuratura-umorzyła-sprawę/).

⁵⁸ [Https://www.tvn24.pl/wiadomosci-z-kraju,3/to-zniewazenie-zwlok,66670.html](https://www.tvn24.pl/wiadomosci-z-kraju,3/to-zniewazenie-zwlok,66670.html).

⁵⁹ [Https://wiadomosci.wp.pl/wlasciciel-firmy-pogrzebowej-oskarzony-o-zniewazenie-zwlok-6096703276520577a](https://wiadomosci.wp.pl/wlasciciel-firmy-pogrzebowej-oskarzony-o-zniewazenie-zwlok-6096703276520577a).

⁶⁰ J. Barcik, Ł. Pilarz, Wykorzystanie..., s. 90.

⁶¹ Tekst jedn. Dz. U. z 2017 r., poz. 912 z dnia 2017 maja 2010 r. Poza zakresem rozważań pozostaje ustawa z dnia 28 marca 1933 r. o grobach i cmentarzach wojennych, tekst jedn. Dz. U. z 2017 r., poz. 681 z dnia 30 marca 2017 r.

⁶² Dz. U. z 2009 r., Nr 129, poz. 1067 z dnia 14 sierpnia 2009 r.

jące programy świadomej donacji zwłok⁶³. Słusznie zauważa się w doktrynie, że w toku wykorzystania zwłok może dojść do naruszenie przedmiotu ochrony z art. 262 zarówno przez uczelnię (a ściślej jej pracowników), jak i przez poszczególnych studentów. Wskazuje się, że spełnienie hipotezy normy zawartej w przepisie art. 262 § 1 (przez studentów) może zachodzić w trzech sytuacjach: a) pozyskiwanie szczątków ludzkich przez studentów medycyny (np. nabywanie czy sprzedawanie czaszek czy kości ludzkich), b) wykorzystywanie i przechowywanie szczątków ludzkich (np. fotografowanie ich i upublicznianie zdjęć), c) zakończenie wykorzystywania szczątków ludzkich (np. wyrzucenie na śmietnik)⁶⁴.

Jak słusznie zauważył SA w Katowicach w wyroku z dnia 15 stycznia 2004 r., sygn. II AKa 374/03⁶⁵ „Znieważenie zwłok musi mieć charakter działania o charakterze umyślnym i związane być tym samym z wyrażeniem braku szacunku należnego zmarłemu, obrażania go i bezczeszczenia zarówno słownie, jak i poprzez demonstracyjne gesty. Zasypanie zwłok ziemią poza cmentarzem i przykrycie tego miejsca gałęziami oraz naruszenie w ten sposób typowego dla naszego kręgu kulturowego sposobu pochówku, jak też narażenie zwłok na żerowanie zwierząt samo w sobie nie może stanowić o realizacji występku, o którym mowa w przepisie art. 262 § 1 k.k.”

Od znieważenia zwłok należy odróżnić zniewagi zmarłego, pozbawione bezpośredniego działania przeciw zwłokom, gdyż kodeks karny nie zna ochrony czci zmarłego⁶⁶. W doktrynie zasadnie wskazuje się, że znieważyc można jedynie osobę żyjącą; obelżywe wyrażanie się o zmarłym może mieć jednak na celu obrazę godności osobistej żyjącego⁶⁷ (bowiem może być uczynione w zamiarze znieważenia, np. osoby mu najbliższej)⁶⁸. Jedynie na marginesie rozważań warto przypomnieć, że przez dłuższy czas (formalnie) obowiązywała w Polsce ustawa z dnia 7 kwietnia 1938 r. o ochronie Imienia Józefa Piłsudskiego, Pierwszego Marszałka Polski⁶⁹, która została uchylona

⁶³ Por. np. Program świadomej donacji w Uniwersytecie Medycznym w Lublinie, <https://www.umlub.pl/uczelnia/struktura-organizacyjna/jednostki-um/i-wlzos/program-swiadomej-donacji/>, program świadomej donacji w Katedrze Anatomii UJ CM, <http://www.katedra-anatomii.cm-uj.krakow.pl/?q=donacje>.

⁶⁴ J. Barcik, Ł. Pilarz, Wykorzystanie..., s. 93 i n. Autorzy prezentują pogląd, że kupno (sprzedaż) np. czaszek ludzkich przez studentów medycyny nie wypełnia dyspozycji art. 262 § 1 k.k.

⁶⁵ LEX nr 119970.

⁶⁶ Tak było np. w § 495 ustawy karnej austriackiej z 1852.

⁶⁷ L. Peiper, Komentarz do kodeksu karnego, Kraków 1936, s. 538.

⁶⁸ J. Raglewski, (w:) Kodeks karny. Część szczególna, t. 2, Komentarz do art. 117–277 k.k., t. II, pod red. A. Zolla, Warszawa 2013, s. 1007.

⁶⁹ „Art. 1. Pamięć czynu i zasługi JÓZEFA PIŁSUDSKIEGO – Wskrzesciciela Niepodległości Ojczyzny i Wychowawcy Narodu – po wsze czasy należy do skarbnicy ducha narodowego i pozostaje pod szczególną ochroną prawa. Art. 2. Kto uwłacza Imieniu JÓZEFA PIŁSUD-

dopiero z wejściem w życie k.k. z 1969 r. (tzn. z dniem 1 stycznia 1970 r.⁷⁰), a która kryminalizowała uwłaczanie jego imieniu.

c. Przedmiotem czynności wykonawczej w art. 262 § 1 są zwłoki, prochy ludzkie lub miejsce spoczynku zmarłego. Co oczywiste, nie może budzić wątpliwości, że chodzi o zwłoki czy prochy człowieka, a nie zwierzęcia. Przepis § 2 rozporządzenia Ministra Zdrowia z dnia 7 grudnia 2001 r. w sprawie postępowania ze zwłokami i szczątkami ludzkimi⁷¹ (wydanego na podstawie art. 20 ust. 3 ustawy z dnia 31 stycznia 1959 r. o cmentarzach i chowaniu zmarłych⁷²), zwłokami określa ciała osób zmarłych i dzieci martwo urodzonych, bez względu na czas trwania ciąży. Zasadnie zauważa R. A. Stefański, że na gruncie art. 262 k.k. chodzi o każde zwłoki, niezależnie od pozycji społecznej osoby zmarłej, jak też miejsca ich znajdowania się, a ochrona rozpoczyna się od chwili śmierci człowieka; nie dotyczy osoby znajdującej się w stanie agonalnym⁷³. Jak słusznie podkreśla K. Wiak, „cezurą oddzielającą stosowanie przepisów chroniących życie i zdrowie człowieka, zgrupowanych w rozdziale XII k.k. oraz cześć wobec zmarłych i miejsc ich pochówku na podstawie art. 262 k.k. jest moment śmierci”⁷⁴. Przepis mówi o zwłokach, zaś nie odnosi się wprost do szczątków ludzkich. Ustawa z dnia 31 stycznia 1959 r. o cmentarzach i chowaniu zmarłych wyraźnie odróżnia zwłoki od szczątków (art. 9, 14, 15). Cytowane rozporządzenie Ministra Zdrowia z dnia 7 grudnia 2001 r. określa szczątki ludzkie, stanowiąc, że chodzi o: a) popioły powstałe w wyniku spalenia zwłok; b) pozostałości zwłok, wydobytych przy kopaniu grobu lub w innych okolicznościach; c) części ciała ludzkiego, odłączone od całości (§ 8 ust. 1). Należy jednak przyjąć, że na gruncie art. 262 k.k. określenie „zwłoki” odnosi się zarówno do całego ciała, jak i jego części (szczątków) powstałych na skutek rozkładu, rozkawałkowania itp.⁷⁵ Prochy ludzkie to – co do zasady – materia pozostała po kremacji człowieka. Warto zwrócić uwagę, że powoływane rozporządzenie z dnia 7 grudnia 2001 r. posługuje się pojęciami: popioły (a nie prochy) i spopielenie (a nie kremacja); należy jednak sądzić, że są to pojęcia

SKIEGO, podlega karze więzienia do lat 5. Art. 3. Wykonanie ustawy niniejszej porucza się Ministrowi Sprawiedliwości. Art. 4. Ustawa niniejsza wchodzi w życie z dniem ogłoszenia”.

⁷⁰ Na temat przypadków praktyki stosowania tej ustawy por. bliżej https://pl.wikipedia.org/wiki/Ustawa_o_ochronie_imienia_J%C3%B3zefa_Pi%C5%82sudskiego.

⁷¹ Dz. U. Nr 153, poz. 1783 z późn. zm.

⁷² Tekst jedn. Dz. U. z 2017 r., poz. 912 z dnia 10 maja 2017 r.

⁷³ R. A. Stefański, *Przestępstwo*, s. 22.

⁷⁴ K. Wiak, (w:) *Kodeks...*, s. 1218.

⁷⁵ Tak O. Górniok, (w:) O. Górniok i in., *Kodeks karny. Komentarz*, t. 2, Gdańsk 2005, s. 347. Por. też A. Michalska-Warias, (w:) *Kodeks...*, s. 426 oraz K. Kłosowski, *Odpowiedzialność karna za znieważenie oraz ograbienie zwłok, prochów ludzkich i miejsca spoczynku zmarłego*, *Votum Separatum*, nr II/2013, s. 6.

równoznaczne i tak je powinno się interpretować. Zdaniem A. Michalskiej-Warias zasadne jest szerokie rozumienie terminów zarówno zwłoki, jak i prochy ludzkie, a to zdaniem autorki implikuje konieczność uznania za zwłoki również części ciała ludzkiego (np. wykopanej z ziemi czaszki czy fragmentów układu kostnego), zaś w przypadku prochów ludzkich chodzi o popioły powstałe w wyniku spopielenia (ale nie tylko na skutek kremacji, ale też np. pożaru). Jak podnosi Autorka, taka szersza interpretacja (niż w rozporządzeniu z dnia 7 grudnia 2001 r.) wynika z innych celów, którym służy użycie tych terminów w obu aktach prawnych (rozróżnienie zwłok i szczątków ludzkich w rozporządzeniu jest konieczne ze względu na inne „techniczne” wymogi postępowania z nimi)⁷⁶.

W doktrynie wskazuje się, że błąd co do przedmiotu czynności wykonawczej (np. gdy sprawca jest przekonany, że kości wobec których podejmuje znieważające zachowania są kośćmi zwierzęcia, a nie człowieka) prowadzi do wyłączenia przestępności zachowania⁷⁷. Natomiast sytuacja odwrotna (tzn. przekonanie sprawcy, że ma do czynienia z kośćmi ludzkimi, a w rzeczywistości są to kości zwierzęcia) winna być ujmowana w kategoriach usiłowania nieudolnego.

Gdy chodzi o miejsce spoczynku, to należy przez nie rozumieć każde miejsce w którym zwłoki lub prochy ludzkie mają przez pewien czas przebywać⁷⁸. Zdaniem R. A. Stefańskiego, miejscem spoczynku zmarłego jest nie tylko grób, lecz także każde miejsce, w którym zwłoki ludzkie przed lub po ich pochowaniu czasowo lub trwale umieszczono⁷⁹. Według tego autora, „miejscami takimi są: kostnica, dom przedpogrzebowy, kaplica cmentarna, krypta przykościelna czy mieszkanie, w którym wystawiono trumnę ze zwłokami. Dom przedpogrzebowy lub kostnica służą do składania ciał osób zmarłych do czasu ich pochowania, wykonywania oględzin zwłok ludzkich dla celów sądowo-lekarskich, sanitarnych oraz policyjnych lub do wykonywania innych czynności związanych z chowaniem zwłok. Jest takim miejscem także karawan lub karetka sanitarna, w której znajdują się zwłoki. Chodzi o każde miejsce, w którym znajdują się zwłoki w celu zabezpieczenia ich przed aktem lekceważenia, czy brutalności⁸⁰”. Można mieć wątpliwości, czy za miejsce spoczynku należy uznać karawan czy karetkę sanitarną, bowiem nie są to miejsca spoczynku zmarłego (w językowym ujęciu tych słów), a jedynie środki transportu służące do przewozu zmarłego. Warto pamiętać, że synonimami terminu „miejsca spoczynku” są w języku polskim takie okre-

⁷⁶ A. Michalska-Warias, (w:) Kodeks..., s. 426.

⁷⁷ A. Michalska-Warias, (w:) Kodeks..., s. 430.

⁷⁸ A. Michalska-Warias, (w:) Kodeks..., s. 426.

⁷⁹ R. A. Stefański, *Przestępstwo*, s. 23. Zob. też L. Peiper, *Komentarz*, s. 61.

⁸⁰ R. A. Stefański, *Przestępstwo*, s. 23. Zob. też L. Peiper, *Komentarz*, s. 61.

ślenia jak „cmentarz, cmentarzysko, mogilnik, nekropolia”⁸¹, a to – choć do pewnego stopnia – powinno być brane pod uwagę przy wykładni analizowanego pojęcia. W związku z powyższym należy stwierdzić, że za miejsce spoczynku nie można uznać środka transportu, służącego jedynie do przewozu zwłok, chyba że przestał on pełnić funkcje przewoźnicze i został przeznaczony do trwałego lub dłuższego spoczynku zwłok lub urn z prochami ludzkimi⁸². Wydaje się zresztą, że taka szeroka interpretacja nie jest potrzebna, bowiem jeśli np. w karawanie przewożone są zwłoki, to wówczas znieważające zachowanie sprawcy jest skierowane przeciwko nim właśnie (jeśli natomiast zwłok tam nie ma, wówczas karawan podlega takiej ochronie prawnej jak każdy inny środek transportu). Miejscem spoczynku jest przede wszystkim grobowiec (zazwyczaj znajdujący się na cmentarzu), a także coraz częściej pojawiające się w polskiej rzeczywistości kolumbarium, w którym przechowywane są urny z prochami, jak również każde inne miejsce, w którym zwłoki zostały pochowane (np. krypta kościoła, katakumby, kopiec, kurhan czy pomnik stanowiący jednocześnie grobowiec)⁸³. Oczywiście warunkiem uznania danego miejsca za „miejsce spoczynku” jest to, aby zwłoki (prochy, szczątki) rzeczywiście w takim miejscu się znajdowały; a zatem nie jest możliwe znieważanie pustego grobowca czy kolumbarium. W przypadku jeśli sprawca nie wie o tym fakcie, w grę może wejść konstrukcja usiłowania nieudolnego.

Przestępstwo z art. 262 § 1 ma charakter formalny, powszechny i może być popełnione jedynie umyślnie. Nie ma zgodności poglądów co do tego, czy przestępstwo z art. 262 § 1 może być popełnione jedynie w zamiarze bezpośrednim (tak np. A. Michalska-Warias⁸⁴, E. Pływaczewski, A. Sakowicz⁸⁵, A. Marek⁸⁶), czy też – moim zdaniem słusznie – w obu postaciach zamiaru (Z. Ćwiąkalski⁸⁷, M. Mozgawa⁸⁸).

d. Ograbianie, o którym mówi § 2, to tyle co okradanie (zwłok, grobu czy miejsca spoczynku zmarłego) czyli zabór nienależącej do sprawcy rzeczy w celu przywłaszczenia. Słusznie zauważa się w doktrynie, że w przeciwieństwie do przestępstwa kradzieży nie ma znaczenia (dla kwalifikacji prawnej) w tym przypadku zarówno wartość rzeczy, jak i to, czy ową rzecz można

⁸¹ <https://synonim.net/synonim/miejsce+spoczynku>.

⁸² E. Pływaczewski, A. Sakowicz, (w:) A. Wąsek, R. Zawłocki (red.), Kodeks karny. Część szczególna, t. 2, Warszawa 2010, s. 517.

⁸³ L. Peiper, Kodeks..., s. 363–363; A. Michalska-Warias, (w:) Kodeks..., s. 426.

⁸⁴ A. Michalska-Warias, (w:) Kodeks..., s. 427.

⁸⁵ E. Pływaczewski, A. Sakowicz, (w:) Kodeks..., s. 519.

⁸⁶ A. Marek, Kodeks karny. Komentarz, Warszawa 2010, s. 560.

⁸⁷ Z. Ćwiąkalski, (w:) Kodeks..., s. 1427.

⁸⁸ M. Mozgawa, (w:) Kodeks..., s. 799.

określić jako cudzą⁸⁹. Należy uznać, że ograbienie zwłok obejmuje nie tylko zabranie przedmiotów, które zmarły miał na sobie (np. biżuteria, cenne okulary, zegarek, części garderoby, obuwie), ale również tych, które miał przy sobie (np. włożone przez krewnych przedmioty pamiątkowe), jak i elementów trwale połączonych ze zwłokami (np. złote zęby, protezy)⁹⁰. Gdy chodzi o ograbianie grobu (czy innego miejsca spoczynku zmarłego), to w grę wchodzi m.in. kradzież rzeźb umieszczonych na grobie, elementów metalowych czy płyty nagrobkowej⁹¹. Należy sądzić, że zabranie przez sprawcę czaszki lub fragmentów szkieletu należy traktować nie jako ograbienie, lecz jako znieważenie zwłok stypizowane w art. 262 § 1 k.k., choć w tej materii zdania w doktrynie są podzielone⁹². Z tego względu, że ustawodawca jed-

⁸⁹ D. Gruszecka, (w:) Kodeks..., s. 946.

⁹⁰ A. Michalska-Warias, (w:) Kodeks..., s. 426. Por. też interesujące uwagi T. Gardockiej dotyczące m.in. prawa własności „przedmiotów przynależnych do zwłok ludzkich”. Autorka rozważa m.in. kwestie własności biżuterii włożonej na zwłoki ludzkie po śmierci człowieka (np. pierścionka włożonego na rękę zmarłej przez narzeczonego, z założeniem, że jego wolą było to, aby pochować ją z owym pierścionkiem). T. Gardocka stawia pytanie, czyją własnością jest ten pierścionek? Na pewno nie osoby zmarłej, bowiem został włożony na rękę zwłok, a osoba nieżyjąca nie jest zdolna do nabycia własności. Nie jest też własnością spadkobierców, bowiem nie był własnością zmarłej w chwili jej śmierci. Natomiast ten, kto włożył jej ten pierścionek na palec zrobił to z zamiarem, aby ją z owym pierścionkiem pochowano, a zatem wyzbył się własności. Tak więc pierścionek nie jest własnością ofiarodawcy. Autorka zadaje pytanie, czy jest to zatem rzecz porzucona? Jak wgląda sytuacja, gdy ktoś zabrał ten pierścionek ze zwłok. Nie budzi wątpliwości, że byłoby to przestępstwo z art. 262 § 2 k.k. (ograbianie zwłok). Rodzi się jednak pytanie, kto jest w tym przypadku pokrzywdzonym, komu ten cenny przedmiot należy zwrócić? Można uznać, że wkładając ów cenny przedmiot na zwłoki ludzkie właściciel wyzbył się posiadania, wówczas – stosownie do art. 180 k.c. byłoby to wyzbycie się własności rzeczy ruchomej. Analizowana sytuacja nie jest typowym przypadkiem wyzbycia się własności, ponieważ szczególny przypadek powoduje, że rzeczy, pomimo, że nie ma ona właściciela, nie można legalnie (bez naruszenia przepisu art. 262 § 2 k.k.) objąć w posiadanie. Właścicielem rzeczy porzuconej z zasady staje się ten, kto obejmie ją w posiadanie samoistne (art. 181 k.c.). Czy w analizowanym przypadku – pomimo dokonania przestępstwa ograbienia zwłok, sprawca stałby się właścicielem pierścionka i nie byłoby osoby, która prawnie mogłaby domagać się jego zwrotu? Jak zauważa T. Gardocka byłby to rezultat dość nieoczekiwany. Wskazuje ona, że można także twierdzić, że jako przedmiot pochodzący z przestępstwa ograbienia zwłok przepada on na rzecz Skarbu Państwa (art. 44 k.k.). Nie można natomiast znaleźć podstawy, która pozwalałaby domagać się zwrotu rzeczy temu, kto włożył ją na zwłoki. Jak pisze T. Gardocka osoba ta, wobec faktu porzucenia rzeczy ruchomej poprzez włożenie jej na zwłoki ludzkie, nie może być pokrzywdzonym w rozumieniu k.p.k. (art. 49). Nie może domagać się zwrotu rzeczy, ani ponownego włożenia tej rzeczy na zwłoki. Pokrzywdzonym nie może być także osoba zmarła, z której zwłok przedmiot zdjęto, bowiem nie była właścicielem cennego przedmiotu, ani osoby jej najbliższe, albowiem ich pokrzywdzenie musi być związane z pokrzywdzeniem tej osoby. T. Gardocka, *Czy zwłoki...*, s. 278–279.

⁹¹ Z. Cwiąkałski, (w:) Kodeks..., s. 1425.

⁹² Za traktowaniem takiego zachowania jako znieważenia zwłok opowiada się m.in. R. A. Stefański, *Przestępstwo...*, s. 26; D. Gruszecka, (w:) Kodeks..., s. 946; A. Michalska-Warias, (w:) Kodeks..., s. 426. Z. Cwiąkałski uważa, że ograbianie może pole-

noznacznie wskazał, że ograbienie może dotyczyć „grobu lub miejsca spoczynku zmarłego” zasadny jest pogląd, że przedmiotem, na którym realizowane jest znamię ograbienia może być tylko grób lub inne miejsce spoczynku, w którym zwłoki (ewentualnie prochy) faktycznie się znajdują; w przypadku gdy grób (miejsce spoczynku) jest pusty, jego ograbienie realizuje ustawowe znamiona przestępstwa kradzieży z art. 278 k.k.⁹³ Jak słusznie wskazuje R. A. Stefański w art. 262 § 2 (w porównaniu z § 1) pominięto prochy ludzkie, co *prima vista* wskazuje, iż ograbienia prochów ludzkich nie objęto kryminalizacją. Autor ten przywołuje pogląd J. Śliwowskiego, uważającego, że pojęcie „zwłoki” w kontekście analizowanego przepisu powinno być rozumiane szeroko, obejmując również prochy ludzkie⁹⁴, jednakże konkluduje, że takie rozwiązanie nie jest słuszne, bowiem stanowi niedopuszczalną interpretację rozszerzającą na niekorzyść sprawcy⁹⁵. Jedynie na marginesie warto zauważyć, że trudno jest pojęciowo wyobrazić sobie ograbienie prochów ludzkich, bowiem w wyniku spopielenia (dokonywanego w temperaturze ok. 850°C) raczej nie pozostają rzeczy, które mogłyby być przedmiotem zaboru, a do urn z prochami zazwyczaj nie wkłada się cennych przedmiotów. Zdaniem A. Michalskiej-Warias „ograbienie urny z prochami ze znajdujących się w niej wartościowych przedmiotów” należy oceniać przez pryzmat art. 278 k.k.⁹⁶ Tak jak powiedziano powyżej, jest rzeczą mało prawdopodobną aby w urnie z prochami znajdowały się cenne przedmioty, bardziej realne jest to, że znajdują się one na urnie (np. ozdoby wykonane z cennego metalu). Wydaje się jednak, że w przypadku ograbienia urny z prochami (o ile w ogóle będzie to możliwe) i tak dojdzie do ograbienia grobu czy miejsca spoczynku zmarłego, z uwagi na fakt, że prochy ludzkie muszą być pochowane przez złożenie w grobach ziemnych, w grobach murowanych, katakumbach lub kolumbariach (art. 12 ust. 1 w zw. z art. 20a ustawy o cmentarzach i chowaniu zmarłych). Przestępstwo z art. 262 ma charakter powszechny i skutkowy (a do jego dokonania dochodzi z chwilą objęcia przez sprawcę we władanie rzeczy stanowiącej przedmiot zaboru). Może być ono popełnione jedynie umyślnie (z zamiarem bezpośrednim).

4. Zbiegi przepisów

Jeśli sprawca jednocześnie okrada zwłoki i je znieważa (np. wyrzucenie zwłok z trumny i ograbienie ich; rozebranie zwłok do naga i pozostawienie

gać na zabranie narządów ciała czy fragmentów szkieletu. Z. Cwiakałski, (w:) Kodeks..., s. 1425.

⁹³ A. Michalska-Warias, (w:) Kodeks..., s. 426.

⁹⁴ J. Śliwowski, Prawo..., s. 428.

⁹⁵ R. A. Stefański, Przestępstwo..., s. 26.

⁹⁶ A. Michalska-Warias, (w:) Kodeks..., s. 427.

ich w tym stanie oraz okradzenie z cennych przedmiotów), wówczas dochodzi do kumulatywnej kwalifikacji art. 262 § 1 w zb. z art. 262 § 2 k.k.⁹⁷ Jeżeli sprawca znieważa zwłoki, prochy ludzkie lub miejsce spoczynku zmarłego jednocześnie złośliwie przeszkadzając pogrzebowi, uroczystościom lub obrzędowi religijnym, wówczas zasadne jest przyjęcie rzeczywistego właściwego zbiegu przepisów i kumulatywnej kwalifikacji (art. 262 § 1 w zb. z art. 195 § 2 w zw. z art. 11 § 2 k.k.⁹⁸). W praktyce, znieważanie z art. 262 § 1 często polega na niszczeniu lub uszkodzeniu, co w rezultacie powoduje konieczność zastosowania kumulatywnej kwalifikacji (art. 262 § 1 w zw. z art. 288 § 1 lub 2). W przypadku gdy wartość zniszczonego mienia jest niższa niż 25% minimalnego wynagrodzenia mamy do czynienia z idealnym zbiegiem przestępstwa z wykroczeniem (art. 262 § 1 k.k. w zb. z art. 124 § 1 k.w.). Kumulatywna kwalifikacja możliwa jest również w przypadku ograbiania zwłok, grobu czy innego miejsca spoczynku zmarłego z jednoczesnym niszczeniem czy uszkodzeniem rzeczy (art. 262 § 2 w zb. z art. 288 § 1 lub 2 k.k.); odpowiednio – przy wartości zniszczonego mienia poniżej 25% minimalnego wynagrodzenia – może też dojść do zbiegu idealnego (art. 262 § 2 w zb. z art. 124 § 1 k.w.). W przypadku ograbienia (zwłok, grobu lub innego miejsca spoczynku zmarłego), pomiędzy przepisami art. 262 § 2 k.k. a art. 278 § 1 (lub § 3) k.k. zachodzi stosunek *lex specialis derogat legi generali*, gdzie przepisem szczególnym jest art. 262 § 2 k.k.⁹⁹ W doktrynie także wskazuje się, że zasadne jest uznanie, że przepis art. 262 § 2 stanowi także *lex specialis* w stosunku do art. 119 k.w.; czyn polegający na ograbieniu zwłok (grobu, innego miejsca spoczynku zmarłego) jest więc występkiem nawet wówczas, gdy wartość skradzionej rzeczy nie przekroczy 25% minimalnego wynagrodzenia, co łączy się z faktem, iż okradanie zwłok (grobow itp.) jest czynem szczególnie nagannie ocenianym i budzącym negatywne odczucia społeczne¹⁰⁰. Możliwy jest idealny (jednoczynowy) zbieg przepisów art. 262 § 1 z art. 141 k.w. (umieszczanie nieprzyzwoitego napisu, rysunku w miejscu publicznym) lub z art. 140 k.w. (nieobyczajny wybryk)¹⁰¹.

Jak podnosi M. Czyżak „(...) za szczególny przejaw znieważenia grobów i cmentarzy wojennych żołnierzy państw obcych, uznać należy (...) umieszczenie na nich symboli systemów totalitarnych, mających utożsamiać zmarłych tam spoczywających z bojownikami o wprowadzenie określonych sys-

⁹⁷ Z. Ćwiąkałski, (w:) Kodeks..., s. 1428; A. Michalska-Warias, (w:) Kodeks..., s. 429.

⁹⁸ P. Kozłowska-Kalisz, (w:) Kodeks karny. Komentarz, pod red. M. Mozgawy, Warszawa 2017, s. 601.

⁹⁹ Tak słusznie SN w wyroku z dnia 29 września 1987 r., sygn. VI KZP 24/87, OSNKW 1987, nr 11–12, poz. 99, z glosami aprobującymi: Z. Migrosa i B. Kurzępy, OSP 1988, nr 11–12, poz. 238.

¹⁰⁰ A. Marek, Kodeks..., s. 560; A. Michalska-Warias, (w:) Kodeks..., s. 429.

¹⁰¹ M. Mozgawa, (w:) Kodeks karny. Komentarz, pod red. M. Mozgawy, Warszawa 2017, s. 799.

temów politycznych i zmierzających do nadania miejscom ich pochówku charakteru politycznego w miejsce historycznego, związanego z faktem ich śmierci w związku z określonym wydarzeniem dziejowym. Przepięstwo znieważenia miejsca spoczynku zmarłego może wówczas pozostawać w zbiegu z przestępowstwem z art. 256 § 1 k.k. polegającym m.in. na publicznym nawoływaniu do nienawiści na tle różnic narodowościowych i etnicznych (...)¹⁰².

Niekiedy grobowce mogą mieć wartość zabytkową, a w takim przypadku ich niszczenie (stanowiące jednocześnie znieważenie miejsca spoczynku) będzie implikować konieczność zastosowania kumulatywnej kwalifikacji z art. 262 § 1 w zb. z art. 108 ust. 1 ustawy z dnia 23 lipca 2003 r. o ochronie zabytków i opiece nad zabytkami¹⁰³ („Kto niszczy lub uszkadza zabytek, podlega karze pozbawienia wolności od 6 miesięcy do lat 8”)¹⁰⁴. Na analogicznych zasadach jest możliwa kumulatywna kwalifikacja z art. 262 § 2 (przy ograbieniu zabytkowego grobowca) z art. 108 ust. 1 ustawy o ochronie zabytków (a jeśli równocześnie miało miejsce znieważenie miejsca spoczynku należy także uwzględnić w kwalifikacji art. 262 § 1 k.k.).

W przypadku jeśli sprawca w celu ograbienia zwłok lub miejsca spoczynku zmarłego włamuje się do pomieszczenia, wówczas mamy do czynienia z rzeczywistym właściwym zbiegiem przepisu art. 262 § 2 z przepisem art. 279 § 1 k.k.¹⁰⁵; jeśli w takim samym celu używa przemocy wobec osoby lub groźby jej użycia wówczas w grę może wejść kumulatywna kwalifikacją z art. 262 § 2 w zb. z art. 280 § 1 lub 2 k.k. W doktrynie wskazuje się, że możliwy jest również zbieg art. 262 § 2 z art. 294 § 1 w zw. z art. 278 § 1 k.k. (gdy sprawca zabiera z grobu przedmiot, którego wartość jest znaczna lub który stanowi dobro o szczególnym znaczeniu dla kultury)¹⁰⁶.

Pomaganie zabójcy w ukryciu zwłok i zatarciu śladów zbrodni nie jest czynem współukaranym następczym, ponieważ odmienność chronionych dóbr prawnych oraz szkoda wynikła z postępowania ze zwłokami (tzn. sprofanowanie zwłok) sprzeciwiają się uznaniu za wystarczające ukaranie sprawcy za czyny uprzednie¹⁰⁷.

¹⁰² M. Czyżak, Prawna ochrona grobów i cmentarzy wojennych w polskim systemie prawnym, WPP 2011, nr 2, s. 53.

¹⁰³ Tekst jedn. Dz. U. z 2014 r., poz. 1446 z dnia 24 października 2014 r.

¹⁰⁴ Por. na ten temat M. Czyżak, Prawna..., s. 54.

¹⁰⁵ Z. Cwiakałski, (w:) Kodeks..., s. 1428. Zdaniem A. Herzoga „dyskusyjne jest, czy w przypadku, gdy sprawca włamuje się do zamkniętego grobowca, zachodzi kumulatywny zbieg art. 262 § 2 z art. 279 k.k.” A. Herzog, (w:) Kodeks karny. Komentarz, pod red. R. A. Stefańskiego, Warszawa 2015, s. 1651.

¹⁰⁶ A. Michalska-Warias, (w:) Kodeks..., s. 429.

¹⁰⁷ Wyrok SA w Krakowie z dnia 7 września 2000 r., sygn. II AKa 126/00, KZS 2000, nr 9, poz. 34.

5. Wymiar kary

Przestępstwo z art. 262 § 1 zagrożone jest grzywną, karą ograniczenia wolności albo pozbawienia wolności do lat 2. Grzywna samoistna, zgodnie z art. 33 § 1 k.k., może wynosić od 10 do 540 stawek dziennych (a wysokość jednej stawki to kwota od 10 do 2000 zł – art. 33 § 3 k.k.). Sąd może wymierzyć sprawcy karę ograniczenia wolności (od jednego miesiąca do dwóch lat). Jeśli sąd uzna, że powyższe nieizolacyjne kary (tzn. grzywna lub ograniczenie wolności) nie spełnią celów kary, wówczas (zgodnie z art. 58 § 1 k.k.) może sięgnąć po karę pozbawienia wolności (od 1 miesiąca do lat 2). Oczywiście, wykonanie orzeczonej kary pozbawienia wolności (orzeczonej w wymiarze do jednego roku) może zostać warunkowo zawieszona. Z uwagi na górne granice kary pozbawienia wolności przewidzianej w art. 262 § 1 możliwe jest warunkowe umorzenie postępowania karnego (stosownie do art. 66 k.k., oczywiście pod warunkiem spełnienia wszystkich wskazanych tam przesłanek). Możliwe jest również odstępnie od wymierzenia kary (na podstawie art. 59 k.k.) za przestępstwo z art. 262 § 1 k.k. z uwagi na fakt, że zagrożenie karą nie przekracza 3 lat pozbawienia wolności, oczywiście pod warunkiem, że społeczna szkodliwość czynu nie jest znaczna. W takim przypadku sąd orzeka środek karny (przy założeniu, że cele kary zostaną przez ten środek spełnione). Przestępstwo z art. 262 § 2 zagrożone jest karą pozbawienia wolności od 6 miesięcy do lat 8. Jeśli orzeczona kara pozbawienia wolności nie przekroczy jednego roku, wówczas jej wykonanie może zostać warunkowo zawieszona. Możliwe jest zastosowanie art. 37a (sankcja zamienna); w grę wchodzi również art. 37b (kara mieszana). Z uwagi na fakt, że oba występki są skierowane przeciwko porządkowi publicznemu, możliwe jest wystąpienie ich chuligańskiego charakteru (w rozumieniu art. 115 § 21 k.k.), a wymiar kary następuje wówczas na zasadach określonych w art. 57a k.k. (z możliwością orzeczenia nawiązki na podstawie art. 57a § 2 k.k.¹⁰⁸). Wobec sprawcy występków z art. 262 § 1 lub 2 k.k. sąd może orzec podanie wyroku do publicznej wiadomości, jeśli uzna, że w ten sposób zostaną zrealizowane cele kary w zakresie jej społecznego oddziaływania. W stosunku do sprawcy przestępstwa z art. 262 § 2 (jeśli czyn został popełniony w wyniku motywacji zasługującej na szczególne potępienie, a sprawcy wymierzono karę co najmniej 3 lat pozbawienia wolności) sąd może orzec pozbawienie praw publicznych. Możliwe jest orzeczenie przepadku przedmiotów (art. 44 k.k.), przepadku korzyści majątkowych pochodzących z przestępstwa (art. 45 k.k.) bądź obowiązku naprawienia szkody (lub nawiązki) – art. 46 k.k. (głównie w stosunku do sprawcy przestępstwa z art. 262 § 2 k.k.).

¹⁰⁸ A. Michalska-Warias, (w:) Kodeks..., s. 430.

Skazania prawomocne z art. 262 § 1 i 2 łącznie ¹⁰⁹		liczby bezwzględne				
rok	liczba skazań	grzywna samoistna	ograniczenie wolności	pozbawienie wolności bez zawieszenia wykonania kary	pozbawienie wolności z zawieszeniem wykonania kary	kara mieszana
2010	107 (37)	12	12	14	69	nd
2011	117 (28)	9	3	28	77	nd
2012	144 (20)	4	2	31	107	nd
2013	127 (13)	3	5	31	88	nd
2014	114 (24)	2	8	19	85	nd
2015	67 (11)	4	11	16	36	0
2016	96 (21)	17	34	15	28	2
W kolumnie drugiej w nawiasie podano skazania prawomocne z art. 262 § 1. Skrót „nd” oznacza „nie dotyczy”. W latach 2010–2014 nie było w polskim prawie karnym kary mieszanej.						
		odsetki ¹¹⁰				
rok	liczba skazań	grzywna samoistna	ograniczenie wolności	pozbawienie wolności bez zawieszenia wykonania kary	pozbawienie wolności z zawieszeniem wykonania kary	kara mieszana
2010	107	11,2	11,2	13,1	64,5	nd
2011	117	7,7	2,6	23,9	65,8	nd
2012	144	2,8	1,4	21,5	74,3	nd
2013	127	2,4	3,9	24,4	69,3	nd
2014	114	1,8	7,0	16,7	74,6	nd
2015	67	6,0	16,4	23,9	53,7	0
2016	96	17,7	35,4	15,6	29,2	2

Jak wynika z powyższych danych statystycznych (dotyczących prawomocnych skazań z art. 262 § 1 i 2 łącznie) liczba tych skazań jest stosunkowo niewielka w skali roku (od 67 w roku 2015 do 144 w roku 2012). Do roku 2015 zdecydowanie dominowały skazania na karę pozbawienia wolności

¹⁰⁹ Źródło: Ministerstwo Sprawiedliwości.

¹¹⁰ Źródło: Ministerstwo Sprawiedliwości.

z warunkowym zawieszaniem jej wykonania (aż 74,3% w roku 2012). Na drugim miejscu plasowała się kara pozbawienia wolności w postaci bezwzględnej (24,4% w roku 2013; 23,9% w roku 2015). Rzadziej stosowano karę ograniczenia wolności (choć z różną częstotliwością w poszczególnych latach – od 1,4 % w roku 2012 po 16,4% w roku 2015). Najrzadziej sądy sięgały po karę grzywny samoistnej (choć i tu były bardzo istotne wahania – od 1,8% w roku 2014, po aż 11,2% w roku 2010). Sytuacja radykalnie zmieniła się w statystykach od roku 2016 (na co niewątpliwie miały wpływ zmiany w k.k. z 2015 r. ograniczające możliwość warunkowego zawieszenia wykonania kary pozbawienia wolności w wymiarze do roku, a nie – jak było to poprzednio – do lat 2). I tak w roku 2016 najczęściej orzekano karę ograniczenia wolności (35,4%), na drugim miejscu uplasowała się kara pozbawienia wolności z warunkowym zawieszaniem jej wykonania (29,2%), na trzecim – grzywna samoistna (17,7%), choć z niewielką przewagą nad bezwzględnym pozbawieniem wolności (15,6%). Trudno jest przewidzieć, czy ta tendencja (zarysowana w roku 2016) zostanie utrzymana czy też ulegnie ona zmianie.

Gdy chodzi o skazania z art. 262 § 1 k.k., to są one rzadsze niż w przypadku występków z art. 262 § 2 (od 11 do 37 skazań w skali roku). Z uwagi na niewielką liczbę skazań trudno jest mówić tu o jakiejś wyraźnej tendencji w polityce karnej sądów. W pierwszym okresie (lata 2010–2012) najczęściej orzekano karę pozbawienia wolności z warunkowym zawieszeniem jej wykonania, zaś w końcowym (2014–2016) większego znaczenia zdaje się nabierać kara ograniczenia wolności.

Analiza danych dotyczących skazań z art. 262 § 2 wskazuje, że liczba ta jest zdecydowanie większa niż w przypadku występków z art. 262 § 1. Przez niemal cały okres (a ściślej w latach 2010–2015) dominowały skazania na karę pozbawienia wolności z warunkowym zawieszaniem jej wykonania (71,4% w 2010 r., 72,8% w 2013 r.). Istotną zmianę przyniósł rok 2016 w którym zrównała się liczba skazań na karę ograniczenia wolności ze skazaniami na karę pozbawienia wolności z warunkowym zawieszaniem jej wykonania (po 24 przypadki – po 32%). Na uwagę zasługuje również wzrost skazań na karę grzywny, a wart odnotowania jest fakt dwukrotnego orzeczenia kary mieszanej (art. 37b k.k.).

Skazania prawomocne z art. 262 § 1 ¹¹¹						
rok	liczba skazań	grzywna samostna	ograniczenie wolności	ozbawienie wolności bez zawieszenia wykonania kary	pozbawienie wolności z zawieszeniem wykonania kary	kara mieszana
2010	37	12	12	2	11	nd
2011	28	6	3	5	14	nd
2012	24	4	2	0	18	nd
2013	13	3	5	0	5	nd
2014	24	2	8	3	4	nd
2015	11	3	4	0	3	0
2016	21	6	10	1	4	0
Skazania prawomocne z art. 262 § 2 ¹¹²						
rok	liczba skazań	grzywna samostna	ograniczenie wolności	pozbawienie wolności bez zawieszenia wykonania kary	pozbawienie wolności z zawieszeniem wykonania kary	kara mieszana
2010	70	0	0	12	50	nd
2011	89	3	0	23	63	nd
2012	120	0	0	31	89	nd
2013	114	0	0	31	83	nd
2014	90	0	0	16	74	nd
2015	56	1	6	16	33	0
2016	75	11	24	14	24	2

6. Uwagi końcowe

Nie budzi istotnych zastrzeżeń ani wątpliwości aktualne ujęcie przepisów art. 262 § 1 i 2 k.k. Właściwe jest również ich umiejscowienie w grupie przestępstw przeciwko porządkowi publicznemu (a nie jak było to na gruncie k.k. z 1969 r. – wśród przestępstw przeciwko wolności sumienia i wyznania).

¹¹¹ Źródło: Ministerstwo Sprawiedliwości.

¹¹² Źródło: Ministerstwo Sprawiedliwości.

Przestępstwa te dość często pojawiają się w polskiej rzeczywistości (np. 1515 przestępstw stwierdzonych w roku 2013), a zdecydowanie dominują wśród nich kwalifikacje z art. 262 § 2 (ograbianie grobów), stanowiąc $\frac{3}{4}$ ogółu przestępstw z art. 262. Trudno jest wyciągać wiążące wnioski bez przeprowadzenia badań empirycznych, ale intuicyjnie wydaje się, że w praktyce dominują sprawy polegające na kradzieżach z grobów kwiatów, wieńców, wazonów, krzyży czy innych ozdób, które to zachowania nasilają się szczególnie w okolicach dnia Wszystkich Świętych. Niewielki jest procent wykrywalności sprawców tych przestępstw, a co za tym idzie mała liczba podejrzanych (143 w roku 2013) i jeszcze mniejsza liczba skazań prawomocnych (127 osób w roku 2013). Zwraca uwagę fakt, że ubiegłym roku (2016) najczęściej orzekano wobec sprawców przestępstw z art. 262 § 1 i 2 (łącznie) karę ograniczenia wolności (35,4% ogółu skazań), co jest zjawiskiem zupełnie nowym w stosunku do lat poprzednich, kiedy to zdecydowanie dominowała kara pozbawienia wolności z warunkowym zawieszeniem jej wykonania.

Offences of profanation and spoliation of a corpse, grave or last resting place (Penal Code, Article 262, § § 1 and 2)

Abstract

This contribution explores statutory criteria of offences under Article 262, § 1 (profanation of a corpse, human ashes, or a last resting place) and Article 262, § 2 (spoliation of a corpse, grave or any other last resting place). Attention is also paid to recognition of these offences by Polish criminal laws in the 20th century and at present. The herein presented insight into a complex issue of concurrence of provisions shows that there is often real concurrence between the provisions of Article 262 of the Penal Code and other provisions (e.g. provisions of Article 195, § 2 of the Penal Code, Article 288, § § 1 and 2 of the Penal Code, Article 256, § 1 of the Penal Code, Article 279, § 1 of the Penal Code, Article 108, clause 1 of the Act of 23 July 2003 on the protection and guardianship of monuments). Statistics reveal a considerable number of offences under Article 262 (§ § 1 and 2 together) (e.g. 1515 offences identified in 2013), with three-fourths of them being under Article 261, § 2 of the Penal Code). The number of identified suspects is small, with the number of finally convicted people being even smaller (e.g. 96 individuals in 2016).

Magdalena Kołdys

Zwalczanie przestępczości związanej z wyłudzeniem nienależnego zwrotu podatku VAT w opinii prokuratorów

Streszczenie

Autorka w ramach niniejszego artykułu przedstawia częściowe wyniki badań ankietowych¹, w odniesieniu do jednej z badanych grup tj. grupy prokuratorów. Całościowo badanie objęło oprócz prokuratorów również sędziów oraz przedstawicieli organów ścigania. Przedmiotem badań było poznanie opinii wskazanych grup w kwestii szczególnie istotnej ze względu na ochronę interesów ekonomicznych Skarbu Państwa, a mianowicie w odniesieniu do zwalczania przestępczości związanej z wyłudzeniem nienależnego zwrotu podatku od towarów i usług VAT. W artykule przedstawiono wyniki analizy uzyskanych ankiet badawczych, które zostały wypełnione przez prokuratorów Prokurator Okręgowych, Regionalnych, a także prokuratorów Wydziałów Zamiejscowych Departamentu do Spraw Przestępczości Zorganizowanej i Korupcji Prokuratury Krajowej.

1. Uwagi wstępne

O tym, jak ważne i istotne jest zwalczanie przestępczości o charakterze gospodarczym oraz finansowo-podatkowym, która w szczególności godzi w interesy ekonomiczne Skarbu Państwa, nie trzeba nikogo przekonywać. Tego rodzaju przestępczość oraz jej szkodliwość w odniesieniu do wysokości wpływów do budżetu państwa ogniskuje się właśnie w ramach przestępstw związanych z wyłudzeniem nienależnego zwrotu podatku od towarów i usług VAT.

Walka z tym przestępczym zjawiskiem w ostatnich latach przybrała na sile i to na wielu frontach. Z jednej strony należy wskazać na działania ustawodawcy w odniesieniu do poszczególnych regulacji prawnych tj. m.in. na nowelizację kodeksu karnego z 2017 r. wprowadzającą penalizację czynów

¹ Badanie zostało przeprowadzone w ramach projektu pt. „Opinia przedstawicieli wymiaru sprawiedliwości oraz organów ścigania w kwestii przestępczości związanej z wyłudzeniem nienależnego zwrotu podatku od towarów i usług VAT”. Autorka realizuje wskazany projekt badawczy na Wydziale Prawa Uniwersytetu w Białymstoku w ramach konkursu przeprowadzonego przez Ministerstwo Nauki i Szkolnictwa Wyższego, dotyczącego badań naukowych lub prac rozwojowych oraz zadań z nimi związanych służących rozwojowi.

związanych z wystawianiem i dalszym używaniem nierzetelnych faktur², czy też wprowadzoną w 2016 r. zmianę w ustawie o podatku od towarów i usług oraz niektórych innych ustaw, czyli tzw. pakiet paliwowy³. Z drugiej strony doszło w ostatnim czasie do konsolidacji aparatu skarbowego w postaci urzędów skarbowych, urzędów kontroli skarbowej oraz izby skarbowych ze służbą celną w ramach Krajowej Administracji Skarbowej⁴.

Czy powyższe zmiany były i są słusznym kierunkiem, mającym na celu wsparcie organów ścigania w zwalczaniu przestępczości podatkowo-skarbowej, to się dopiero tak naprawdę okaże w toku wykorzystywania nowych narzędzi i działania nowych regulacji prawnych. W tym względzie szczególnie ważna jest opinia praktyków, gdyż nikt inny jak właśnie praktycy, w ramach swojej pracy czy też pełnionej służby, potrafią wskazać na zalety i ułomności poszczególnych rozwiązań prawnych.

2. Metodologia badań

W ramach niniejszego artykułu zaprezentowane zostaną jedynie częściowe wyniki badań, w odniesieniu do badanej grupy prokuratorów realizujących czynności służbowe w ramach prokuratur różnych szczebli.

Jeżeli chodzi o całościowy zakres przeprowadzonych badań, to miały one charakter ogólnopolski. W ramach realizowanego projektu rozesłano około 6000 ankiet badawczych do Prokuratur Regionalnych (10), Prokuratur Okręgowych (45), Wydziałów Zamiejscowych Departamentu do Spraw Przestępczości Zorganizowanej i Korupcji Prokuratury Krajowej (11), Sądów Apelacyjnych (10), Sądów Okręgowych (42), Komend Wojewódzkich Policji (17), Zarządów Centralnego Biura Śledczego Policji (17), Delegatur Centralnego Biura Antykorupcyjnego (10), Delegatur Agencji Bezpieczeństwa Wewnętrznego (16), Oddziałów Żandarmerii Wojskowej (8), Oddziałów Straży Granicznej (8), Izby Administracji Skarbowej (16) – łącznie były to 202 jednostki.

Uzyskano bardzo dużą zwrotność, w szczególności w przypadku jednostek prokuratury – na 66 jednostek wszystkich szczebli uzyskano odpowiedzi z 46, w odniesieniu do sądów wszystkich szczebli na 52 jednostki uzyskano odpowiedzi z 36 jednostek, w odniesieniu do jednostek Straży Granicznej odpowiedzi przesłało 7 z 8 Oddziałów Straży Granicznej, w odniesieniu do Centralnego Biura Antykorupcyjnego – wszystkie Delegatury odeślały wypełnione ankiety badawcze. Tym niemniej należy wskazać, iż nie

² Ustawa z dnia 10 lutego 2017 r. o zmianie ustawy – Kodeks karny oraz niektórych innych ustaw, Dz. U. z 2017 r., poz. 244.

³ Ustawa z dnia 7 lipca 2016 r. o zmianie ustawy o podatku od towarów i usług oraz niektórych innych ustaw, Dz. U. z 2016 r., poz. 1052.

⁴ Ustawa z dnia 16 listopada 2016 r. o Krajowej Administracji Skarbowej, Dz. U. z 2016 r., poz. 1947.

uzyskano zgody Komendanta Głównego Policji na udział funkcjonariuszy Policji oraz funkcjonariuszy Centralnego Biura Śledczego Policji w badaniu. Bardzo niską zwrotność uzyskano również w odniesieniu do jednostek Agencji Bezpieczeństwa Wewnętrznego oraz Żandarmerii Wojskowej.

Odnośnie wykorzystanej w projekcie metody badawczej to badania przeprowadzono metodą ankiety pocztowej⁵. Na ankietę składało się łącznie 10 pytań zamkniętych dotyczących problematyki zwalczania przestępczości związanej z wyłudzeniem nienależnego zwrotu podatku od towarów i usług VAT oraz krótka metryczka, w której ankietowani określali swoją płeć, wiek oraz staż pracy/służby. Badania zostały przeprowadzone w okresie od marca do lipca 2017 r.⁶

W ramach przeprowadzonych badań uzyskano z Prokuratur Okręgowych łącznie 1102 ankiety badawcze, z Prokuratur Regionalnych 70 ankiet badawczych, z Wydziałów Zamiejscowych Departamentu do Spraw Przestępczości Zorganizowanej i Korupcji Prokuratury Krajowej 56 ankiet badawczych, a także 102 ankiety badawcze przesłane z prokuratur rejonowych⁷.

Do każdej z 66 jednostek prokuratury rozesłano po 30 ankiet badawczych, co daje łącznie liczbę 1980 rozesłanych ankiet. Otrzymano łącznie 1228 wypełnionych kwestionariuszy badawczych, w efekcie czego uzyskano bardzo wysoką zwrotność na poziomie 62,02%⁸. Tym samym można przyjąć, iż badanie jest reprezentatywne dla danej grupy badawczej.

3. Opis wyników przeprowadzonych badań

W wyniku przeprowadzonych badań otrzymano łącznie 1306 wypełnionych ankiet, gdzie ankietowani wskazali swoją płeć, z czego 46,3% (605) ankiet zostało wypełnionych przez mężczyzn, zaś 53,7% (701) przez kobiety⁹.

⁵ O zastosowaniu tej metody badawczej zdecydowały walory tj.: możliwość objęcia badaniami dużej liczby osób oraz zachowanie anonimowości respondenta.

⁶ W ramach niniejszego opracowania przedstawiono wyniki uzyskane odnośnie 6 pytań zawartych w kwestionariuszu badawczym.

⁷ W ramach prowadzonych badań założono, iż Prokuratury Rejonowe nie zostaną objęte badaniem, z uwagi jednak, iż wpłynęła dodatkowa ilość ankiet wypełnionych przez prokuratorów tego szczebla, ujęto również tą grupę prokuratorów w ramach niniejszego opracowania, przy czym wydaje się, iż z uwagi na niewielką ilość ankiet względem całkowitej ilości prokuratorów Prokurator Rejonowych uzyskane wyniki nie są reprezentatywne dla wskazanej grupy. Tym niemniej, jak się wydaje, analiza uzyskanych odpowiedzi potwierdza generalną opinię prokuratorów innych szczebli.

⁸ W obliczeniach uwzględniono jedynie prokuratorów Prokuratur Okręgowych, Prokuratur Regionalnych oraz prokuratorów z Wydziałów Zamiejscowych Departamentu do Spraw Przestępczości Zorganizowanej i Korupcji Prokuratury Krajowej.

⁹ Zarówno w kwestii wskazania płci, wieku jak i odpowiedzi na inne pytania zawarte w ankiecie, łączna liczba odpowiedzi może różnić się w odniesieniu do całkowitej liczby otrzymanych

Jeśli chodzi o wiek ankietowanych to 2% (26) odpowiadających prokuratorów określiło swój wiek w przedziale do 30 lat, 35,4% (460) prokuratorów wskazała przedział od 31 do 40 lat, 22,8% (297) osób było w wieku powyżej 51 lat, zaś najliczniejszą grupę bo aż 39,9% (521) stanowiły osoby w wieku od 41 do 50 lat.

W kwestii określenia grupy badawczej ze względu na długość stażu pracy, to spośród 1296 ankietowanych, którzy udzieli odpowiedzi na tak postawione pytanie, jedynie 10,4% (133) prokuratorów zaliczyło się do osób o stażu pracy do 5 lat, 20,8% ankietowanych (269) wskazało natomiast jako staż pracy przedział od 6 do 10 lat. Zdecydowanie najczęściej, bo aż 36,6% (474) ankietowanych posiadało staż pracy powyżej 20 lat, zaś 32,4% (420) osób wskazała jako staż pracy przedział od 11 do 20 lat.

Poddając analizie powyższe dane należy stwierdzić, iż znacząca większość ankietowanych prokuratorów charakteryzuje się wiekiem powyżej 40 lat, przy czym jednocześnie owa grupa może pochwalić się najdłuższym stażem pracy.

Przechodząc do kwestii podstawowych, należy wskazać, iż jednym z głównych problemów badawczych było uzyskanie od prokuratorów opinii dotyczącej kwestii wzrostu przestępczości związanej z wyłudzeniem nienależnego zwrotu podatku od towarów i usług VAT lub uchylaniem się od wykonania zobowiązania podatkowego w podatku od towarów i usług VAT. W ramach przeprowadzonych badań było to pytanie o tyle istotne, że opinia o stanie i stopniu przestępczości mogła mieć wpływ na poglądy badanych dotyczące konkretnych rozwiązań prawnych, ich represyjności i skuteczności bądź jej braku. Tak więc, pierwszym pytaniem, na które musieli odpowiedzieć ankietowani prokuratorzy było: czy w ostatnich latach mamy do czynienia ze wzrostem przestępczości związanej z wyłudzeniem nienależnego zwrotu podatku od towarów i usług VAT lub uchylaniem się od wykonania zobowiązania podatkowego w podatku od towarów i usług VAT.

W toku badań ustalono, iż ponad 70% badanych prokuratorów, którzy wypełnili formularze ankiety, uznało, iż w ostatnich latach nie mamy do czynienia ze wzrostem przestępczości – odpowiedzi „zdecydowanie tak” i „raczej tak”. Jedynie 0,9% (11) ankietowanych była przeciwnego zdania, przy czym takiej odpowiedzi nie wskazał żaden z prokuratorów z prokuratur rejonowych oraz Wydziałów Zamiejscowych Prokuratury Krajowej. Wskazać również należy na dość sporą bo aż 15% grupę, która nie miała wyrobionego zdania w badanej kwestii.

Analizując powyższe dane można stwierdzić, iż opinia prokuratorów koreluje z opiniami sędziów i przedstawicieli organów ścigania. W tych grupach

ankiet. Powyższe wynika z faktu, iż niektórzy ankietowani nie udzielali odpowiedzi na wszystkie zadane pytania lub zaznaczali więcej niż jedną odpowiedź.

odpowiednio 31% badanych sędziów oraz 36% badanych funkcjonariuszy odpowiedziało na zadane pytanie „zdecydowanie tak”. Opinia wyrażona przez prokuratorów różnych szczebli, jak się wydaje, jest odbiciem prowadzonych przez Policję statystyk względem stwierdzonych przestępstw gospodarczych. Od roku 2012 notowano stały wzrost tego rodzaju przestępstw z poziomu 141 483 w roku 2012 do 167 741 w roku 2015. Wskazać w tym względzie należy na rok 2016, w którym odnotowano znaczny spadek stwierdzonych przestępstw gospodarczych do poziomu 150 385¹⁰.

Tabela nr 1.

Czy uważa Pani/Pan, iż w ostatnich latach mamy do czynienia ze wzrostem przestępczości związanej z wyłudzeniem nienależnego zwrotu podatku od towarów i usług VAT lub uchylaniem się od wykonania zobowiązania podatkowego w podatku od towarów i usług VAT?					
	Prokuratura Rejonowa	Prokuratura Okręgowa	Prokuratura Regionalna	Wydziały Zamiejscowe Prokuratury Krajowej	Ogółem
Zdecydowanie tak	28 27,5%	361 32,8%	42 60%	35 62,5%	466 35%
Raczej tak	37 36,3%	430 39%	16 22,9%	15 26,8%	498 37,4%
Raczej nie	22 21,6%	116 10,5%	7 10%	3 5,4%	148 11,1%
Zdecydowanie nie	0 0%	10 0,9%	1 1,4%	0 0%	11 0,9%
Trudno powiedzieć	15 14,7%	185 16,8%	4 5,7%	3 5,4%	207 15,5%
Ogółem	102 100%	1102 100%	70 100%	56 100%	1330 100%

W toku dalszych badań starano się poznać opinię respondentów, w kwestii przyczyn danego stanu rzeczy, stąd też pytanie o źródła wzrostu szeroko pojętej przestępczości finansowo-skarbowej związanej z wyłudzeniem nienależnego zwrotu podatku od towarów i usług VAT. Powyższe działanie wydaje się mieć fundamentalne znaczenie pod kątem zdiagnozowania niedomagań systemowych i funkcjonalnych szeroko pojętego wymiaru sprawiedliwości. Poznanie opinii praktyków w tym względzie umożliwi zaproponowanie, a być może również docelowe wprowadzenie ewentualnych propozycji zmiany instytucjonalnych, strukturalnych, prawnych jak również ocenę już dokonanych reform. Te niezwykle istotne zagadnienia zostały poruszone w ramach kolejnych pytań zawartych w ankiecie.

¹⁰ [Http://statystyka.policja.pl/download/20/185379/przestepstwa-gospodarcze.pdf](http://statystyka.policja.pl/download/20/185379/przestepstwa-gospodarcze.pdf).

W kwestii określenia przyczyn wzrostu przestępczości związanej z wyłudzeniem nienależnego zwrotu podatku od towarów i usług VAT duża część prokuratorów wypełniających ankiety (około 30%), wskazała na możliwość uzyskania znacznych korzyści finansowych przez sprawców tego rodzaju przestępstw. Powyższe wydaje się zrozumiałe, gdyż obecnie dokonywanie przestępstw gospodarczych potrafi przynosić ich sprawcom w krótkim czasie dużo większe korzyści majątkowe, liczone niejednokrotnie w milionach złotych, aniżeli przestępstwa typowo kryminalne, jak rozboje czy wymuszenia. W dalszej kolejności ankietowani wskazali na trudny i skomplikowany charakter spraw – około 22%, zaś jedynie niecałe 10% badanych uznało, iż przyczyną takiego stanu rzeczy są zbyt łagodne kary dla sprawców tego typu przestępstw.

Następnie respondenci mieli za zadanie wskazanie okoliczności faktycznych i prawnych, które ich zdaniem utrudniają prowadzenie spraw i postępowań przygotowawczych nakierowanych na ujawnienie sprawców przestępstw polegających na wyłudzeniu nienależnego zwrotu podatku od towarów i usług VAT. Na tak postawione pytanie zdecydowanie najczęściej prokuratorów, tj. około 27%, odpowiedziało wskazując na trudny i skomplikowany charakter sprawy. W przypadku sędziów ów odsetek był jeszcze wyższy, gdyż niemal 40% badanych wskazało tę właśnie odpowiedź. Odmiennie opinie ankietowani wrazili względem stwierdzenia braku szybkiego dostępu do danych z rachunków bankowych. Wśród sędziów jedynie niecałe 5% badanych wskazało na tę okoliczność, zaś w przypadku prokuratorów odsetek udzielających tą odpowiedź był ponad dwa razy większy. Zwrócić również należy uwagę, iż przesłankę jakoby zbyt mała liczba pracowników/funkcjonariuszy organów ścigania zajmowała się zwalczaniem tego rodzaju przestępczości, jako okoliczność utrudniającą działania wykrywcze wskazało niewiele ponad 16% badanych prokuratorów. Analogicznie kwestia ta została oceniona przez przedstawicieli samych organów ścigania, zaś jedynie 10% sędziów, którzy wypełnili ankietę badawczą wskazało tę właśnie odpowiedź. W dalszej kolejności badani prokuratorzy wskazywali na brak koordynacji i współpracy pomiędzy poszczególnymi służbami i organami oraz transgraniczny i międzynarodowy charakter czynów przestępczych – po około 22% badanych.

Naturalną konsekwencją pytania dotyczącego ustalenia okoliczności, jakie zdaniem badanych utrudniają czynności wykrywcze, była próba uzyskania opinii ankietowanych dotyczącej działań, narzędzi czy też uprawnień, jakie z drugiej strony ułatwiłyby szeroko pojętym organom ścigania ich działania oraz walkę z przestępczością finansowo-skarbową. W tej kwestii około 26% badanych prokuratorów wskazało na potrzebę rozbudowania narzędzi analitycznych, ze szczególnym uwzględnieniem analizy przepływów finansowych, jako działania, które mogłyby czynności wykrywcze usprawnić. Ta odpowiedź była natomiast odpowiedzią dominującą wśród badanych przedstawicieli organów ścigania (28%). Podobne zdanie w badanej kwestii wyra-

zili zaś ankietowani sędziowie, którzy w większości 27% również wskazali na potrzebę rozbudowania narzędzi analitycznych.

Tabela nr 2.

Jakie są według Pani/Pana przyczyny wzrostu szeroko pojętej przestępczości związanej z wyłudzeniem nienależnego zwrotu podatku od towarów i usług VAT?					
	Prokuratura Rejonowa	Prokuratura Okręgowa	Prokuratura Regionalna	Wydziały Zamiejscowe Prokuratury Krajowej	Ogółem
zbyt łagodne kary dla sprawców tego rodzaju przestępstw	23 13,1%	179 9,2%	20 11,8%	23 24,7%	245 10,3%
zbyt mała ilość pracowników / funkcjonariuszy organów ścigania zaangażowanych w wykrywanie tego rodzaju przestępstw	33 18,9%	352 18,2%	26 15,4%	10 10,8%	421 17,7%
możliwość uzyskania znacznych korzyści finansowych przez sprawców tego rodzaju przestępstw	58 33,1%	584 30,1%	48 28,4%	31 33,3%	721 30,3%
trudny i skomplikowany charakter spraw związanych z przestępczością finansowo-podatkową, skutkiem czego sprawcy tego rodzaju przestępstw czują się bezkarni	33 18,9%	442 22,8%	39 23,1%	16 17,2%	530 22,3%
niedostosowane do obowiązujących realiów przepisy umożliwiające nadużycia w tym zakresie	28 16%	381 19,7%	36 21,3%	13 14%	458 19,2%
Ogółem	175 100%	1938 100%	169 100%	93 100%	2375 100%

Tabela nr 3.

Co według Pani/Pana utrudnia prowadzenie spraw i postępowań nakierowanych na ujawnienie przestępstw związanych z wyłudzeniem nienależnego zwrotu podatku od towarów i usług VAT?					
	Prokuratura Rejonowa	Prokuratura Okręgowa	Prokuratura Regionalna	Wydziały Zamiejscowe Prokuratury Krajowej	Ogółem
brak koordynacji i współpracy pomiędzy poszczególnymi służbami/organami ścigania	46 23%	484 22,3%	33 17,9%	26 26,8%	589 22,2%
trudny i skomplikowany charakter spraw	54 27%	587 27%	44 23,9%	27 27,8%	712 26,8%
transgraniczny i międzynarodowy charakter czynów przestępczych	43 21,5%	455 21%	46 25%	24 24,7%	568 21,4%
zbyt mała ilość pracowników / funkcjonariuszy organów ścigania w odniesieniu do skali zjawiska	28 14%	370 17%	35 19%	8 8,2%	441 16,7%
brak możliwości szybkiego dostępu do danych z rachunków bankowych	29 14,5%	275 12,7%	26 14,1%	12 12,4%	342 13%
Ogółem	200 100%	2171 100%	184 100%	97 100%	2652 100%

Niewiele mniej badanych (około 25%), wskazało na potrzebę prostego i szybkiego dostępu do danych z rachunków bankowych, na zbliżonym poziomie odnotowano również odpowiedź „szybki dostęp do elektronicznego rejestru faktur” – niemal 20% badanych. Istotny wydaje się także fakt, iż jedynie niewiele ponad 12% ankietowanych prokuratorów wskazało na potrzebę uproszczenia procedur związanych z realizacją czynności operacyjno-rozpoznawczych, np. przy stosowaniu kontroli operacyjnej czy kontrolowanego zakupu; wśród przedstawicieli organów ścigania, jak można by się było domyślać, taką odpowiedź wskazało znacznie więcej ankietowanych – około 23%.

Tabela nr 4.

Jakie narzędzia/uprawnienia usprawniłyby działania wykrywcze organów ścigania w sprawach dotyczących przestępstw związanych z wyłudzeniem nienależnego zwrotu podatku od towarów i usług VAT?					
	Prokuratura Rejonowa	Prokuratura Okręgowa	Prokuratura Regionalna	Wydziały Zamiejscowe Prokuratury Krajowej	Ogółem
prosty i szybki dostęp do danych z rachunków bankowych oraz danych objętych tajemnicą bankową	50 25,4%	530 24,2%	41 21,9%	29 29,3%	650 24,3%
rozbudowane narzędzia analityczne do przygotowywania analizy kryminalnej/analizy przepływów finansowych	49 24,9%	592 27%	43 23%	22 22,2%	706 26,3%
uproszczona procedura realizowania czynności operacyjnych (tzw. zakup kontrolowany np. fikcyjnych faktur, kontrola operacyjna transmisji telefonii komórkowej itp.)	30 15,2%	271 12,4%	19 10,2%	16 16,2%	336 12,5%
prosty i szybki dostęp do elektronicznego rejestru faktur	33 16,8%	425 19,4%	46 24,6%	16 16,2%	520 19,4%
sprawniejsze i szybsze uzyskiwanie danych od służb – państw członkowskich Unii Europejskiej	35 17,8%	374 17,1%	38 20,3%	16 16,2%	463 17,3%
Ogółem	197 100%	2192 100%	187 100%	99 100%	2675 100%

W dalszej części ankietowani prokuratorzy proszeni byli również o wskazanie zmian prawnych (tabela nr 5) i instytucjonalnych (tabela nr 6), które w ich opinii umożliwiłyby skuteczniejszą i sprawniejszą walkę z przestępczo-

ścią finansowo skarbową. W ramach możliwych odpowiedzi badani mogli wyrazić swoją opinię względem wprowadzonej, a wskazanej na wstępie nowelizacji kodeksu karnego wprowadzającej penalizację wystawiania i posługiwania się fałszywym i nierzetelnymi fakturami, czy też reformy instytucjonalnej służb celno-skarbowych, skutkującej powołaniem do życia w dniu 1 marca 2017 r. Krajowej Administracji Skarbowej.

W kwestii oceny poszczególnych regulacji prawnych, jedynie 16% badanych prokuratorów wskazała zaostrenie kar dla sprawców przestępstw finansowo-skarbowych jako kierunek zmian prawnych, który docelowo przyczyniłoby się do zwiększenia skuteczności wykrywczej organów ścigania; dla odmiany zaś blisko 22% ankietowanych wskazała na skuteczniejszą możliwość blokowania rachunków bankowych.

Największa jednak grupa badanych, bo niemal 39% wskazała jako antidotum na działania przestępcze wprowadzanie takich zmian prawnych, które nie tyle będą w prosty sposób zastrzajały jedynie penalizację czynów przestępczych, licząc tym samym na oddziaływanie prewencyjne ogólnej groźbą wysokich kar, ile będą skupiały się na zwalczaniu przyczyn działań przestępczych. Takie zmiany systemowe miałyby na celu doprowadzenie – podobnie jak chociażby tzw. pakiet paliwowy – do wyeliminowania przepisów i regulacji, które z powodu swojej ułomności oddają szerokie pole działania zorganizowanym grupom przestępczym. Powyższy kierunek należy uznać za słuszny, gdyż znacząco korzystniejsze jest zapobieganie aniżeli zwalczanie przestępczości finansowo-skarbowej oraz negatywnych skutków, jakie ona za sobą niesie¹¹.

Na koniec należy wskazać, iż jedynie 9% badanych uznało, iż obecne regulacje są wystarczające, co wskazuje na potrzebę dalszych zmian w tej materii.

W kwestii zaś oceny poszczególnych zmian instytucjonalnych, obecne regulacje w tym względzie pozytywnie ocenia jeszcze mniej badanych – niecałe 4%. Największa zaś grupa ankietowanych prokuratorów (37%), uważa, iż należy utworzyć nową, ściśle i kierunkowo wyspecjalizowaną służbę specjalną do zwalczania przestępczości o charakterze finansowo-podatkowym; dla porównania utworzenie Krajowej Administracji Skarbowej pozytywnie ocenia niewiele ponad 22% badanych prokuratorów. Powyższe dane mogą wskazywać na to, iż szereg prokuratorów uważa, że po stronie organów ścigania w ramach prowadzonych postępowań przygotowawczych brak jest profesjonalnego partnera do współpracy. Wiadomym jest, iż specjalizacja i profesjo-

¹¹ Potwierdzeniem tej tezy są wyniki uzyskane w ramach zadanego ankietowanym pytania: czy Pani/Pana zdaniem zaostrenie kar za popełnienie przestępstw o charakterze finansowo-podatkowym (np. art. 277a k.k.) zmniejszy skalę przestępstw związanych z wyłudzeniem nienależnego zwrotu podatku od towarów i usług VAT. „Raczej nie” i „zdecydowanie nie” to ponad 54% wszystkich uzyskanych odpowiedzi.

nalizacja w danej dziedzinie zwiększa skuteczność i efektywność działań. W odniesieniu do przedstawianej problematyki widoczne to jest szczególnie w kwestii walki z korupcją. Przed utworzeniem Centralnego Biura Antykorupcyjnego kompetencje do zwalczania korupcji miało wiele organów np. Policja, Agencja Bezpieczeństwa Wewnętrznego, Żandarmeria Wojskowa, przy czym owe działania nie były dla żadnej z tych instytucji priorytetem, w związku z czym nie mogły być one działaniami skutecznymi. W okresie ostatnich 10 lat działania Centralnego Biura Antykorupcyjnego sprawiły, iż prokuratorzy mają w tej służbie profesjonalnego partnera przy prowadzeniu postępowań przygotowawczych dotyczących zarówno przestępczości *stricto* korupcyjnej jak i szeroko pojętych nieprawidłowości w działaniu organów administracji rządowej i samorządowej.

Tabela nr 5.

Jakie zmiany prawne zdaniem Pani/Pana zwiększą skuteczność wykrywczą przestępstw związanych z wyludzeniem nienależnego zwrotu podatku od towarów i usług VAT?					
	Prokuratura Rejonowa	Prokuratura Okręgowa	Prokuratura Regionalna	Wydziały Zamiejscowe Prokuratury Krajowej	Ogółem
zaostrenie kar dla sprawców tego rodzaju przestępstw	23 17,8%	220 14,9%	21 17,2%	24 32,4%	288 16%
dalsze zmiany w przepisach szczególnych na wzór tzw. pakietu paliwowego czy odwróconego VAT-u	35 27,1%	596 40,4%	44 36,1%	24 32,4%	699 38,7%
wprowadzona w art. 277c k.k. i 277d k.k. klauzula bezkarności w odniesieniu do czynów związanych z wystawianiem faktur poświadczających nieprawdę	18 14%	217 14,7%	18 14,8%	10 13,5%	263 14,6%
możliwość blokowania rachunków bankowych przez służby/organy ścigania	35 27,1%	312 21,1%	32 26,2%	11 14,9%	390 21,6%
obecne regulacje są wystarczające i nie wymagają zmian	18 14%	132 8,9%	7 5,7%	5 6,8%	162 9%
Ogółem	129 100%	1477 100%	122 100%	74 100%	1802 100%

Należy wyrazić przekonanie, że Krajowa Administracja Skarbowa, która powstała wskutek przemodelowania dotychczas funkcjonującej administracji podatkowej, celnej i kontroli skarbowej, poprawi komunikację między organami, ujednotочи bazy danych, umocni właściwe standardy działania i procedury, zapobiegnie rozpraszaniu i powielaniu kompetencji, a zatem stanowi odpowiedź na zapotrzebowanie ze strony prokuratorów wyrażone w ankiecie.

Tabela nr 6.

Jakie zmiany instytucjonalne zdaniem Pani/Pana, zwiększą skuteczność wykrywcą przestępstw związanych z wyłudzeniem nienależnego zwrotu podatku od towarów i usług VAT?					
	Prokuratura Rejonowa	Prokuratura Okręgowa	Prokuratura Regionalna	Wydziały Zamiejscowe Prokuratury Krajowej	Ogółem
utworzenie jednej centralnej instytucji zajmującej się kompleksową kontrolą oraz nadzorem podatkowym (np. Krajowa Administracja Skarbowa)	24 19,7%	282 22,5%	21 21,9%	14 22,6%	341 22,3%
utworzenie nowej ściśle i kierunkowo wyspecjalizowanej służby specjalnej zwalczającej przestępczość o charakterze finansowo-podatkowym, wyposażonej w szerokie uprawnienia	39 32%	470 37,5%	31 32,3%	29 46,8%	569 37%
wystarczające jest zwiększenie stanu osobowego istniejących organów/służb	27 22,1%	221 17,6%	25 26%	8 12,9%	281 18,3%
doprecyzowanie i ściśle rozdzielanie kompetencji w ramach poszczególnych działających już służb	24 19,7%	232 18,5%	19 19,8%	10 16,1%	285 18,6%
obecne regulacje w tym względzie są wystarczające	8 6,6%	50 4%	0 0%	1 1,6%	59 3,9%
Ogółem	122 100%	1255 100%	96 100%	62 100%	1535 100%

3. Podsumowanie

Analiza danych uzyskanych w ramach przeprowadzonego badania wśród przedstawicieli szeroko pojętego wymiaru sprawiedliwości pozwala postawić tezę, iż opinia ankietowanych prokuratorów względem zwalczania przestępczości o charakterze finansowo-podatkowym, w szczególności wyłudzeń nienależnego zwrotu w podatku od towarów i usług VAT, jest opinią zdecydowaną, aczkolwiek jednocześnie wyważoną. Widać to szczególnie w kwestii z jednej strony dość wyraźnej opinii względem wzrostu tego rodzaju przestępczości w ostatnich latach – tu wyraźnie badani wskazali, iż takowy wzrost nastąpił, z drugiej zaś w wyrażeniu opinii, iż panaceum na zmianę przedmiotowego stanu rzeczy nie jest proste zaostrzenie kar i penalizacja czynów związanych chociażby z wystawieniem nierzetelnych i nieprawdziwych faktur – ankietowani nie wskazali zaostrzenia kar jako działania, które mogłoby ukrócić przestępczość podatkowo-skarbową czy też wspomóc działania wykrywacze w tej materii.

Z wyników uzyskanych ankiet można ponadto wnioskować, iż prokuratorzy wskazali na potrzebę całościowego, systemowego spojrzenia na problematykę związaną z przeciwdziałaniem wyłudzeniom w podatku od towarów i usług VAT, skutkiem czego winny w danej materii nastąpić istotne zmiany regulacji prawnych, których celem byłoby uszczelnienie systemu na poziomie legislacyjnym. Jednocześnie uczestnicy badania bardzo pozytywnie ocenili dotychczasowy kierunek wprowadzonych zmian, jak chociażby wprowadzony z dniem 1 sierpnia 2016 r. tzw. pakiet paliwowy. Powyższe, jak się wydaje, powinno stanowić punkt wyjścia do kolejnych, bieżących działań, polegających chociażby na okresowym przeglądzie regulacji prawnych, celem wyeliminowania niespójnych przepisów. Jest to szczególnie istotne, gdyż to właśnie tego rodzaju ułomne regulacje prawne w efekcie umożliwiają docelowo wykorzystywane powstałych w ten sposób „luk prawnych” przez doskonale zorganizowane grupy przestępcze.

Istotnym jest również fakt wskazania przez badanych prokuratorów potrzeby utworzenia nowej wyspecjalizowanej jednostki na poziomie i o kompetencjach służby specjalnej, która miałaby się kompleksowo zajmować zwalczaniem przestępczości finansowo-skarbowej. Powyższe świadczy o dostrzeżeniu przez prokuratorów wagi problemu i strat po stronie Skarbu Państwa, jakie generuje działanie wszelkiego rodzaju tzw. mafii watońskich. Instytucją spełniającą oczekiwania jest niewątpliwie Krajowa Administracja Skarbowa, co jednoznacznie wskazuje, że konsolidacja administracji skarbowej i celnej jest słusznym kierunkiem dokonanych zmian.

Prosecutors' opinions on combating VAT frauds

Abstract

This paper presents partial results of the questionnaire survey, these relating to one of the groups of respondents, i.e. prosecutors. In addition to prosecutors, the survey also covered judges and law enforcement officials. The survey explored the respondents' opinions on combating VAT frauds which are considered a vital problem in terms of protection of economic interests of the State Treasury. This paper presents the results for the survey questionnaires completed by prosecutors of the Circuit Prosecutor's Offices, District Prosecutor's Office, and Branch Divisions of the Department for Organized Crime and Corruption of the National Prosecutor's Office.

Grzegorz Ociecek

Test integralności. Wybrane rozwiązania prawne

Streszczenie

Artykuł poświęcono kwestiom związanym ze zwalczaniem przestępczości, w tym głównie korupcyjnej, za pomocą narzędzia operacyjnego stosowanego w kilku krajach, m.in. na Węgrzech, w Australii, Rumunii, Anglii oraz USA. Narzędziem tym jest tzw. test integralności nazywany także testem uczciwości oraz testem weryfikacji postaw. W niniejszej publikacji zaprezentowano analizę prawno-porównawczą testu integralności na podstawie wybranego ustawodawstwa Węgier oraz Australii. Nie pominięto także wniosków związanych z koncepcją wprowadzenia przedmiotowego testu do ustawodawstwa krajowego celem zminimalizowania korupcji wśród przedstawicieli organów ścigania.

Jednym z narzędzi, które stosowane jest przez niektóre służby w kilku krajach na świecie, w tym m.in. w Stanach Zjednoczonych, Australii, na Węgrzech czy też w Rumunii i Wielkiej Brytanii¹ jest tzw. test integralności² (ang. *integrity test*). Problem stosowania testu integralności od wielu lat budzi szereg kontrowersji i obaw zarówno ze strony przedstawicieli instytucji związanych z ochroną praw człowieka, jak również ze strony prawników, w tym adwokatów i sędziów. Główne obawy skierowane są na kwestię stosowania prowokacji, która w ostatnim czasie była przedmiotem wielu burzliwych dyskusji nie tylko wśród przedstawicieli świata polityki, ale także przedstawicieli wymiaru sprawiedliwości. Niniejszy artykuł ma na celu przybliżenie tego ofensywnego narzędzia wykorzystywanego głównie w celach prewencyjnych, poprzez pryzmat działania niektórych służb, w tym głównie na terenie Węgier, Australii i Mołdawii. Poza tym prezentacja testu integralności ma na celu wywołanie dyskusji nad ewentualną próbą wprowadzenia tej instytucji, a co za tym idzie skutecznym ściganiem przestępstw, m.in. o charakterze korupcyjnym, na terenie naszego kraju.

Głównym celem obecnie stosowanych testów integralności jest wyeliminowanie z życia publicznego nieuczciwego funkcjonariusza, w szczególności funkcjonariusza organów ścigania, który w związku z pełnioną przez niego

¹ W Wielkiej Brytanii test integralności stosowany jest przez London Metropolitan Police od 1998 r., w Stanach Zjednoczonych przez NYPD od 1970 r. zaś w Rumunii od 1990 r.

² Część autorów posługuje się także nomenklaturą: test uczciwości lub test weryfikacji postaw.

służbą dopuszcza się działań przestępczych, głównie związanych z przyjmowaniem korzyści majątkowej w związku z pełnioną przez niego funkcją publiczną.

Rozróżniamy dwa zasadnicze rodzaje testów integralności:

- Testy jawne,
- Testy ukryte.

Testy jawne mają na celu badanie uczciwości i rzetelności pracowników i wykonywane są z reguły przed zatrudnieniem pracownika na danym stanowisku. Testy te są testami psychologicznymi i zaprojektowane zostały w taki sposób, aby ujawnić pewien zespół cech niepożądanych u przyszłego pracownika poprzez wykrycie u niego pewnych negatywnych postaw i ewentualnie przeszłych zachowań, związanych m.in. z popełnianymi przestępstwami o charakterze korupcyjnym³.

Testy te wykorzystywane są do zbadania tzw. progu uczciwości, poniżej którego jesteśmy skłonni do usprawiedliwiania i akceptacji pewnych niepożądanych zachowań o charakterze korupcyjnym⁴.

Niniejsze opracowanie ma na celu zaprezentowanie tzw. testów integralności o charakterze ukrytym, które nie są testami psychologicznymi, lecz sztucznie stworzonymi (wykreowanymi) sytuacjami mającymi na celu zbadanie uczciwości poddawanych testowaniu funkcjonariuszy przy pomocy swoistej „prowokacji”.

Testy ukryte dzielą się na dwa zasadnicze rodzaje, a mianowicie testy ukierunkowane na weryfikację informacji o popełnionym przestępstwie oraz testy losowe.

Narzędzie to ma na celu ocenienie prawdopodobieństwa, czy testowana osoba zachowa się w sposób uczciwy i zgodny z obowiązującymi procedurami prawnymi.

Jak podkreśla część autorów, będących zwolennikami testów integralności, „w przypadku wysokiej skali korupcji i niskiego poziomu zaufania społecznego jest to jedno z niewielu narzędzi, które może dać natychmiastowe rezultaty i pomóc w przywróceniu zaufania do administracji publicznej. (...) Ważne jednak jest, aby tzw. „stopień pokusy” nie był ekstremalny i nieuzasadniony”⁵.

³ US Congress, Office of Technology Assessment (1990). *The Use of Integrity Tests for Pre-Employment Screening* Washington, DC, s. 1–78; P. Barrett, *Pre-Employment Integrity Testing: Current Methods, Problems, and Solutions*, Referat przedstawiony na: British Computer Society: Information Security Specialist Group, 29–30 marca 2001, Milton Hill, Oxford.

⁴ N. Iyer, M. Samociuk, *Defraudacja i korupcja. Zapobieganie i wykrywanie*. Wydawnictwo Naukowe PWN, Warszawa 2007, *passim*.

⁵ J. Świątek, *Test integralności jako narzędzie weryfikacji postawy funkcjonariusza i urzędnika*, niepublikowane materiały BSW KGP.

Z całą pewnością granice stosowanej prowokacji powinny pozostawać w zgodzie z wymogami demokratycznego państwa prawa, jak również z potrzebą prowadzenia rzetelnego postępowania.

Oczywiście należy zdawać sobie w pełni sprawę, iż przeprowadzenie testu integralności jest swoistą prowokacją.

Słownik PWN definiuje prowokację jako podstępne działanie mające na celu nakłonienie kogoś do określonego postępowania, zwykle szkodliwego dla niego i osób z nim związanych⁶. Z kolei wg. słownika języka polskiego prowokacja to podstępne działanie mające na celu nakłonienie kogoś do popełnienia zgubnego dla niego czynu, podżeganie, podjudzanie oraz podburzanie⁷.

Polska definicja kodeksowa prowokacji uregulowana została w art. 24 k.k., według którego to przepisu jest to działanie podjęte w celu skłonienia innej osoby do popełnienia przestępstwa, aby następnie przeciwko tej osobie skierowane zostało postępowanie karne⁸.

Niektóre polskie służby wykorzystują przy ściganiu najpoważniejszych przestępstw metody, które można nazwać mianem prowokacji. Celem tych metod jest przede wszystkim sprawdzenie uzyskanych wcześniej wiarygodnych informacji o przestępstwie. I tak, polska ustawa o Policji w art. 19a przewiduje możliwość złożenia propozycji nabycia, zbycia lub przejęcia przedmiotów pochodzących z przestępstwa, ulegających przypadkowi albo których wytwarzanie, posiadanie, przewożenie lub którymi obrót są zabronione, a także przyjęcie lub wręczenie korzyści majątkowej⁹.

Podobną możliwość przewidziano w art. 19 ustawy o CBA, gdzie w pkt 3 zapisano, iż czynności określone w pkt 1 (czynności operacyjno-rozpoznawcze zmierzające do sprawdzenia uzyskanych wcześniej wiarygodnych informacji o przestępstwie) mogą polegać na złożeniu propozycji nabycia, zbycia lub przyjęcia przedmiotów pochodzących z przestępstwa, ulegających przypadkowi, albo których wytwarzanie, posiadanie, przewożenie lub

⁶ [Http://sjp.pwn.pl/sjp/prowokacja;2509134.html](http://sjp.pwn.pl/sjp/prowokacja;2509134.html), data dostępu: 29.01.2017.

⁷ *Ibidem*.

⁸ Art. 24 k.k. „Odpowiada za podżeganie kto w celu skierowania przeciwko innej osobie postępowania karnego nakłania ją do popełnienia czynu zabronionego; w tym przypadku nie stosuje się art. 22 i 23”.

⁹ Art. 19a ustawy o Policji „W sprawach o przestępstwa określone w art. 19 ust. 1 czynności operacyjno-rozpoznawcze zmierzające do sprawdzenia uzyskanych wcześniej wiarygodnych informacji o przestępstwie oraz ustalenia sprawców i uzyskania dowodów przestępstwa mogą polegać na dokonaniu w sposób niejawnym nabycia, zbycia lub przejęcia przedmiotów pochodzących z przestępstwa, ulegających przypadkowi, albo których wytwarzanie, posiadanie, przewożenie lub którymi obrót są zabronione, a także przyjęciu lub wręczeniu korzyści majątkowej. Czynności operacyjno-rozpoznawcze, o których mowa w ust. 1 mogą polegać także na złożeniu propozycji nabycia, zbycia lub przyjęcia przedmiotów pochodzących z przestępstwa, ulegających przypadkowi, albo których wytwarzanie, posiadanie, przewożenie lub którymi obrót są zabronione, a także przyjęcia lub wręczenia korzyści majątkowej”.

którymi obrót są zabronione, a także złożeniu propozycji przyjęcia lub wręczenia korzyści majątkowej¹⁰.

Przedmiotem niniejszego opracowania jest próba zaprezentowania testów integralności opierających się w głównej mierze na tzw. prowokacji policyjnej na przykładzie niektórych rozwiązań zagranicznych.

I. Węgry

W przypadku Węgier do przeprowadzania testu integralności upoważnione została Narodowe Biuro Ochrony. Władze tego kraju zdecydowały się podjąć decyzję dotyczącą wdrożenia tego nowego narzędzia z uwagi na stale rosnącą skalę korupcji. Zgodnie z wynikami badań Transparency International, pod względem indeksu percepcji korupcji Węgry w 2014 r. zajmowały 47., a w 2015 r. 50. miejsce pod względem korupcji. Poza tym rocznie na terenie Węgier ujawnianych jest około 350 spraw o charakterze korupcyjnym¹¹.

Narodowe Biuro Ochrony (NBO) utworzone zostało w dniu 1 stycznia 2011 r. jako następcą Służby Ochrony Organów Ścigania. Jednocześnie Biuro otrzymało znacznie szerszy zakres uprawnień w porównaniu do lat ubiegłych. Głównym celem utworzenia tej organizacji była chęć przywrócenia zaufania i wiary obywateli w urzędników państwowych, a w szczególności w ich uczciwość. NBO w zakresie swych uprawnień zajmuje się tzw. przeciwdziałaniem i ochroną funkcjonariuszy przed wpływami z zewnątrz (próby dyskredytacji, łapówki, przemoc fizyczna i psychiczna) oraz złym wpływem z wewnątrz, polegającym głównie na próbie „oczyszczenia” ze skorumpowanych funkcjonariuszy. Do tego celu wykorzystywane są takie instrumenty jak: test integralności oraz monitorowanie stylu życia.

Narodowe Biuro Ochrony zajmuje się obecnie ochroną m.in. następujących instytucji:

- Policja (50 000 funkcjonariuszy),
- Służba Więzienna (bd),
- Służba Celna i Podatkowa (23 000 funkcjonariuszy),
- Dyrektorat Generalny Zarządzania Kryzysowego (11 000 funkcjonariuszy),
- Administracja publiczna – częściowo (28 000 funkcjonariuszy),
- Urząd Ochrony Konstytucji (bd),
- Specjalna Służba ds. Bezpieczeństwa Narodowego (bd),
- Centrum Antyterrorystyczne (bd),

¹⁰ Art. 19 ustawy o CBA z dnia 9 czerwca 2006 r. Dz. U. z 2006 r., Nr 104, poz. 708.

¹¹ Dane własne Narodowej Służby Ochrony.

- Centrum ds. Informacji Zwalczenia Terroryzmu i Analizy Kryminalnej (bd),
 - Akademia Policyjna (bd),
 - Międzynarodowe Centrum Szkoleniowe (bd),
 - Biuro ds. Imigracji i Obywatelstwa (bd),
- Podstawowymi przedmiotami działalności Narodowego Biura Ochrony są:
- zapobieganie i wykrywanie działań o charakterze przestępczym,
 - monitorowanie stylu życia funkcjonariuszy, poprzez przeprowadzanie m.in. tzw. testu monitorującego styl życia.

Przeprowadzanie testów integralności wobec ww. funkcjonariuszy

Wyjątkowo skutecznym narzędziem w walce z korupcją na terenie Węgier okazało się wprowadzenie wspomnianego testu integralności. Przed wprowadzeniem tego narzędzia nie obyło się na terenie tego kraju przed szeroko zakrojonymi konsultacjami. Przeciwnicy wprowadzenia testu integralności podnosili przede wszystkim takie argumenty jak:

- nadmierne naruszenie prywatności testowanych osób,
- ograniczenie praw obywatelskich,
- zaaranżowanie sztucznych i nieetycznych sytuacji związanych głównie z wykorzystaniem prowokacji i podstępów,
- zbieranie informacji wywiadowczych nakierowanych przeciwko danemu funkcjonariuszowi, które mogą być wykorzystywane w różnych, niekoniecznie właściwych celach.

Ostatecznie test integralności na stałe wszedł do porządku prawnego Węgier, a jego celem stało się z jednej strony zapobieganie popełnianiu przestępstw przez funkcjonariuszy oraz działania prewencyjne wobec innych osób, zmierzające do wyeliminowania popełniania w przyszłości przestępstw głównie o charakterze korupcyjnym. Test integralności polega na stworzeniu (wykreowaniu) sytuacji wobec określonego funkcjonariusza wyłącznie w obrębie wykonywanych przez niego obowiązków służbowych. Uprawniony funkcjonariusz NBO podejmuje wykreowane działania ukierunkowane na sprawdzenie, czy dana osoba w ramach swoich uprawnień i obowiązków może naruszać prawo. W tym celu tworzy się realistyczne sytuacje o charakterze bądź pasywnym bądź też aktywnym¹². Test sprawdza więc zarówno legalność, jak też przebieg realizacji zadań poddanego prowokacji funkcjonariusza. Poprzez to narzędzie służby starają się zbadać nienaganną zachowania osoby testowanej w ramach wypełnianych przez nią obowiązków służbowych. Wykreowane sytuacje winny wymóc na osobie testowanej za-

¹² J. Szabo, Development and results of Integrity Test, Fifth annual meeting on the achievements of the Joint Declaration the cooperation of state bodies in the fight against corruption of 2011 on the occasion of International Anti-Corruption Day, 10th December, 2015 – Ministry of Interior, s. 73–76.

chowanie zgodne z prawem. Dodatkowo ważnym elementem jest wolność podejmowania decyzji przez badanego, która nie może być w żadnej mierze ograniczana. Poza tym wybrana sceneria, jak również metoda, nie może uniemożliwiać osobie testowanej wypełniania jego obowiązków. Dodatkowo i bardzo istotnym elementem jest to, aby działalność osoby kontrolującej w żadnej mierze nie narażała życia, zdrowia lub mienia osoby poddanej badaniu, jak również innych postronnych osób. Zastosowana metoda nie może także naruszać honoru i reputacji osoby objętej testem oraz w żadnej mierze nie może być ona upokorzona.

Podstawą prawną przeprowadzenia testu integralności są następujące akty prawne:

- Ustawa XXXIV z 1994 r. o Policji,
- Ustawa V z 1972 r. o Dochodzeniach Sądowych Republiki Węgierskiej,
- Dekret Rządu nr 293/10 z dnia 22 grudnia 2010 r. O wyznaczeniu policyjnych organów do wewnętrznego zapobiegania przestępczości i wykrywania przestępstw, o zwolnieniu z obowiązków i o szczegółowych regulacjach w sprawie testów właściwego trybu życia i integralności¹³.

Przebieg testu integralności

Osoby poddawane testowi

Zakres tego, kto może zostać poddany testowi integralności określony został w sekcji 7 Ustawy XXXIV o Policji.

Testem integralności mogą być poddani niżej wyżej wymienieni funkcjonariusze w tym min.: funkcjonariusze Policji, Służby Więziennej, uczelni policyjnych, Służby Specjalnej dla Bezpieczeństwa Narodowego, Centrum ds. Przestępczości Zorganizowanej i Koordynacji, Cywilnego Centrum Zarządzania Kryzysowego i Szkolenia Międzynarodowego, Instytutu Badawczego i Szkolenia Kadry Kierowniczej Organów Ścigania, Narodowego Biura Podatków i Cel, Urzędu ds. Imigracji i Obywatelstwa, Państwowej Straży Pożarnej, pracowników specjalnych Departamentów Ministerstwa Spraw Wewnętrznych oraz Zarządu ds. Ochrony Narodowych Katastrof i Klęsk Żywiolowych.

Planowanie i organizacja testu integralności

Testy integralności na terenie Węgier mogą być wyłącznie przeprowadzane przez Narodowe Biuro Ochrony. W rozumieniu ustawy o Policji Narodowe Biuro Ochrony jest integralną, wyodrębnioną komórką wśród struktury organizacyjnej Policji. Zdaniem przedstawicieli NBO, jest ono najbardziej niezależną częścią węgierskiej policji.

¹³ *Ibidem*, s. 73.

Celem przeprowadzenia testu jest sprawdzenie, czy funkcjonariusz wykonuje zgodnie z prawem swoje obowiązki służbowe. Test zarządzany jest na podstawie decyzji szefa organu ds. wewnętrznych (Szefa NBO). Zgodnie z art. 7 ustawy o Policji decyzja o przeprowadzeniu testu winna zawierać powody jego przeprowadzenia. Dodatkowo musi także zawierać w swoim załączniku szczegółowy plan wdrożenia testu, w którym winny znajdować się takie elementy jak:

- status oraz stanowisko osoby testowanej,
 - powód wdrożenia procedury,
 - opis planowanej metody testu oraz szczegółowy opis wykreowanej sytuacji,
 - miejsce,
 - czas,
 - lokalizacja testu,
 - nazwisko i stopnie oficerów przeprowadzających test,
 - szczegółowy podział ról i zadania osób testujących,
 - metodę dokumentowania przebiegu testu,
 - nazwiska i stanowiska osób przełożonych wobec osób poddanych testowi, którzy zostaną poinformowani o wynikach testu,
- Dodatkowo należy zwrócić uwagę na następujące elementy:
- zaplanowana sytuacja musi być bezpośrednio związana z obowiązkami służbowymi wykonywanymi przez osobę poddaną testowi przy jednoczesnym założeniu, iż nie może ona ograniczać jego swobody do podejmowania decyzji,
 - selekcja miejsca i metody testu nie może zapobiegać wypełnianiu obowiązków służbowych przez osobę testowaną,
 - sam test nie może zostać przeprowadzony w sposób upokarzający dla osoby testowanej oraz nie może zagrażać życiu, zdrowiu oraz mieniu uczestników,
 - przebieg testu nie może zagrażać także innym organom oraz ich procedurom.

Bezpośrednio po sporządzeniu decyzji o wszczęciu testu integralności oraz szczegółowego planu, dokumenty te zostają przesłane do właściwego prokuratora, który po sprawdzeniu ich poprawności decyduje o jego zatwierdzeniu lub odmowie wszczęcia procedury testowania. W trakcie przeprowadzania testu funkcjonariusze w nim uczestniczący mają zgodę na przeprowadzanie przestępstw lub wykroczeń¹⁴. Działanie takie jest swoistym kontratypem.

¹⁴ Zgodnie z obowiązującymi przepisami za wykroczenia uznaje się np. wykroczenia związane z naruszeniem przepisów prawa drogowego. Istnieje jednak szczegółowa lista przestępstw, których nie wolno popełniać, do których zaliczają się np. przestępstwa przeciwko państwu.

Ważną okolicznością jest to, iż test integralności w stosunku do konkretnej osoby nie może być przeprowadzany częściej niż 3 razy do roku, natomiast okres jego trwania to maksymalnie 15 dni¹⁵. Jednocześnie osoba, wobec której stosowany jest test (bez względu na jego wynik) musi zostać poinformowana o tym fakcie po jego ukończeniu w ciągu 3 dni roboczych¹⁶. Dodatkowo w trakcie testowania wiarygodności mogą być zbierane tajne informacje z wyłączeniem takich, które wymagają sądowego pozwolenia. Instrumenty, za pomocą których tajne informacje są zbierane, muszą zostać szczegółowo opisane w zarządzonej decyzji oraz szczegółowym planie. Jeśli do użycia tajnych informacji wymagana jest zgoda prokuratora, musi on na to wyrazić zgodę¹⁷. Ważnym elementem jest to, iż ustawa o Policji pozwala na popełnianie przez testującego wyszczególnionych w art. 7b ustawy o Policji przestępstw w tym min:

- rozpowszechnianie nieprawdziwych informacji,
- przestępstw celnych,
- paserstwa,
- przestępstw związanych z nadzorem nad obcokrajowcami,
- prowadzenia pojazdu bez ważnych dokumentów, w tym bez ważnej polisy OC,
- drobnych naruszeń zasad ruchu drogowego.

W przypadku, gdy nadzorujący test prokurator poweźmie informację o przekroczeniu kompetencji przez osobę testującą, zobowiązany jest on do odrzucania sprawozdań z przeprowadzonego testu oraz zobligowany do zakończenia testowania¹⁸.

Zakończenie testu integralności

Bezpośrednio po zakończeniu testu integralności jego wynik jest analizowany przez właściwego prokuratora, od decyzji którego zależy to, czy znajdzie on przesłanki naruszenia prawa. W razie ustalenia, iż doszło do popełnienia przestępstwa lub naruszenia dyscyplinarnego, raport musi zostać niezwłocznie przekazany do właściwego organu (prokuratora), który podejmuje decyzje związane ze ściganiem karnym. Wszelkie dane niezwiązane z naruszeniem prawa winny zostać zniszczone w ciągu 30 dni.

Poza tym, zgodnie z art. 7c ustawy o Policji, decyzja dotycząca zakończenia testowania wiarygodności powinna zostać zniszczona po upływie 2 lat od wydania¹⁹.

¹⁵ Art. 7a pkt 4 Ustawy o Policji.

¹⁶ *Ibidem*, art. 7a pkt 3.

¹⁷ *Ibidem*, art. 7b pkt 1.

¹⁸ Art. 7d Ustawy o Policji.

¹⁹ Art. 7c pkt 3 Ustawy o Policji.

Efekty testu integralności

Wprowadzenie testu integralności, pomimo wcześniejszego oporu różnych środowisk, w tym głównie samych funkcjonariuszy publicznych, przyczyniły się do skutecznej walki z korupcją na terenie Węgier wśród funkcjonariuszy. Zaczęli oni sobie bowiem zdawać sprawę, iż testy są stosowane w sposób ciągły, a ich efekty są dostrzegane.

Poniżej zaprezentowana została m.in. liczba przeprowadzonych testów integralności oraz zakończonych postępowań karnych w wyniku przeprowadzonych testów integralności w latach 2013–2015.

Tabela 1. Liczba przeprowadzonych przez służbę węgierską NVSZ testów integralności w latach 2013–2015.

	liczba testów	wynikłe wydarzenia	zakończone postępowaniem karnym
2013	781	159	13
2014	948	212	11
2015	1199	255	26

Źródło: dane własne służby węgierskiej NVSZ.

Jak widać liczba przeprowadzanych na terenie Węgier testów integralności w stosunku do funkcjonariuszy zwiększa się z roku na rok. Poza tym w ich następstwie zwiększa się zarówno liczba zdarzeń o charakterze kryminalnym, jak i postępowań karnych. W ciągu dwóch lat od 2013 r. do 2015 r. liczba zakończonych skazaniem postępowań karnych zwiększyła się dwukrotnie .

Doświadczenia węgierskie pokazały, iż test integralności okazał się skutecznym narzędziem prawnym w walce z korupcją wśród funkcjonariuszy publicznych.

Do chwili obecnej z uzyskanych danych wynika, iż najwyższą orzeczoną karą w wyniku przeprowadzonego testu integralności była kara 2 lat i 6 miesięcy pozbawienia wolności. Jak ustalono, średnie orzeczone wyroki kształtowały się w granicach od 8 do 16 miesięcy kary pozbawienia wolności z warunkowym ich zawieszeniem. Średnia wysokość grzywny kształtowała się natomiast w granicach 125.000 HUF (1770 zł). Za każdym razem sądy orzekały zakaz wykonywania zawodu i sprawowania funkcji²⁰.

Jednocześnie po uprawomocnieniu się orzeczenia właściwego sądu, wyroki przesyłane są do dowódców poszczególnych jednostek poddawanych testom celem zapoznania ich oraz podległych im funkcjonariuszy z ich treścią (bez ujawniania danych personalnych osób skazanych)²¹.

Jak słusznie zauważył Peter Polt – Prokurator Generalny Węgier: „Doświadczenia krajowe pokazują, iż narzędzie to okazało się być najbardziej skutecznym w screeningu korupcji w instytucjach publicznych. Jednakże trzeba wziąć pod uwagę to, że screening cywilnej administracji publicznej, który dotyczy bezpośrednio obywateli, jest również uzasadniony i stał się normalną praktyką. Nasze badania przeprowadzone w 2015 r. i 2016 r. potwierdziły, że przepisy wymagają dalszego wypracowania i zmiany, ponieważ obecne przepisy nie zostały w dostateczny sposób dostosowane do testowania osób zajmujących się sprawami administracji publicznej. W związku z tym planowane jest stworzenie kolejnego pakietu przepisów w tym zakresie”²².

Kolejnym często wykorzystywanym elementem przydatnym w walce z korupcją, stosowanym przez służbę węgierską, jest tzw. test sprawdzenia stylu życia funkcjonariusza. Najczęściej jest on jednak stosowany wobec kandydatów do służby w organach ścigania.

Test ten w pewnym stopniu przypomina pod względem struktury oraz prezentowanych i sprawdzanych elementów procedurę dopuszczenia i uzyskania tzw. poświadczenia bezpieczeństwa, upoważniającego do dostępu do informacji niejawnych²³.

Arkusze danych podzielony jest na osiem głównych zakresów tematycznych na które kandydat winien odpowiedzieć.

Wśród nich znajdują się odpowiednio:

²⁰ J. Szabo, Development and results..., s. 73–76

²¹ *Ibidem*.

²² P. Polt, Presentation, Development and results of Integrity Test, Fifth annual meeting..., s.13–15.

²³ Podstawowym aktem prawnym, określającym zasady i organizację systemu ochrony informacji niejawnych, jest ustawa z dnia 5 sierpnia 2010 r. o ochronie informacji niejawnych (Dz. U. z 2010 r., Nr 182, poz. 1228).

1. Dane personalne kandydata zawierające:
 - Nazwisko,
 - Imię,
 - Poprzednie imię i nazwisko (nadane w momencie urodzenia),
 - Miejsce urodzenia (miejscowość, kraj – jeśli jest inne niż Węgry),
 - Data urodzenia (dzień, miesiąc, rok),
 - Nazwisko panieńskie matki,
 - Obywatelstwo,
 - Miejsce stałego zamieszkania (kod pocztowy),
 - Miejscowość (kod pocztowy),
 - Telefon stacjonarny (nr kierunkowy),
 - Telefon służbowy (nr kierunkowy),
 - Telefon komórkowy,
 - Adres e-mail.
2. Dane dotyczące stanu cywilnego:
 - Stan cywilny: wolny/a – nieżonaty/niezamężna,
 - Żonaty/Zamężna – związek partnerski,
 - Rozwiedziony/a – wdowiec/wdowa.
3. Szczegóły dot. krewnych/osób mieszkających w tym samym gospodarstwie domowym co kandydat:
 - Imię i nazwisko,
 - Charakter relacji (stopień pokrewieństwa),
 - Okres wspólnego zamieszkiwania.
4. Szczegóły dotyczące poprzedniego zatrudnienia kandydata (z ostatnich 5 lat):
 - Dane pracodawcy oraz nazwa pełnionego stanowiska,
 - Stanowiska (jeśli było ich więcej),
 - Okres zatrudnienia.
5. Dane związane z interesami ekonomicznymi kandydata:
 - Nazwa firmy,
 - Numer rejestracyjny firmy,
 - Adres,
 - Właściciel i udziałowcy,
 - Forma udziałów w firmie.
6. Dane kandydata dot. dochodów i stanu finansowego:
 - Dochód kandydata za rok poprzedzający złożenie wniosku,
 - Stawki i pensje,
 - Dochód z inwestycji i spółek powierniczych,
 - Świadczenia socjalne i zasiłki dla bezrobotnych,
 - Stypendia, granty,

- Inne źródła (np. sprzedaż własności, tantiemy),
 - Osoby na utrzymaniu,
 - Średni roczny dochód netto za rok poprzedzający złożenie wniosku,
 - Majątek kandydata,
 - Nieruchomości,
 - Posiadane znaczne (przynajmniej 4 200 zł) prawa do własności i szacowany majątek ruchomy,
 - Znaczny (ponad 4 200 zł) portfel kredytowy,
 - Zaciągnięta kwota kredytu.
7. Przepięstwa popełnione przez kandydata:
- Czy kandydat był kiedykolwiek postawiony w stan oskarżenia, co zakończyło się dla niego aktem oskarżenia lub karą w okresie ostatnich 15 lat?
tak – nie
 - jeśli tak, proszę podać opis przestępstwa,
 - czas popełnienia przestępstwa,
 - nazwa sądu,
 - kara,
 - data wydania wyroku,
 - data ogłoszenia orzeczenia sądu;
 - Czy kandydat jest obecnie o coś oskarżony?
tak – nie
 - postępowanie w sprawie przestępstwa,
 - nazwa i data popełnienia przestępstwa,
 - sąd (oskarżyciele, przesłuchania policyjne),
 - etap postępowania w czasie składania aplikacji: śledztwo – dochodzenie sądowe – etap sądowy,
 - decyzja, nakaz, paragraf, z którego jest prowadzone postępowanie,
 - treść i data;
 - Czy na kandydata zostały nałożone jakiegokolwiek grzywny z tytułu popełnionego przestępstwa w ciągu dwóch lat poprzedzających datę złożenia aplikacji?
tak – nie
 - (grzywny/mandaty przyznawane w sposób doraźny nie są brane pod uwagę),
 - popełnione przestępstwo,
 - organ nakładający grzywnę;
 - Jeśli tak, czy stwierdzona została płatność: tak – nie stwierdzono – zmieniono na formę aresztu.
8. Dane kandydata dotyczące spędzania wolnego czasu:

- Regularne czynności wykonywane podczas wypoczynku (sport, hobby itp.),
- Regularnie odwiedzane puby, ze wskazaniem częstotliwości (miesięcznie, tygodniowo, dziennie).

Na końcu testu kandydat zobowiązany jest złożyć oświadczenie następującej treści:

Niniejszym zgadzam się na to, że wymienione informacje dotyczące rzeczywistości, mojego stylu życia, dochodów, stanu majątkowego, warunków życia, relacji rodzinnych będą przedmiotem weryfikacji zgodnie z zarządzoną procedurą sprawdzenia zawartą w Ustawie XLIII 37/A–37/C z 1996 r. o warunkach służby członków personelu sił zbrojnych.

....., w dniu 20.....

.....
kandydat
Otrzymałem/am wypełniony formularz:
Data:

.....
Przedstawiciel²⁴.

Test dotyczący sprawdzenia stylu życia funkcjonariusza, jak podkreślają przedstawiciele Narodowego Biura Ochrony Węgier, przyczynia się do możliwości szerszej i kompleksowej oceny funkcjonariusza pod kątem jego podatności na korupcję.

II. Australia

Podobnie jak na Węgrzech, test integralności wykorzystywany jest także w Australii.

W ramach obowiązujących tam przepisów testy integralności mogą zostać przeprowadzone przez następujące instytucje:

- Australijską Komisję ds. Przemoczości (ang. ACC; *Australian Crime Commission*),
- Departament ds. Imigracji i Ochrony Granic Australijskiej Służby Celnej i Granicznej (ang. ACBPS/DIBP; *Department of Immigration and Border Protection Australian Customs and Border Protection Service*).
- Australijską Policję Federalną (ang. AFP; *Australian Federal Police*).

²⁴ Government decree 293/2010 XII 22 on designation of the police's organ for internal crime prevention and crime detection, on discharge of its duties, and on detailed regulation for tests on proper way of life and integrity.

Na podstawie znowelizowanej ustawy w sprawie integralności organów ścigania z 2012 r.²⁵ rząd australijski wprowadził możliwość przeprowadzania tzw. ukierunkowanych testów integralności w stosunku do pracowników wyszczególnionych wyżej instytucji. Dodatkowo nowelizacja ustawy w sprawach celnych i innych z 2015 r.²⁶ rozszerzyła możliwość stosowania testów integralności wobec pracowników Departamentu ds. Imigracji i Ochrony Granic.

Celem wprowadzenia ukierunkowanych testów integralności było zwiększenie skuteczności ścigania przestępstw o charakterze korupcyjnym występujących wśród funkcjonariuszy organów ścigania.

Na podstawie znowelizowanej ustawy o przestępczości (ang. *Crimes Act*)²⁷ do przeprowadzania testów integralności upoważnieni są ściśle wyselekcjonowani funkcjonariusze ww. służb. Podobnie jak na Węgrzech koniecznym i wymaganym dokumentem jest wniosek o przeprowadzenie testu. Musi on spełniać następujące warunki:

- mieć formę pisemną,
- zawierać wystarczające informacje, pozwalające na wyrażenie zgody na test,
- uszczegóławiać, czy zaproponowana operacja jest związana z przeszłą lub obecną sytuacją,
- określać proponowany termin przeprowadzenia i trwania, który jednak nie może być dłuższy niż 12 miesięcy.

W zależności od tego, który organ przeprowadza test integralności, w sposób precyzyjny określono osoby mogące go zatwierdzać. Np. jeśli test integralności skierowany jest wobec funkcjonariusza Australijskiej Policji Federalnej, upoważnionym do jego zatwierdzenia jest: Komisarz, Zastępca Komisarza lub upoważniony pracownik SES (*Senior Executive Service*) – Australijskiej Policji Federalnej. Z kolei w odniesieniu do funkcjonariuszy Australijskiej Komisji ds. Przestępczości test integralności może zostać zatwierdzony przez: Dyrektora Generalnego Australijskiej Komisji ds. Przestępczości lub upoważnionego pracownika SES (*Senior Executive Service*) – Australijskiej Komisji ds. Przestępczości.

Przesłankami decydującymi o możliwości zatwierdzenia testu integralności zgodnie z art. 15 JG ustawy o przestępczości są:

- uprawdopodobnienie, że mający być poddany testowi funkcjonariusz popełni przestępstwo przeciwko Państwu lub Wspólnocie zagrożone karą pozbawienia wolności od 12 miesięcy,
- przestępstwo ma mieć charakter korupcyjny,

²⁵ The Law Enforcement Integrity Legislation Amendment Act 2012.

²⁶ The Customs and Other Legislation Amendment Act 2015.

²⁷ Crimes Act 1914r Nr 12,1914.

- test zostanie przeprowadzony przez uprawnionego funkcjonariusza.
Urządnik, który zatwierdza możliwość przeprowadzenia testu integralności wydaje stosowne upoważnienie, które zawiera:
- dane personalne, funkcję oraz stanowisko funkcjonariusza przeprowadzającego test,
- dane funkcjonariusza wnioskującego o przeprowadzenie testu integralności,
- opis i charakter ew. działalności przestępczej, w związku z którą prowadzony będzie test,
- dane wszystkich funkcjonariuszy biorących udział w teście,
- dane funkcjonariusza (funkcjonariuszy), który poddany zostanie testowi,
- okres ważności upoważnienia, jednak nie dłuższy niż 12 miesięcy od dnia jego przyznania²⁸,
- datę wydania upoważnienia,
- szczegółowe wymagania, których przedmiotem jest operacja specjalna.

Bezpośrednio po otrzymaniu upoważnienia na przeprowadzenie operacji, właściwy funkcjonariusz zobowiązany jest przekazać kopię upoważnienia zarówno funkcjonariuszowi odpowiedzialnemu za operację, jak również Komisarzowi ds. Integralności (chyba że upoważniający funkcjonariusz jest pracownikiem Australijskiej Komisji ds. Integralności Organów Ścigania)²⁹.

Należy podkreślić, iż urządnik zatwierdzający upoważnienie ma możliwość jego zmiany zarówno na wniosek wnioskującego funkcjonariusza jak również na wniosek osoby odpowiedzialnej za przeprowadzenie operacji. Istnieje także możliwość anulowania upoważnienia z inicjatywy osoby zatwierdzającej upoważnienie.

Za ujawnienie informacji dotyczącej planowania i przebiegu testu integralności przewidziana została kara do 2 lat pozbawienia wolności. Jeżeli jednak w związku z ujawnieniem informacji mogło nastąpić zagrożenie bezpieczeństwa uczestnika operacji, w tym zagrożenie jego życia lub zdrowia, osoba ujawniająca może ponieść karę pozbawienia wolności do lat 10³⁰.

Jeżeli w wyniku testu integralności testowany funkcjonariusz dopuści się popełnienia przestępstwa, podobnie jak na Węgrzech złożone zostaje zawiadomienie o popełnieniu przestępstwa i wszczęta zostaje procedura karna.

Dodatkowo procedura australijska przewiduje obowiązek corocznego składania przez szefów każdej upoważnionej do przeprowadzania testu służby, szczegółowego sprawozdania Ministrowi ds. Organów Ścigania na

²⁸ W wyjątkowych wypadkach upoważnienie może zostać przedłużone na podstawie rozdziału 15JK ustawy o przestępczości maksymalnie do 24 miesięcy.

²⁹ Rozdział 15JI Ustawy o Przestępczości nr 12, 1914.

³⁰ *Ibidem*. Rozdział 15JQ.

okoliczność przeprowadzonych testów integralności. Szczegółowy raport winien zawierać takie elementy jak:

- liczbę przyznanych upoważnień do przeprowadzenia testu integralności,
- charakter podejrzewanej działalności przestępczej,
- okres obowiązywania upoważnień (łącznie z ewentualnymi przedłużeniami),
- w przypadku anulowania upoważnienia, powody takiej decyzji,

Przedmiotowy raport nie może zawierać danych pozwalających zidentyfikować osoby biorące udział w operacji. Jednocześnie w raporcie nie zamieszcza się informacji o niesfinalizowanych testach integralności.

Zaznaczyć należy, iż z uwagi na poufny charakter testów integralności, zarówno liczba, jak też charakter testów nigdy nie są upubliczniane³¹.

III Mołdawia

Wartym zasygnalizowania w sprawie dotyczącej testu integralności jest rozwiązanie mołdawskie, które w chwili obecnej zostało zakwestionowane przez Europejski Trybunał Praw Człowieka³².

Na podstawie ustawy z dnia 23 grudnia 2013 r. Parlament Republiki Mołdawii uchwalił „Ustawę w sprawie Oceny Integralności Instytucjonalnej”³³. Niniejszy akt prawny składa się z czterech zasadniczych rozdziałów w tym:

- przepisów ogólnych,
- procedury oceny integralności instytucjonalnej,
- konsekwencji oceny integralności instytucjonalnej i testowania integralności zawodowej,
- kontroli i finansowania oceny integralności instytucjonalnej,
- przepisów przejściowych i końcowych.

Zgodnie z art. 2 przedmiotowej ustawy celem jej wprowadzenia było:

- Zwiększenie odpowiedzialności kierowników podmiotów publicznych i organów samorządowych w zakresie rozwijania, utrzymania i poprawy środowiska integralności zawodowej w podmiotach publicznych.
- Zapewnienie integralności zawodowej urzędników publicznych w celu zapobiegania korupcji i zwalczania jej w podmiotach publicznych.
- Identyfikację, ocenę i usunięcie ryzyka korupcji w podmiotach publicznych.

³¹ Annual Report of The Integrity Commissiner 2014–2015, Australian Government 2015.

³² Szczegóły dotyczące przyczyn zaniechania stosowania testu integralności w Republice Mołdawii zaprezentowane zostaną w odrębnej publikacji.

³³ Dz. U. Nr 35–41/73 z dnia 14 lutego 2014 r.

- Zwiększenie potępienia czynów korupcyjnych popełnianych przez urzędników publicznych³⁴.

Zgodnie z cyt. ustawą urzędnikiem publicznym, wobec którego uprawione organy mogą stosować test integralności, jest osoba zatrudniona w podmiocie publicznym i sprawująca funkcję publiczną, szczególną funkcję publiczną, funkcję godności publicznej, osoba zatrudniona w biurze osoby sprawującej funkcję godności publicznej lub świadcząca usługi w interesie publicznym, a także osoba wybrana na poziomie lokalnym³⁵.

W przeciwieństwie do rozwiązań węgierskich, w Republice Mołdawii uprawniony organ, którym może być Narodowe Centrum Antykorupcyjne, Służby Bezpieczeństwa i Informacji oraz dział bezpieczeństwa wewnętrznego Służby Bezpieczeństwa Informacji, mogą wielokrotnie przeprowadzać test integralności w celu zweryfikowania postępu w podnoszeniu poziomu uczciwości instytucjonalnej³⁶.

Jeżeli chodzi o procedurę dotyczącą stosowania tzw. „testu uczciwości”, to składa się ona z czterech zasadniczych etapów:

- Etap pierwszy związany jest z tzw. identyfikacją ryzyka korupcyjnego w podmiocie publicznym, a polega ona na zbadaniu tzw. incydentów integralności których dopuścili się urzędnicy publiczni zatrudnieni w danym podmiocie³⁷.
- Etap drugi, który zainicjowany jest na podstawie uzasadnionej decyzji, a polega na losowym wybraniu urzędnika w zależności od największych zagrożeń korupcyjnych.
- Etap trzeci to opis ryzyka związanego z korupcją przy jednoczesnej analizie czynników korupcyjnych do których zalicza się:
 - 1) czynniki zewnętrzne – czyli czynniki ryzyka pozostające poza kontrolą podmiotu publicznego,
 - 2) czynniki wewnętrzne, do których zalicza się czynniki organizacyjne, kontrolne oraz sankcjonujące czynniki ryzyka znajdujące się poza kontrolą podmiotu, które są wynikiem działań lub zaniechań tego podmiotu,
 - 3) czynniki operacyjne, pojawiające się w trakcie działalności podmiotu publicznego,
 - 4) czynniki indywidualne, do których zaliczamy tzw. indywidualne motywy działań przestępczych poszczególnych urzędników,

³⁴ Art. 3 ustawy z dnia 23 grudnia 2013 r. „W sprawie oceny integralności instytucjonalnej”.

³⁵ *Op. cit.*, art. 4.

³⁶ *Op. cit.*, art. 9 pkt 1d.

³⁷ Uzasadnieniem pierwszego etapu są m.in. informacje przekazywane przez obywateli, informacje uzyskane ze środków masowego przekazu, jak również ze źródeł analitycznych.

- Etap czwarty, zakładający ustalenie pewnych wymagań minimalnych, przy spełnieniu których podmiot publiczny może zredukować działania korupcyjne wśród swoich urzędników.

Test integralności może zostać zainicjowany i przeprowadzony przez następujące instytucje:

- Narodowe Centrum Antykorupcyjne,
- Służby Bezpieczeństwa Informacji, w odniesieniu do Narodowego Centrum Antykorupcyjnego,
- Dział Bezpieczeństwa Wewnętrznego Służby Bezpieczeństwa Informacji odnośnie Służby Bezpieczeństwa Informacji.

W uzasadnieniu wszczęcia testu wskazuje się: przyczyny jego zainicjowania, zidentyfikowane ryzyko korupcyjne, cel testu oraz kategorię wybranych urzędników, na których ma być przeprowadzony. W trakcie stosowania testu istnieje możliwość stosowania urządzeń audio i video.

Sam plan testu jest dokumentem poufnym. W nieprzewidzianych planem sytuacjach testerzy mogą od niego odbiegać jedynie w takim zakresie, w jakim ich działania przyczynią się do osiągnięcia celu i nie doprowadzą do znacznego ryzyka. Uzasadniona decyzja o wszczęciu i przeprowadzeniu testu zatwierdzana jest przez sąd.

Ważnym elementem jest kwestia dotycząca zagwarantowania podstawowych praw i wolności urzędników publicznych. Na podstawie art. 16 pkt 4 „podczas testowania integralności zawodowej sędziów, instytucje oceniające integralność instytucjonalną i testerzy muszą przestrzegać gwarancji niezawisłości sędziowskiej, poprzez zakaz ingerencji w rozpatrywanie przez sędziów sprawy”³⁸.

Po zakończeniu testu integralności należy dokonać jego oceny, która może być:

- pozytywna, jeżeli testowany urzędnik wykazał się integralnością zawodową,
- negatywna, jeżeli urzędnik nie przestrzegał zasad opisanych w art. 7 ustawy³⁹,
- niejednoznaczna, w przypadku braku jednoznacznej oceny pozytywnej lub negatywnej.

Instytucja przeprowadzająca test integralności przesyła sprawozdanie do sędziego, który w poprzednim etapie poparł decyzję o wszczęciu testu, a który decyduje o ocenie wyników testu. Jednocześnie sędzia rozstrzyga w drodze decyzji każdą sytuację, która może pojawić się podczas prowa-

³⁸ Art. 16 ustawy z dnia 23 grudnia 2013 r. „w sprawie oceny integralności instytucjonalnej”.

³⁹ Zgodnie z art. 7 ustawy urzędnik zobowiązany jest do: nie dopuszczania się korupcji, niezwłocznego zgłaszania właściwym organom wszelkich prób korupcyjnych, natychmiastowego informowania o bezprawnych naciskach, deklarowanych upominkach oraz ewentualne konflikty interesów, znajomości przestrzegania obowiązków zgodnych z krajową i sektorową polityką antykorupcyjną, wykonywania działań określonych w planie integralności.

dzionego testu integralności w celu zapewnienia przestrzegania podstawowych praw i wolności⁴⁰.

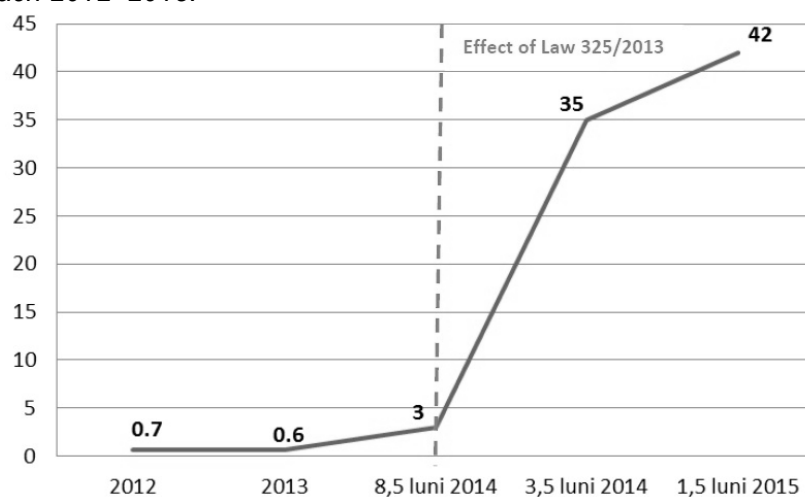
Konsekwencją negatywnego wyniku testu są wyłącznie sankcje dyscyplinarne, łącznie z wydaleniem urzędnika publicznego z zajmowanego stanowiska. Osoba poddana testowi może odwołać się od rozstrzygnięcia instytucji publicznej w drodze postępowania administracyjnego przed sądem administracyjnym (sędzia, który brał udział w zatwierdzeniu decyzji o wszczęciu testu i który zweryfikował jego wyniki nie może brać udziału w rozpatrywaniu odwołania).

Należy nadmienić, iż kontrolę parlamentarną nad działalnością w zakresie oceny integralności instytucjonalnej sprawuje Komisja ds. Bezpieczeństwa Narodowego, Obrony i Porządku Publicznego oraz Komisja ds. Prawnych, Mianowania i Immunitetu. W zakresie tej kontroli obie komisje mają prawo żądać informacji dotyczących m.in.:

- liczby podmiotów publicznych podlegających ocenie integralności instytucjonalnej,
- liczby przeprowadzonych testów,
- liczby odwołań związanych z zastosowanymi sankcjami dyscyplinarnymi.

Z kolei kontrola sądowicza polega m.in. na poparciu działalności w zakresie testowania integralności zawodowej, weryfikacji przestrzegania warunków zatwierdzania oceny wyników testu, analizie odwołań związanych z testowaniem integralności zawodowej⁴¹.

Wykres nr 1. Przypadki aktywnej korupcji i bezprawnego wpływu zgłoszone w latach 2012–2015.



Źródło: Raport NCA z wdrożenia ustawy nr 325/23.12.2013 r.

⁴⁰ *Op. cit.*, art. 17.

⁴¹ *Op. cit.*, art. 19–25.

Z powyższego wykresu można wnioskować, że Ustawa 325/2013 wywołała niezwykle zmiany w sposobie, w jaki urzędnicy publiczni potępiają czynną korupcję w porównaniu z rokiem 2013, gdy liczba zgłoszeń o aktywnej korupcji przedłożonych do NAC wyniosła średnio 0,6 miesięcznie.

I tak:

- W 2014 r., zanim Ustawa 325/2013 weszła w życie 14 sierpnia 2014 r., średnia miesięczna stopa zawiadomień wzrosła pięciokrotnie.
- W 2014 r., po wejściu w życie Ustawy 325/2013, średni miesięczny wskaźnik zawiadomień wzrósł 58 razy.
- W 2015 r. na dzień 14 lutego 2015 r., średnia miesięczna stopa zawiadamiania wzrosła aż 70 razy⁴².

Analizując źródła zawiadomień w 2014 r. można zauważyć, że większość spraw zgłaszali do NAC pracownicy następujących podmiotów publicznych:

- 1) Służba Celna – 59;
- 2) Ministerstwo Spraw Wewnętrznych – 41;
- 3) Urzędy Stanu Cywilnego Ministerstwa Sprawiedliwości – 19;
- 4) NAC – 17;
- 5) Instytucje opieki zdrowotnej – 6;
- 6) Sądy – 6⁴³;
- 7) Biura Burmistrza – 5;
- 8) Inne podmioty – 23.

Pomimo zachowanej w ustawie „w sprawie oceny integralności instytucjonalnej” kontroli sądu, ETPC orzekł, iż ustawa nie zawiera dostatecznych gwarancji związanych z podstawowymi prawami człowieka. W chwili obecnej ustawa nie jest stosowana do czasu jej zmiany, która ma odbyć się w ciągu najbliższego roku.

Jeżeli chodzi o dane statystyczne związane ze stosowaną do 2016 r. ustawą, to wg zastępcy szefa Narodowego Centrum Antykorupcyjnego skala korupcji wśród urzędników państwowych jest ogromna i sięga około 70%⁴⁴. Przykładem mogą być ostatnie zatrzymania mające miejsce w kwietniu 2017 r.,

⁴² Dla porównania, po tym jak Rumunia zaczęła testować funkcjonariuszy policji pod kątem integralności zawodowej, w pierwszym roku przeprowadzania testów, liczba zgłoszonych przypadków aktywnej korupcji wzrosła 8 razy. W przypadku Mołdawii znacznie wyższe wskaźniki można wyjaśnić na podstawie starań NAC w celu sprawdzania przestrzegania przez podmioty publiczne wymogów ustanowienia mechanizmów zapobiegania korupcji przed wejściem w życie Ustawy, na podstawie szkoleń dla urzędników publicznych na dużą skalę, a także na podstawie wysiłków na rzecz omawiania i opisywania *integrity testing* w mediach.

⁴³ Z przedstawionych przez NCA danych wynika, iż 5 na 6 denuncjatorów z sądów było sędziami. Ustalono, iż zaangażowane były następujące sądy: Sąd Najwyższy (urzędnik kancelarii) i sądy rejonowe Leova, Strasenii, Anenii–Noii, Cahul i Rezina. W 2015 r. dwóch kolejnych sędziów (sądy okręgowy Botanica i Rezina) zgłosiło akty korupcji.

⁴⁴ Dane uzyskano podczas wspólnego spotkania bilateralnego pomiędzy szefami CBA i Narodowego Centrum Antykorupcyjnego w 2017 r. w Warszawie.

kiedy to NCA zatrzymało 12 skorumpowanych urzędników państwowych w tym 3 burmistrzów w sprawie zmywy przetargowej dotyczącej przetargów na systemy ociepleń⁴⁵.

Na uwagę zasługuje także fakt, iż 15 października 2015 r. Parlament Mołdawii pozbawił immunitetu poselskiego Vlada Filata, byłego Premiera Mołdawii, który został tymczasowo aresztowany przez NCA, a obecnie odbywa karę pozbawienia wolności m.in. za wyprowadzenie środków finansowych z mołdawskiego systemu bankowego.

W wypadku tak sensytywnego narzędzia, jakim jest test integralności, z pola widzenia nie należy tracić kwestii związanych m.in. z obowiązującym orzecznictwem, zarówno międzynarodowym, jak też krajowym.

Jak podkreślają liczni autorzy Trybunał w Strasburgu przyjął wyjątkowo restrykcyjne stanowisko związane z kwestią rzetelności procesu, wynikającego z art. 6 EKPC⁴⁶.

Wielokrotnie na temat przeprowadzanych prowokacji policyjnych wypowiedziały się zarówno sądy krajowe jak również Europejski Trybunał Praw Człowieka.

Trybunał Sprawiedliwości w Strasburgu w swych orzeczeniach zajmował się kwestiami dotyczącymi m.in. rzetelnego procesu karnego oraz dopuszczalnej prowokacji. Przykładem takich wyroków mogą być m.in.:

- 1) wyrok z dnia 9 czerwca 1998 r. w sprawie Teixeira przeciwko Portugalii,
- 2) wyrok z dnia 5 lutego 2008 r. w sprawie Romanauskas przeciwko Litwie,
- 3) wyrok z dnia 12 lipca 1988 r. w sprawie Schenk przeciwko Szwajcarii,
- 4) wyrok z dnia 4 listopada 2010 r. w sprawie Bannikowa przeciwko Rosji.

W pierwszym przypadku, zgodnie z ustaleniami poczynionymi przez ETPC, chodziło o prowokację policyjną związaną z zakupem heroiny. Teixeira de Castro wystąpił ze skargą do Komisji w dniu 24 października 1994 r. Powołał się m.in. na Artykuł 6 ust. 1 Konwencji, podnosząc zarzut, że nie miał rzetelnego procesu, ponieważ funkcjonariusze policji namówili go do popełnienia przestępstwa, za które został następnie skazany. Ta okoliczność, jego zdaniem, stanowiła również naruszenie Artykułów 3 i 8. Uznał on ponadto, że został poddany dyskryminacyjnemu traktowaniu, ponieważ otrzymał surowy wyrok, podczas gdy pozostałe osoby zamieszane w sprawę albo w ogóle nie były ścigane, albo otrzymały dużo łagodniejsze wyroki.

Jak ustalili ETPC w niniejszej sprawie doszło ze strony funkcjonariuszy policji do sprowokowania przestępstwa, do którego popełnienia w innej sytuacji by nie doszło. Poza tym ustalono, iż brak było wcześniejszych przesłanek, aby podejrzany mógł popełnić podobne przestępstwa oraz cała akcja policyjna nie była zarządzona i kontrolowana przez sędziego.

⁴⁵ Zik.ua/pl/news/2017/04/11 (data dostępu w dniu 23 lipca 2017 r.).

⁴⁶ A. Błachnio-Parzych, J. Kosonoga, H. Kuczyńska, C. Nowak, Rzetelny proces karny w orzecznictwie sądów polskich i międzynarodowych, Warszawa 2009, s. 168–169.

W związku z zaistniałym stanem faktycznym Trybunał stwierdził większością głosów osiem do jednego, że nastąpiło naruszenie Artykułu 6 ust. 1 Konwencji⁴⁷.

Podobnie w sprawie Romanauskas przeciwko Litwie Skarżący zarzucił, że był podlegany do popełnienia przestępstwa, co stanowi naruszenie jego prawa do rzetelnego procesu sądowego zgodnie z art. 6 § 1 Konwencji, który w istotnym dla sprawy zakresie stanowi iż: „Każdy ma prawo do sprawiedliwego (...) rozpatrzenia sprawy (...) przez niezawisły i bezstronny sąd (...) przy rozstrzyganiu o (...) zasadności każdego oskarżenia w wytoczonej przeciwko niemu sprawie karnej (...)”.

Dodatkowo oświadczył, iż przestępstwo nie doszłoby do skutku bez interwencji ze strony prowokatorów policyjnych.

W swoim orzeczeniu Trybunał wskazał, że jest świadomy trudności związanych z zadaniem policji, jakim jest poszukiwanie oraz zbieranie dowodów dla celów wykrywania i prowadzenia postępowań o przestępstwa. By wykonać to zadanie, coraz częściej wymagane jest korzystanie z tajnych agentów, informatorów i potajemnych praktyk, szczególnie w zakresie zwalczania przestępczości zorganizowanej oraz korupcji.

Dodatkowo ETPC zauważył, iż korupcja – także w sądownictwie – stała się poważnym problemem w wielu krajach, jak wskazano w Prawnikarnej Konwencji Rady Europy z tego zakresu. Instrument ten upoważnia do czynienia użytku ze specjalnych technik śledczych, takich jak tajni agenci, które mogą być konieczne do gromadzenia dowodów w tym obszarze, pod warunkiem, że prawa i obowiązki wynikające z wielostronnych konwencji międzynarodowych dotyczących „kwestii szczegółowych”, jak np. prawa człowieka, nie doznają uszczerbku.

W świetle powyższego, użycie specjalnych technik śledczych – w szczególności tajnych – nie może naruszać prawa do rzetelnego procesu sądowego. Ze względu na ryzyko podlegania przez policję w związku z wykorzystaniem takich technik, ich użycie musi mieć jasno określone granice.

W szczególności, Konwencja nie zabrania polegania w początkowym stadium postępowania przygotowawczego oraz, gdy może to być uzasadnione charakterem przestępstwa, na anonimowych informatorach. Jednakże wykorzystanie takich źródeł do wydania wyroku skazującego w późniejszej fazie przez sąd prowadzący postępowanie jest odrębną kwestią i jest do zaakceptowania jedynie wówczas, gdy zastosowano adekwatne i wystarczające gwarancje przeciwko nadużyciom, w szczególności jednoznaczna i przewidywalną procedurę odnośnie zezwalania, stosowania oraz nadzoru nad stosowaniem środków śledczych.

⁴⁷ Wyrok ETPC z dnia 9 czerwca 1998 r. w sprawie Teixeira przeciwko Portugalii, sygn. 44/1997/828/1034.

Ponadto korzystanie z tajnych agentów może być dozwolone pod warunkiem, że jest ono poddane wyraźnym ograniczeniom i gwarancjom, interes publiczny nie może służyć uzasadnieniu wykorzystania dowodu uzyskanego w wyniku podżegania przez policję, co w ostateczności narażałoby oskarżonego na ryzyko bycia pozbawionym rzetelnego procesu sądowego od samego początku.

Ponadto, jak ustalił ETPC, podżeganie przez policję ma miejsce wtedy, gdy określone funkcjonariusze – pracownicy sił bezpieczeństwa lub osoby działające na podstawie otrzymanych od nich instrukcji – nie ograniczają się do śledzenia działalności przestępczej w sposób, co do zasady, pasywny, ale wywierają takiego rodzaju wpływ na podmiot, że podlegają do popełnienia przestępstwa, które w przeciwnym razie nie zostałyby popełnione, w takim celu, by umożliwić ustalenie przestępstwa, to znaczy, dostarczyć dowód oraz wszcząć postępowanie karne.

Trybunał ustalił, iż władze krajowe nie przeprowadziły postępowania w sposób nierzetelny oraz nie wzięły pod uwagę wszystkich istotnych okoliczności sprawy⁴⁸.

Kolejnym wyrokiem na który należy zwrócić uwagę, był wyrok ETPC w sprawie Schenk przeciwko Szwajcarii. W orzeczeniu Trybunał zwrócił uwagę na bardzo ważny aspekt, a mianowicie na fakt, iż Trybunał nie ustala żadnych zasad dopuszczalności dowodów, które są głównie domeną władz krajowych. Zadaniem Trybunału jest bowiem ocena rzetelności postępowania w ujęciu całościowym. W sytuacji bowiem, gdy ustalone zostanie, że dowód został zdobyty drogą nielegalną, rolą Trybunału jest wyłącznie ocena, czy oskarżonemu zagwarantowano możliwość podważenia wiarygodności oraz legalności przeprowadzonego dowodu, jak również możliwość wnioskowania o jego wyłączenie z procesu⁴⁹.

Zwrócić należy uwagę także na orzeczenie ETPC w sprawie Bannikowa przeciwko Rosji, w którym to wyroku Trybunał uznał, iż badanie naruszenia art. 6 § 1 Konwencji winno odbywać się dwufazowo. Po pierwsze w aspekcie merytorycznej oceny charakteru prowokacji, a po wtóre rzetelności postępowania karnego dotyczącego sprowokowanego przestępstwa⁵⁰.

Jeżeli chodzi o kwestie prowokacji w systemie amerykańskim, to zdaniem wielu autorów, w tym m.in. L. A. Ginsberga „operacje z użyciem prowokacji będą prawdopodobnie coraz częściej wykorzystywane zarówno w USA, jak i innych krajach (...). Realny problem, jaki towarzyszy takim przypadkom, to znalezienie równowagi między potrzebą zapobieżenia i ochroną przed pew-

⁴⁸ Wyrok z dnia 5 lutego 2008 r. w sprawie Romanauskas przeciwko Litwie, skarga nr 74420/01.

⁴⁹ Wyrok z dnia 12 lipca 1988 r. w sprawie Szenk przeciwko Szwajcarii, skarga nr 10862/84.

⁵⁰ Wyrok z dnia 4 listopada 2010 r. w sprawie Bannikowa przeciwko Rosji, skarga nr 18757/06.

nymi przestępstwami a prawami obywateli każdego kraju, którzy muszą pozostać wolni od działań rządowych agend „tworzących” przestępstwo”⁵¹.

Podsumowanie i wnioski

Słusznym wydaje się postawienie tezy, iż wprowadzenie testów integralności pod pewnymi szczególnymi obwarowaniami prawnymi może z całą pewnością przyczynić się do znacznego ograniczenia korupcji wśród funkcjonariuszy, a w szczególności znacznie poprawić kwestię prewencji ogólnej.

W 2006 r. na mocy decyzji nr 643 Komendanta Głównego Policji⁵² powołany został zespół w celu opracowania projektu rozwiązań prawnych umożliwiających stosowanie proaktywnej metody weryfikowania uczciwości kadr Policji. Na potrzeby ww. projektu przyjęto nazwę metody: weryfikacja postawy zawodowej Policjanta. W trakcie prac przyjęto kilka istotnych założeń w tym min:

- wymóg istnienia podstawy faktycznej do wszczęcia procedury,
- uzasadnione przypuszczenie, że funkcjonariusz w związku z wykonywanymi czynnościami służbowymi popełnił umyślne przestępstwo ścigane z oskarżenia publicznego,
- zakaz stosowania podczas weryfikacji przemocy lub groźby bezprawnej, zarówno wobec testowanego funkcjonariusza, jak również wobec innych osób,
- niedopuszczalność stosowania podczas testów metod mogących zagrażać życiu lub zdrowiu osoby testowanej, jak również osobom trzecim,
- zgoda na poddanie testowi funkcjonariusza wyrażana przez sąd okręgowy na pisemny wniosek Komendanta Głównego Policji, po uprzednim uzyskaniu zgody Prokuratora Generalnego,
- obligatoryjne dokumentowanie przebiegu testu za pomocą urządzeń rejestrujących obraz i dźwięk⁵³.

Niestety do chwili obecnej narzędzie to nie zostało wdrożone, zarówno do Ustawy o Policji, jak również do innych ustaw, w tym m.in. Ustawy o CBA czy ABW.

Podobnie jak badania poligraficzne narzędzie to spełniać winno dwa podstawowe warunki:

⁵¹ L. A. Ginsberg, *Prowokacje: zmiana w amerykańskiej tradycji*, Helsińska Fundacja Praw Człowieka, Nr 4 (8), październik – grudzień 2013, s. 13.

⁵² Decyzja Komendanta Głównego Policji z dnia 15 listopada 2006 r. w sprawie powołania zespołu do opracowania projektu rozwiązań prawnych umożliwiających stosowanie proaktywnej metody weryfikowania uczciwości kadr Policji.

⁵³ J. Świątek, *Test integralności jako narzędzie weryfikacji postawy funkcjonariusza i urzędnika*.

- wykazanie, iż w przypadku objętego wnioskiem funkcjonariusza istnieją uzasadnione wątpliwości co do nienaganności jego postawy, a w szczególności co do możliwości popełniania co najmniej wykroczeń i przewinień służbowych,
- przeprowadzenie testu może przyczynić się do wyjaśnienia sprawy⁵⁴.

Z całą pewnością należy przychylić się do konstatacji wyrażonej przez P. Kładocznego oraz A. Pietrykę, którzy po dokonaniu analizy wyroków ETPC w zakresie badania prowokacji policyjnych uznali, iż brak jest możliwości wszczynania postępowań karnych w oparciu o materiały uzyskane w wyniku tzw. aktywnej prowokacji, która polega na nakłanianiu potencjalnej osoby do popełnienia przestępstwa, w sytuacji gdy nie uzyskano jakiegokolwiek dowodu wskazującego, że sprawca czynił wcześniej jakiegokolwiek starania w celu popełnienia przestępstwa⁵⁵.

Biorąc pod uwagę powyższe wskazania, być może słuszną należałoby uznać próbę podjęcia dyskusji na temat możliwości wprowadzenia zarówno do ustawy o Policji, jak również ustaw o służbach specjalnych w tym min.: ustawy o CBA, ABW, SKW, możliwości przeprowadzania testów integralności wobec swoich funkcjonariuszy, z zachowaniem podstawowych zasad i standardów ochrony praw człowieka. Z pola widzenia nie można tracić przede wszystkim okoliczności związanych z tym, do jakich granic prowokujący (testujący) funkcjonariusz może się posunąć w celu zdobycia materiału dowodowego, umożliwiającego postawienie sprowokowanego przed sądem. Z całą pewnością należy zapewnić warunki związane z tym, by osoba poddana testowi integralności miała pełną swobodę w podjęciu decyzji. Aby zapobiec tzw. „nadmiernym” prowokacjom celowym jest wyznaczenie jasnych granic, po przekroczeniu których brak będzie możliwości zaliczenia tak uzyskanego materiału w poczet środków dowodowych. Z drugiej strony należy mieć na względzie fakt, iż szczególnie niebezpiecznym zjawiskiem jest korupcja wśród przedstawicieli organów ścigania, którzy z założenia winni stać na straży praworządności. Tradycyjne zaś metody wykrywcze mogą okazać się niewystarczające, a wręcz mało skuteczne do zwalczania tego typu przestępczości.

⁵⁴ Zob.: P. Bogdański, W. Pływaczewski, I. Nowicka (red.), *Ius est ars boni et aequi*. Księga pamiątkowa ofiarowana Profesorowi Stefanowi Leleńskiemu, P. Bogdański, Badania wariograficzne jako narzędzie polityki kadrowej w Policji, Szczytno 2008, s. 35.

⁵⁵ P. Kładoczny, A. Pietryka, Prowokacja policyjna w orzecznictwie Europejskiego Trybunału Praw Człowieka, Helsińska Fundacja Praw Człowieka, Nr 4 (8), październik–grudzień 2013, s. 17.

Integrity testing: selected legal solutions

Abstract

This paper addresses issues related to combating crime, including primarily corruption, with an operational tool applied by several countries such as Hungary, Australia, Romania, Great Britain and the USA. The said tool is integrity testing referred to also as fairness/honesty or attitude verification testing. On the basis of Hungarian and Australian legislation, this paper offers a comparative legal analysis of integrity testing, incorporating conclusions about the idea of having integrating testing introduced into domestic law to minimize corruption among representatives of law enforcement agencies.

Grzegorz Maroń

Modlitwa sędziego lub przysięgłych podczas procesu jako przedmiot zarzutu odwoławczego w postępowaniu karnym w świetle praktyki orzeczniczej sądów USA

Streszczenie

W artykule omówiono problematykę wpływu modlitwy sędziego lub przysięgłych podczas postępowania sądowego na poszanowanie prawa oskarżonego do rzetelnego procesu. Studium kilkudziesięciu orzeczeń federalnych i stanowych sądów odwoławczych pozwala stwierdzić, iż fakt modlitwy sędziego (przysięgłych) na sali rozpraw nie uchodzi per se za podstawę do uchylecia wyroku skazującego. Sądy w USA trafnie przyjmują, że modlitwa sędziego (przysięgłych) może stanowić przedmiot skutecznego zarzutu odwoławczego tylko wówczas, gdy niniejszy akt religijny okazał się szkodliwy (prejudicial/harmful) dla oskarżonego. Ocena szkodliwości modlitwy dokonywana jest natomiast kontekstualnie z uwzględnieniem w szczególności jej treści. Amerykańskie case law w przedmiocie tytułowego tematu znamionuje pragmatyzm i ekonomia procesowa. Z aprobatą należy odnieść się do praktyki orzeczniczej, w której kwestię konstytucyjności modlitwy sędziów (przysięgłych) podczas procesu oddzielono od zagadnienia skutków procesowych tej modlitwy.

1. Wstęp

Modlitwa to „kontakt myślowo–słowny osoby ludzkiej z Bogiem” pełniący istotną „rolę w życiu osobistym i społecznym”. Jednym z jej rodzajów jest modlitwa błagalna, czyli „spontaniczne zwrócenie się do Boga o pomoc w rozeznaniu dobra i umocnienie sił do realizowania godziwego dobra” w sytuacji „przeżywania lęku i zatroskania”¹. Osoby wierzące niejednokrotnie uciekają się do Boga w związku z dylematami i trudnościami towarzyszącymi wykonywaniu zawodu czy pełnieniu funkcji publicznych. W zdecydowanej

¹ M. A. Krąpiec, Modlitwa, (w:) A. Maryniarczyk (red.), Powszechna Encyklopedia Filozofii, Lublin 2006, t. 7, <http://www.ptta.pl/pef/pdf/m/modlitwa.pdf>.

większości przypadków modlitwa ma wówczas charakter prywatny. Modlący się nie ujawniają zatem osobom, z którymi stykają się praktykując swoją profesję, że poszukiwały duchowej pomocy i oparcia w kontekście partykularnej sprawy zawodowej. Zdarza się jednak, aczkolwiek rzadko, że modlitwa bywa odmawiana nie tylko „w związku” z wykonywaniem czynności zawodowych, ale jednocześnie „publicznie” i „podczas” tych czynności. Zachowanie takie jest prawnie problematyczne, gdy staje się udziałem osób pełniących funkcje organów władzy publicznej i ma miejsce w ramach ich działań władczych (tzw. imperium).

Przedmiotem opracowania jest ocena prawnych konsekwencji publicznego odmówienia modlitwy przez sędziego na sali rozpraw lub kolektywnego odmówienia modlitwy przez przysięgłych podczas procesu karnego. Problematyka ta zostanie przedstawiona w oparciu o analizę amerykańskiego orzecznictwa. Studium *case law* zawężono wyłącznie do przypadków modlitwy sędziów oraz przysięgłych. Poza zakresem artykułu znajduje się kwestia takich form religijnej ekspresji sędziów i przysięgłych, jak np. odwoływanie się przez nich do Pisma Świętego lub czynienie innych religijnych komentarzy² bądź posługiwanie się religijną symboliką na sali rozpraw³. Obranie za punkt odniesienia praktyki jurysdykcyjnej pozwoli nadać poniższym rozważaniom wymiar bardziej praktyczny. Autor, dzieląc założenia szkoły realizmu prawnego stoi na stanowisku, że doktrynalna refleksja nie powinna abstrahować od prawa w jego operacjonalizacji, zwłaszcza od praktyki jego sądowego stosowania.

W pierwszej kolejności przybliżono stanowisko Sądu Najwyższego USA w kwestii modlitw osób sprawujących funkcje publiczne podczas wykonywania swoich obowiązków. Fakt, iż orzecznictwo tego sądu odnosi się do przedstawicieli władzy prawodawczej, a nie sędziowskiej sprawia, że jego doniosłość dla tytułowego zagadnienia jest ograniczona. Zasadnicza część rozważań bazuje na studium wyroków federalnych sądów okręgowych i apelacyjnych oraz sądów stanowych. Odpowiednio najpierw omówiono kwestię modlitw sędziów, a następnie modlitw przysięgłych. Podstawowym celem opracowania jest ustalenie wpływu modlitwy sędziów (przysięgłych) podczas sprawowania wymiaru sprawiedliwości na poszanowanie praw oskarżonego

² Zob. G. Maroń, *Biblijne uwagi sędziów podczas procesu karnego w świetle orzecznictwa sądów odwoławczych USA*, *Studia Prawnoustrojowe* 2016, t. 31, s. 131–149.

³ Zob. B. Berger, *Against Circumspection. Judges, Religious Symbols, and Signs of Moral Independence*, (w:) B. Berger, R. Moon (red.), *Religion and the Exercise of Public Authority*, Oxford 2016, s. 23–39; S. Levine, *Religious Symbols and Religious Garb in the Courtroom: Personal Values and Public Judgments*, *Fordham Law Review* 1998, vol. 66, nr 4, s. 1505–1540. Przykładowo sędzia stanowy z Alabamy, M. Ashle, McKathan, podczas jednej z rozpraw ubrał togę z wyhaftowanymi dziesięcioma przykazaniami. Inny sędzia stanowy z Alabamy, Roy Moore, umieszczał z kolei rzeźbę z Dziesięcioma Przykazaniami na sali rozpraw za stołem sędziowskim.

w postępowaniu karnym oraz ocena zasadności upatrywania w takiej modlitwie podstawy do uchylenia wyroku skazującego.

2. Orzecznictwo Sądu Najwyższego dotyczące modlitwy funkcjonariuszy publicznych

Dwukrotnie Sąd Najwyższy USA badał konstytucyjność publicznego odmawiania modlitwy przez osoby reprezentujące organy władzy publicznej w trakcie sprawowania czynności urzędowych⁴. W 1983 r. w sprawie *Marsh v. Chambers* orzekł o niesprzeczności z ustawą zasadniczą praktyki parlamentu Nebraski rozpoczynania swoich posiedzeń modlitwą prowadzoną przez stałego kapelana opłacanego przez władze stanowe. W orzeczeniu tym wyrażono jeden z kilku testów stosowanych w praktyce jurysdykcyjnej Sądu Najwyższego Stanów Zjednoczonych do oceny zgodności kwestionowanych przepisów lub działań władzy publicznej z konstytucyjną zasadą nieustanawiania religii (*Establishment Clause*)⁵, mianowicie tzw. test historyczności lub test tradycji. Sąd uzasadnił legalność modlitwy parlamentarnej, powołując się na racje historyczne. Wskazał na okoliczność, iż od ponad 200 lat modlitwa nieprzerwanie towarzyszy otwieraniu posiedzeń Kongresu USA, a od ponad 100 lat posiedzeń parlamentu Nebraski. „Otwieranie modlitwą posiedzeń legislatury i innych obradujących instytucji publicznych jest głęboko osadzone w historii i tradycji tego państwa”, czyniąc tę praktykę „częścią struktury naszego społeczeństwa”⁶. Modlitwa parlamentarna stanowi „po prostu tolerowane uznanie przekonań szeroko podzielanych przez naród”⁷. O jej zgodności z zasadą rozdziału kościoła od państwa świadczy także to, iż odmawianie modlitwy zapoczątkował pierwszy Kongres niedługo po przygotowaniu projektu *Bill of Rights*⁸ zawierającego *Establishment Clause*. Mając to na uwadze sąd skonkludował, że „przywołanie Boskiego kierownictwa dla publicznego organu, któremu powierzono tworzenie praw nie

⁴ Osobną kategorią spraw są te dotyczące modlitwy uczniów w szkole publicznej, niejednokrotnie z udziałem czy pod nadzorem nauczycieli jako urzędników publicznych. Zob. *Engel v. Vitale*, 370 U.S. 421 (1962); *Abington School District v. Schempp*, 374 U.S. 203, (1963), *Wallace v. Jaffree*, 472 U.S. 38 (1985); *Lee v. Weisman*, 505 U.S. 577 (1992); *Santa Fe Indep. Sch. Dist. v. Doe*, 530 U.S. 290, 309 (2000). Szerzej T. J. Zieliński, Państwo wobec religii w szkole publicznej według orzecznictwa Sądu Najwyższego USA, Toruń 2008.

⁵ Wyrażona w pierwszej poprawce do federalnej ustawy zasadniczej *Establishment Clause* jako zasada ustrojowa porządku prawnego USA jest do pewnego stopnia odpowiednikiem art. 25 polskiej ustawy zasadniczej. Zamiennie będę określał ją jako zasadę nieustanawiania religii i zasadę rozdziału kościoła od państwa.

⁶ *Marsh v. Chambers*, 463 U.S. 783, 786 i 792 (1983).

⁷ *Ibidem* [792].

⁸ Dziesięć pierwszych poprawek do Konstytucji USA uchwalonych w 1789 r. i ratyfikowanych dwa lata później.

jest, w tych okolicznościach, ustanowieniem religii czy krokiem w stronę ustanowienia”⁹.

Ponad 30 lat po wydaniu orzeczenia w sprawie Marsh, Sąd Najwyższy potwierdził i rozwinął powyższe rozumowanie, tym razem w odniesieniu do rad miast jako prawodawców lokalnych. W sprawie *Town of Greece v. Galloway* uznał konstytucyjność otwierania comiesięcznych sesji rady miasta modlitwą pod przewodnictwem lokalnych duchownych¹⁰. Władze miasta Greece sporządziły listę kościołów funkcjonujących w mieście, a następnie listę duchownych chętnych do przewodniczenia modlitwie. Jakkolwiek żadnemu kapłanowi zgłaszającemu się do poprowadzenia modlitwy nie odmówiono, to w praktyce niemal wszystkim modlitwom przewodzili chrześcijańscy księża lub pastory. Magistrat nigdy prewencyjnie nie kontrolował treści modlitwy, ani nie podawał wskazówek co do tej treści. W modlitwach obok religijnie neutralnych sformułowań, np. wezwań o „ducha współpracy” dla przywódców miasta, pojawiały się także odniesienia o charakterze wyznaniowym (*sectarian*), konkretnie chrześcijańskim, np. odwołania do imienia Jezus, Ojca Niebieskiego czy Ducha Świętego.

Według Sądu Najwyższego modlitwa nie musi być niewyznaniowa czy ekumeniczna, a więc treściowo religijnie neutralna, aby zaliczyć test konstytucyjności wyartykułowany w precedensie ze sprawy Marsh. W przeciwnym wypadku władza prawodawcza oraz sądy musiałyby cenzurować religijną mowę, co w większym stopniu skutkowałoby powiązaniem władzy z religią, aniżeli samo zezwalenie na modlitwę treściowo łączoną z konkretną denominacją. Fakt, iż większość kapłanów, którzy przewodniczyli modlitwom podczas sesji rady miasta, była duchownymi chrześcijańskimi znajduje wytłumaczenie w religijnej demografii miasta. Niedyskryminacja nie wymaga, aby władze lokalne „na siłę” dywersyfikowały prowadzących modlitwy, szukając poza granicami miasta zainteresowanych niechrześcijan.

Okoliczność, iż sesje rady miasta odbywały się przy obecności mieszkańców miasta, sprawiła, że sąd odniósł się także do kwestii wpływu modlitwy radnych na poszanowanie praw osób trzecich. W jego ocenie dorośli ludzie często są konfrontowani z mową, z którą się nie zgadzają. Poczucie afrontu wynikające ze styczności z nieakceptowanymi poglądami religijnymi nie jest samo w sobie powodem do przyjęcia, że naruszono *Establishment Clause*. Do uznania konstytucyjności modlitwy radnych przyczynił się jej nieprzymusowy i nieprozelicki charakter. W konkretnym przypadku słowa modlitwy nie poniżały niewierzących czy przedstawicieli religijnych mniejszości, nie grożono im religijnym potępieniem, nie wzywano ich do nawrócenia bądź

⁹ Marsh v. Chambers [792].

¹⁰ Zob. F. Longchamps de Brier, Polityczny podział wzdłuż linii podziału religijnego? Dwa nowe orzeczenia Sądu Najwyższego Stanów Zjednoczonych, Forum Prawnicze 2014, nr 2, s. 3–15.

konwersji. Sąd zauważył, iż członkowie publiczności nie byli obligowani przez radnych do odmawiania modlitwy, mogąc w każdym momencie wyjść z sali sesyjnej. Żadna z osób nie uczestnicząca w modlitwie nie została przez radnych skrytykowana z tego powodu. Ponadto radni nie uzależniali decyzji reprezentowanej rady miasta – jako organu władzy lokalnej – wobec kogokolwiek od partycypowania w modlitwie¹¹.

Sąd Najwyższy do tej pory nie rozpatrywał zagadnienia konstytucyjności modlitwy sędziów czy przysięgłych ani zasadności upatrywania w takiej modlitwie naruszenia praw procesowych stron postępowania sądowego. W *obiter dicta* kilku swoich precedensów wskazywał jedynie na zgodność z ustawą zasadniczą rozpoczynania posiedzeń sądu od zawołania *God save the United States and this Honorable Court* („Boże zachowaj Stany Zjednoczone i ten czcigodny sąd”)¹². O ile obu jego powyżej przywołanym wyrokom można przypisać charakter instrukcyjny w kwestii zgodności z ustawą zasadniczą religijnych praktyk sędziów (przysięgłych) na sali rozpraw, o tyle trudno upatrywać w nich precedensów posiadających bezpośrednie przełożenie na ocenę modlitwy sędziego (przysięgłych) jako uchybienia procesowego. Niektóre jednak uwagi poczynione przez Sąd Najwyższy w sprawie *Town of Greece v. Galloway* – a dotyczące poszanowania praw członków społeczności lokalnej uczestniczących w sesji rady miasta rozpoczynanej modlitwą – można subsydiarnie odnieść do spraw, gdy oskarżony w modlitwie sędziego (przysięgłych) upatruje naruszenia własnych praw procesowych.

3. Modlitwa sędziego podczas sprawowania czynności urzędowych

Modlitwa sędziego na sali rozpraw kilkunastokrotnie stanowiła przedmiot sądowych rozstrzygnięć. W ocenie prawnej tego typu zachowań sędziego wyróżnić można dwa aspekty.

Po pierwsze, w ramach powództwa cywilnoprawnego kwestionowano konstytucyjność odmawiania modlitwy podczas procesu przez konkretnego sędziego, domagając się od sądu zakazania sędziemu kontynuowania niniejszej praktyki. W sytuacji tej kwestia modlitwy sędziego stanowiła zatem zasadniczy i jedyny przedmiot sądowej oceny. Rola sądu sprowadzała się do ustalenia, czy tego typu postępowanie sędziego narusza *Establishment Clause*.

Znacznie częściej modlitwę sędziego podnoszono jako zarzut odwoławczy w sprawach karnych. Oskarżony w apelacji twierdził, iż w wyniku modlitwy sędziego podczas postępowania sądowego został pozbawiony przysłu-

¹¹ *Town of Greece v. Galloway*, 134 S. Ct. 1811 (2014).

¹² Np. *Lynch v. Donnelly*, 465 U.S. 668, 693 (1984) (O'Connor, concurring).

gujących mu praw procesowych, co jego zdaniem stanowi podstawę do uchylenia wydanego wobec niego wyroku skazującego.

Zważywszy na to, iż w środku odwoławczym oskarżeni zwykle powoływali się także na niekonstytucyjność modlitwy sędziego w trakcie procesu, zasadne wydaje się ustosunkowanie się również i do tej kwestii, pomimo tego że – jak zostanie to w opracowaniu dalej pokazane – ocena modlitwy sędziego jako błędu procesowego jest w amerykańskim *case law* niezależna od oceny tej modlitwy na gruncie zasady nieustanawiania religii.

3.1

Jedynym wyrokiem, posiadającym moc wiążącą, zakazującym konkretnemu sędziemu rozpoczynania rozpraw modlitwą jest orzeczenie Sądu Apelacyjnego dla 4 Okręgu w sprawie *North Carolina Civil Liberties v. Constangy*¹³. Przedmiotowa sprawa dotyczyła praktyki sędziego stanowego z Północnej Karoliny, Williama Constangy, który po wywołaniu przez woźnego sądowego zwykł zasiadać za stołem sędziowskim i wypowiadać słowa: „Zatrzymajmy się na chwilę na modlitwie”. Następnie pochylał głowę i mówił: „Panie, nasz Boże, nasz Ojciec w Niebie, modlimy się tego poranka, abyś położył swoją boską kierującą dłoń na tę salę rozpraw i abyś swoją silną wyciągniętą ręką chronił niewinnych, obdarzał sprawiedliwością tych, których skrzywdzono, a miłosierdziem nas wszystkich. Niech zostanie usłyszana prawda, a mądrość odbita w świetle twojej obecności z nami dzisiaj. Amen”. Z powództwem przeciwko Constangy wystąpiła organizacja propagująca świeckie państwo (*American Civil Liberties Union*) i kilkunastu adwokatów praktykujących w sądach stanowych Północnej Karoliny, podnosząc, iż zachowanie sędziego narusza zasadę rozdziału kościoła od państwa. Stanowisko powodów podzielił najpierw federalny sąd okręgowy, a następnie sąd apelacyjny.

Za wzorzec kontrolny w kontekście legalności modlitwy sędziego na sali rozpraw potraktowano wspomniany powyżej wyrok Sądu Najwyższego w sprawie *Marsh v. Chambers*. Przyjęto jednak, iż niniejszy precedens nie może posłużyć do legitymizacji kontestowanego postępowania sędziego Constangy, skoro akty modlitwy sędziowskiej nie cieszą się historyczną akceptacją czy wsparciem na podobieństwo modlitwy członków organów ustawodawczych. Modlitewne praktyki nielicznych sędziów nie uprawniają do wniosku o istnieniu długotrwałego zwyczaju otwierania rozpraw modlitwą, porównywalnego do modlitwy parlamentarnej. Źródła historyczne również nie wskazują, aby projektodawcy *Bill of Rights* zamierzali afirmować i przyzwalać na zachowania podobne do tych będących udziałem sędziego Con-

¹³ *North Carolina Civil Liberties Union Legal Foundation v. Constangy*, 947 F.2d 1145 (4th Cir.1991).

stangy. Modlitwę zakwalifikowano za „akt religijny funkcjonariusza władzy” w przeciwieństwie do rozpoczynania przez wiele sądów swoich posiedzeń zawołaniem: „Boże zachowaj Stany Zjednoczone i ten czcigodny sąd”. Dla Sądu Apelacyjnego dla 4 Okręgu cytowana inwokacja na skutek częstego powtarzania utraciła religijne znaczenie, stając się przykładem jedynie „ceremonialnego deizmu”¹⁴.

Sąd zwrócił uwagę na istotne różnice pomiędzy sędziami a posłami i senatorami. W modlitwę parlamentarną angażują się jedynie parlamentarzyści, a nie osoby trzecie. Tymczasem modlitwa sędziego oddziałuje na strony postępowania i obrońców (pełnomocników). Sędzia przewodnicząc rozprawie działa jako organ władzy publicznej. Poprzez modlitwę łączy funkcje publiczne z religijnymi, inaczej niż kapelan w parlamencie. Sąd podniósł ponadto, że o ile parlamentarzyści jako reprezentanci wyborców nie muszą być neutralni i bezstronni, o tyle od sędziów oczekuje się nie tylko bezstronności *de facto*, ale i sprawiania wrażenia bezstronnych.

Do oceny postępowania sędziego Constangy posłużono się trzystopniowym testem wyprowadzonym z orzecznictwa Sądu Najwyższego, określanym jako tzw. *Lemon test*¹⁵. Zgodnie z nim przepis prawny lub praktyka postępowania organów władzy są niekonstytucyjne, jeśli naruszają co najmniej jeden z następujących wymogów:

- 1) świecki cel przepisu lub praktyki,
- 2) głównym skutkiem przepisu lub praktyki nie jest sprzyjanie ani ograniczanie religii,
- 3) przepis lub praktyka nie prowadzi do nadmiernego powiązania władzy publicznej z religią.

Sąd apelacyjny nie przesądził, czy pierwszy wymóg testu naruszono, ale zwrócił uwagę, iż orzecznictwo Sądu Najwyższego przemawia raczej za zanegowaniem *in concreto* świeckiego celu postępowania Constangy. Religijna treść modlitwy osłabia wiarygodność deklaracji sędziego, że jego zamiarem było jedynie podniesienie solenności atmosfery w sądzie oraz przypomnienie obecnym na sali rozpraw o poszukiwaniu podczas procesu prawdy i sprawiedliwości.

W ocenie sądu odwoławczego w rozpatrywanej sprawie doszło do pogwałcenia drugiego i trzeciego wymogu z *Lemon test*. Modlitewna praktyka sędziego Constangy komunikowała poparcie religii oraz powodowała niedopuszczalne powiązanie władzy publicznej z religią. Dla sądu apelacyjnego rozpoczynanie rozprawy modlitwą może u uczestników postępowania stawić w wątpliwość bezstronność sędziego oraz jego zdolność i gotowość do kierowania się prawem. Niniejsze zachowanie sędziego „włącza religię

¹⁴ *Ibidem* [1151]. Zob. G. Maroń, Konstytucyjność aktów ceremonialnego deizmu w świetle orzecznictwa sądów USA, *Przegląd Prawa Konstytucyjnego* 2017, nr 3, s. 31–51.

¹⁵ *Lemon v. Kurtzman*, 403 U.S. 602 (1971).

w proces orzecznicy” oraz „sprawia wrażenie poszukiwania boskiej interwencji w postępowanie [prowadzone] na sali rozpraw”¹⁶.

Nieudaną okazała się natomiast próba zakazania Roy’owi Moore – naczelnemu sędziemu sądu hrabstwa Etowah w Gadsden w stanie Alabama – rozpoczęcia procedury wyłaniania przysięgłych modlitwą, odmawianą rotacyjnie przez kapłanów z terenu hrabstwa reprezentujących różne wyznania. Duchowni sami układali modlitwę, a za swoją posługę nie otrzymywali wynagrodzenia ze środków publicznych. W modlitwach m.in. pojawiało się wezwanie, aby Bóg zachował sąd czy też podziękowania za rzetelny proces. Moore przekonywał, iż nie można sądzić innych bez przewodnictwa Boga. Modlitwa jest jego zdaniem logiczną koniecznością i racjonalnym uznaniem podstaw, na których opiera się władza USA i każde cywilizowane społeczeństwo.

Trzy osoby prywatne oraz stowarzyszenie wolnomyślicieli domagało się zaprzestania tej praktyki jako niekonstytucyjnej, kierując przeciwko Moore’owi pozew do sądu. Federalny sąd okręgowy umorzył w 1995 r. postępowanie, przyjmując że powodowie nie mają legitymacji procesowej czynnej¹⁷. Kolejny pozew wniesiono do sądu stanowego. Sąd hrabstwa Montgomery orzeczeniem z dnia 22 listopada 1996 r. uznał modlitwę za praktykę naruszającą *Establishment Clause* z federalnej, jak i stanowej ustawy zasadniczej. Sądu nie przekonała – zdaniem niektórych komentatorów niebezpieczna¹⁸ – argumentacja Moore’a, iż przedmiotowa sprawa jest inna od sprawy sędziego Constangy, w tym sensie, że modlitwa w sądzie hrabstwa Etowah wpisywała się w liczącą wiele dziesięcioleci tradycję. Moore obejmując w 1992 r. urząd sędziego nie tyle więc samozwańczo zainicjował praktykę, co ją kontynuował.

Ostatecznie Sąd Najwyższy Alabamy umorzył postępowanie i uznał za skazany wyrok za nieważny *ab initio*, stwierdzając, iż przedmiotowa sprawa nie podlega jurysdykcji sądowej (*nonjusticiable*)¹⁹.

¹⁶ North Carolina Civil Liberties Union Legal Foundation v. Constangy [1151]. Senat USA ostatecznie nie podjął uchwały wyrażającej uznanie dla sędziego Constangy „za jego odwagę w praktykowaniu tradycji amerykańskiego dziedzictwa moralnego i religijnego”. W projekcie uchwały podkreślono, iż „przywoływanie Bożego kierownictwa poprzez modlitwę zawsze było znakiem rozpoznawczym Stanów Zjednoczonych Ameryki”. Bill Text 101st Congress (1989–1990) S.RES.290.IS.

¹⁷ Alabama Freethought Ass'n v. Moore, 893 F. Supp. 1522, 1545 (N.D.Ala. 1995).

¹⁸ Zob. T. Fox, Alabama v. ACLU: A Missed Opportunity To Correct Flawed Establishment Clause Jurisprudence, Regent University Law Review 1998, vol. 11, s. 193–211.

¹⁹ Ex parte State ex Rel. James, 711 So.2d 952 (Ala. 1998). W zdaniu polemicznym (*concurrente*) sędzia Alva Maddox przekonywał o potrzebie rozstrzygnięcia sprawy co do meritum i wyraźnego uznania konstytucyjności modlitwy sędziów w oparciu o precedens Marsh.

3.2

Oskarżeni podnosząc w apelacji fakt odmówienia modlitwy podczas procesu przez sędziego sądu pierwszej instancji (*trial judge*), najczęściej wskazywali, że przedmiotowa modlitwa naruszyła ich prawo do rzetelnego procesu gwarantowane V i XIV poprawką do Konstytucji USA. W środku odwoławczym modlitwie sędziego zarzucano też niekiedy sprzeczność z VI czy VIII poprawką do ustawy zasadniczej, czyli odpowiednio z prawem oskarżonego do bezstronnej ławy przysięgłych oraz zakazem okrutnych i wymyślnych kar. W apelacji nierzadko wskazywano również na niekonstytucyjność aktu modlitwy sędziego w świetle zasady nieustanawiania religii.

W dotychczasowej praktyce orzeczniczej sądów amerykańskich nie zdarzyło się, aby z powodu modlitwy sędziego podczas postępowania karnego uchylono wyrok skazujący zapadły w tym postępowaniu. Sądy odwoławcze uznawały, iż *in concreto*, fakt odmówienia modlitwy nie stanowił szkodliwego (*prejudicial/harmful*) błędu skutkującego potrzebą uchylecia orzeczenia sądu pierwszej instancji (*reversible error*).

Najczęściej modlitwa sędziego miała miejsce przed przystąpieniem do procedury wyłaniania ławy przysięgłych (*voir dire*) lub przy rozpoczęciu pierwszego posiedzenia (rozprawy) sądu w sprawie, względnie każdego kolejnego posiedzenia sądu w danej sprawie (*court session*). Modlitwie przewodniczył bezpośrednio sam sędzia albo zaproszony przez niego na salę rozpraw duchowny.

Sądy odwoławcze wyraźnie rozgraniczają ewentualną niekonstytucyjność praktyki odmawiania modlitwy w trakcie postępowania sądowego jako sprzecznej z zasadą rozdziału kościoła od państwa – co, jak nadmieniono, najczęściej też jest podnoszone w apelacji – od pogwałcenia praw procesowych oskarżonego. Jak zauważa Sąd Apelacyjny dla 11 Okręgu naruszenie wspomnianej zasady ustrojowej podczas procesu nie stanowi wystarczającej podstawy do zakwestionowania wyroku skazującego wydanego w tym procesie. Postępowanie sądowe może być nieprawidłowo naznaczone religią, a jednocześnie uczciwe w sensie poszanowania zasady rzetelnego procesu, tak jak proces sądowy może być nieuczciwy, a zarazem nie przeczyć *Establishment Clause*. Zarzut naruszenia pierwszej poprawki do Konstytucji podniesiony w pozwie cywilnym – będący zasadniczym przedmiotem tego pozwu – podlega innej ocenie niż zarzut naruszenia tej poprawki jako zarzut odwoławczy w sprawie karnej czy zarzut odwoławczy w sprawie cywilnej. „Dla oskarżonego religijny charakter procesu pozostaje istotny tylko w takim stopniu, w jakim dotyczy podstawowej uczciwości postępowania”²⁰.

Prawo oskarżonego do rzetelnego procesu ulega naruszeniu, gdy skazano go na podstawie „czynników, które są konstytucyjnie niedopuszczalne

²⁰ Bates v. Sec'y, Fla. Dep't of Corr., 768 F.3d 1278, 1289 (11th Cir. 2014).

albo całkowicie nieistotne dla procesu orzeczniczego, takich jak rasa, religia, polityczna afiliacja oskarżonego”²¹. Jeśli udział elementów religijnych w postępowaniu sądowym jest podstawą kwestionowania poszanowania rzetelnego procesu, to sądy odwoławcze badają czy „religijne cechy procesu istotnie podważyły uczciwość postępowania; nie pytają się *in abstracto* czy wydarzenia podczas procesu naruszyły *Establishment Clause*”²². Do uchynienia wyroku może dojść zatem pod warunkiem, iż „treść modlitwy istotnie zakwestionowała uczciwość procesu”²³. Na oskarżonym spoczywa ciężar wykazania poniesienia szkody (*prejudice*). Modlitwa sędziego nie jest szkodliwa dla oskarżonego *per se*, lecz tylko wtedy, gdy znosi poczucie odpowiedzialności ławy przysięgłych za podjęty werdykt, neguje sędziowską bezstronność, negatywnie przedstawia oskarżonego²⁴. Błąd sędziego musi być więc takiej natury i wagi, aby zachodziło racjonalne bądź istotne prawdopodobieństwo, że w przypadku braku tego błędu zostałby w danej sprawie wydany inny wyrok.

Sądy odwoławcze oceniając, czy modlitwa sędziego na sali rozpraw pozbawiła oskarżonego prawa do rzetelnego procesu biorą pod uwagę kilka kryteriów. Najważniejszym z nich jest treść modlitwy. Weryfikacji podlega to, na ile słowa modlitwy mogą uchodzić za rodzaj instruktażu dla przysięgłych co do sposobu rozstrzygnięcia przedkładanej im sprawy. Modlitwa, której rota nawiązuje do okoliczności rozpoznawanej sprawy suponuje możliwość naruszenia wymogu uczciwego procesu. W sprawach poddanych analizie w ramach niniejszego opracowania modlitwy takiego charakteru nie posiadały. Nie sugerowano w nich, aby przysięgli wydali werdykt w oparciu o inne podstawy niż materiał dowodowy i instrukcje prawne sędziego. W modlitwach tych zwykle oddawano cześć Bogu oraz ogólnie proszono Go o siłę i roztropność potrzebne do należytego wymierzania sprawiedliwości:

„Drogi Panie, uznaję, że Twoje imię jest ponad wszystkie imiona i proszę, aby Twoje imię było wywyższone i czczone dzisiaj. Uznaję, że jest to dzień, który Ty uczyniłeś, prosząc o wolę do radowania i weselenia się w nim. Uznaję, że Bojaźń Pańska jest początkiem wszelkiej mądrości, prosząc Cię o mądrość. Uznaję, że jest autorem pokoju, który wykracza poza ludzkie zrozumienie, prosząc Cię o pokój. Uznaję Cię za stwórcę, dostarczyciela wszystkich rzeczy, prosząc Cię, abyś zapewnił mi to, czego potrzebuję. Uznaję Cię za Pana, prosząc o wymienione rzeczy w imię Jezusa. Amen”²⁵.

²¹ *Zant v. Stephens*, 462 U.S. 862, 885 (1983).

²² *Bates v. Sec'y* [1290].

²³ *U.S. v. Walker*, 696 F.2d 277, 282 (4th Cir. 1982). Według obrońcy w modlitwie sędziego była mowa o bezprawiu społeczeństwa oraz prośba o pomoc Boga dla ławy, aby działała prawidłowo.

²⁴ *Isaacs v. State*, 259 Ga. 717, 729 (Ga. 1989).

²⁵ *Collmer v. Edmondson*, 16 Fed. Appx. 876, 877–78 (10th Cir. 2001).

„Pomódlmy się razem. Ojczy to jest piękny dzień, jaki dałeś każdemu z nas i dziękujemy ci za będący naszym udziałem zaszczyt radowania się i weselenia się darami, jakie dałeś każdemu z nas. Panie modlimy się o powagę sytuacji, z którą się mierzymy i prosimy Cię o twoją mądrość i twoje przewodnictwo. Ojczy w imieniu wszystkich zaangażowanych modlimy się za sędziego jako przewodniczącego [procesu] o twoją szczególną mądrość i twoje przewodnictwo. Dziękuję ci Ojczy, że żyjemy w państwie zapewniającym wolność dla wszystkich i prosimy cię teraz o twoje przewodnictwo i błogosławieństwo dla systemu sprawiedliwości, proszę w imię Chrystusa. Amen”²⁶.

„Drogi Ojczy Niebieski należy ci się chwała, cześć i moc. Modlę się o siłę, abym oddał Ci chwałę, cześć i moc. Stworzyłeś wszystkie rzeczy dla swojej przyjemności. Możemy Tobie sprawić przyjemność. Uznaję, że stworzyłeś ten dzień. Możemy radować i weselić się w nim. Pomóż mi, aby wszyscy tutaj w ciszy poznali, że jesteś Bogiem. Proszę Cię, abys dał mi i wszystkim tutaj mądrość do rozpoznawania sprawiedliwości i czynienia sprawiedliwości. Modlę się, aby Twój pokój zamieszkał w tym miejscu. Dziękuję Ci za bezgraniczną miłość. Proszę w imię Jezusa, mojego Pana i Zbawcy. Amen”²⁷.

W kontekście drugiej z cytowanych modlitw sąd zauważył, iż „nie zachęcała ławy przysięgłych do zemsty czy odwetu, ale raczej przywoływała mądrości i powagi «dla wszystkich zaangażowanych», włącznie z oskarżonym”²⁸. Pewne zastrzeżenia co do słów modlitwy pojawiły się natomiast w odniesieniu do inwokacji kilkakrotnie poczynionych przez sędziego sądu stanowego na Florydzie w jednym z procesów karnych:

„O Boże, potężny i miłosierny, sędzio wszystkich ludzi, który zasiadasz na tronie, sądząc sprawiedliwie: pokornie prosimy Cię, błogosław sądom i sędziom w tym kraju i obdarz tych, których powołano do sprawowania wymiaru sprawiedliwości duchem mądrości i rozeznania, tak aby mogli być silni i cierpliwi, uczciwi i współczujący, napełnij ich, prosimy Cię, duchem Twojej świętej bojaźni i spuść na nich ducha mądrości i zrozumienia, aby mogli rozpoznać Ciebie samego; przez Niego, który ma przyjść, aby być naszym sędzią, Twojego syna a naszego zbawiciela Jezusa Chrystusa, Amen”.

²⁶ Bates v. Sec'y [1284].

²⁷ Martinez v. State, 1999 OK CR 33, 826 (Okla. Crim. App. 1999).

²⁸ Bates v. Sec'y [1291]. Za szkodliwe nie zostały poczytane również słowa inwokacji sędziego w cywilnoprawnej sprawie spadkowej, który prosił o „błogosławieństwa Wszechmogącego, aby to co czynimy było kierowane jego dłońią i mogło być słuszne dla naszego bliźniego”. Uwaga „aby to co czynimy mogło być słuszne dla naszego bliźniego” nie wzywała ławy do wydania werdyktu na podstawie słuszności (*equity*) zamiast zasad prawnych. Hill v. Cox, 108 N.C. App. 454, 462 (N.C. Ct. App. 1993).

„O wszechmogący Boże, który powierzyłeś nam tę dobrą ziemię dla naszego dziedzictwa, pokornie prosimy Cię, abyśmy zawsze mogli być świadkami Twojej przychylności i ochoczy na Twoją wolę. Błogosław naszemu krajowi z jego uczciwym przemysłem, solidną nauką i czystymi manierami. Uchroń nas od przemocy, niezgody i zamieszania, od pychy i arogancji, od każdej złej drogi. Chroń nasze wolności i uczyn z wielu rodzin i języków jeden zjednoczony naród. Obdarz duchem mądrości tych, którym w imię Twoje powierzamy władzę, aby mógł panować pokój i sprawiedliwość w kraju i aby poprzez posłuszeństwo Twojemu prawu mogliśmy okazać Tobie chwałę pośród narodów ziemi. W czasie pomyślności napełnij nasze serca wdzięcznością, a w dniu ucisku nie pozwól, aby zachwiała się nasza ufność Tobie; o to wszystko prosimy przez Jezusa Chrystusa naszego Pana, Amen”.

„Wszechmogący Boże, ojciec wszystkich ludzi. Ku Tobie wnosimy wdzięczne serca za uwolnienie od sił zła. Uwolnij nas również, prosimy Cię, od większego niebezpieczeństwa nas samych. Miej miłosierdzie dla nas i przebacz nam za nasz udział w obecnym spustoszeniu świata. Obudź w każdym z nas odpowiedzialność za zachowanie świata przed zagładą. Otwórz nasze umysły, oczy i serca na ciężką sytuację milionów (ludzi). Z obojętności pobudź nas do działania. Niech nikt z nas nie zawiedzie, dając z siebie wszystko we współczuciu, zrozumieniu, myśli i wysiłku. Wypełnij w nas i poprzez nas Twój chwalebny plan, aby Twój pokój, Twoja miłość i Twoja sprawiedliwość mogły doprowadzić do odrodzenia świata”.

„Wszechmogący Boże: Wnosimy naszą żarliwą modlitwę, abyś zachował Stany Zjednoczone pod Twoją świętą ochroną; abyś wzbudził w sercach obywateli ducha podporządkowania i posłuszeństwa władzy, braterskie oddanie i miłość dla siebie czy dla współrodaków w całych Stanach Zjednoczonych i w końcu, abyś łaskawie nakłonił wszystkich do czynienia sprawiedliwości, umiłowania miłosierdzia i uniżenia siebie poprzez dobroczynność, pokorę i łagodne usposobienie umysłu, które były cechami boskiego autora naszej błogosławionej religii, a bez pokornego naśladowania jego przykładu w tych rzeczach nigdy nie możemy liczyć na bycie szczęśliwym narodem. Wysłuchaj naszych błagań, prosimy Cię, poprzez Jezusa Chrystusa naszego Pana. Amen”.

Sąd Apelacyjny stanu Floryda podniósł, że powyższe modlitwy stanowią „coś więcej niż zwykłe błogosławieństwa czynione przez wielu funkcjonariuszy publicznych dla zwiększenia podniosłości przy rozpoczynaniu funkcji publicznych. Przywołane modlitwy są niewątpliwie wyznaniowego charakteru i mogą być interpretowane jako przejaw osobistych religijnych preferencji sędziego”²⁹. Sąd nie zanegował praktyki otwierania modlitwą posiedzeń są-

²⁹ March v. State, 458 So.2d 308, 310 (Fla. Dist. Ct. App. 1984).

du. Uznał, iż „modlitwy pełnią istotną funkcję, jeśli tylko nie zagrażają interesom jakiegokolwiek strony”³⁰. Odniesienia takie jak „zachowaj nas od przemo- cy, niezgody i zamieszania”, „podporządkowanie i posłuszeństwo władzy”, „braterskie oddanie i miłość dla siebie czy dla współrodaków”, „poczucie na- szej odpowiedzialności za zachowanie świata przed zagładą” i „posłuszeń- stwo wobec Twojego prawa” przysięgli mogli odebrać jako wskazanie na aspołeczność oskarżonych, którzy „gwałtownie wyszli spod boskiego para- sola sprawiedliwości i braterskiej miłości, a przez to, że powinni być ukarani”. W ocenie jednak sądu słowa te zinterpretowane kontekstualnie nie były *in concreto*, zwłaszcza w świetle silnych dowodów obciążających oskarżo- nego, „tak szkodliwe”, aby wymagały uchylecia wyroku. Modlitwy nie stano- wiły bowiem oceny wagi dowodów, wiarygodności świadków czy winy oskar- żonego³¹.

Nieustalenie treści modlitwy powoduje, iż nie sposób zweryfikować jej szkodliwego dla oskarżonego charakteru³². W przypadku, gdy słów modlitwy nie zaprotokołowano, istnieje możliwość przeprowadzenia postępowania dowodowego odnośnie do jej treści. Przy sprzecznych zeznaniach obrońcy i oskarżonego z jednej strony oraz sędziego i prokuratora z drugiej co do roty inwokacji sądy odwoławcze nie są skłonne uznać szkodliwości modli- twy³³. Oskarżony podejmując próbę ustalenia na drodze procesowej treści modlitwy dopiero po kilku latach od skazania musi liczyć się też z ogranicze- niami proceduralnymi³⁴.

Z punktu widzenia zasadności zarzutu odwoławczego generalnie drugo- rzędna jest okoliczność, czy modlitwie przewodniczył sędzia³⁵ czy też za- proszony przez niego duchowny, zwykle chrześcijański pastor, który też przygotowywał treść modlitwy³⁶. Na naruszenie praw oskarżonego nie wskazuje również sytuacja, iż modlitwę odmówił pastor z tego samego ko- ścioła, w którym odbyło się nabożeństwo pogrzebowe ofiary zabójstwa³⁷.

³⁰ *Ibidem*.

³¹ *Ibidem*.

³² Morgan v. State, 276 Ga. 72, 74 (Ga. 2003).

³³ Isaacs v. Head, 300 F.3d 1232, 1247 (11th Cir. 2002). Obrońca oskarżonego zeznał, że w modlitwie była mowa o czynieniu Bożej woli i o ludzkich prawach. Z kolei sędzia prowa- dzący sprawę i prokurator zeznali, iż modlitwa była treściowo ogólna i neutralna, swo- im przesłaniem nie faworyzując prokuratury ani nie komunikując uprzedzeń wobec oskarżo- nego.

³⁴ *Ibidem* [1250]. Sąd nie zgodził się na postępowanie dowodowe co do treści modlitwy z wykorzystaniem relacji mediów o pierwotnym procesie, gdy oskarżony z wnioskiem o jego przeprowadzenie wystąpił dopiero po 10 latach, od kiedy dowiedział się o braku transkryptu modlitwy w sądowym protokole.

³⁵ Martinez v. State [827]; Hill v. Cox [461].

³⁶ Morgan v. State [74], Isaacs v. Head [1246], U.S. v. Walker [281].

³⁷ Bates v. Sec'y [1284].

Sąd Apelacyjny dla 4 Okręgu modlitwę kapłana, a nie sędziego na sali rozpraw uznał jednak za budzącą większe zastrzeżenia. W rozumowaniu sądu, skoro każdy kapłan sam układa modlitwę, to jej treść jest poza kontrolą sędziego. Kapłan może więc przypadkowo powiedzieć coś szkodliwego dla oskarżonego³⁸.

Za relewantny niekiedy traktuje się odstęp czasu pomiędzy modlitwą, a przystąpieniem przez ławę do oceny sprawy oskarżonego. Sądy odwoławcze wskazywały, iż przysięgli rozpoczynając naradę bądź wydając werdykt 26 dni czy nawet tylko 6 dni od dnia, w którym odmówiono modlitwę, zapewne nie pamiętali już słów tej modlitwy³⁹.

Istotny jest również etap postępowania, w którym modlitwa była odmawiana. Przykładowo, jeśli modlitwa sędziego miała miejsce przed wyborem przysięgłych, to obrona mogła potencjalnym przysięgłym zadać pytania o tę modlitwę i inne religijne kwestie w fazie *voir dire*, a tym samym już wtedy zniwelować ewentualny szkodliwy wpływ modlitwy na późniejsze rozumowanie przysięgłych.

Nie bez znaczenia pozostaje to, czy podczas procesu oskarżony lub jego obrońca podnieśli sprzeciw wobec modlitwy sędziego, złożyli wniosek o ponowny wybór ławy albo o ponowny proces (*mistrial*). Zarazem sądy odwoławcze zwracają uwagę, na ile sprzeciw obrońcy wobec religijnego aktu sędziego był rezultatem prawniczej rutyny, a na ile on lub jego klient rzeczywiście postrzegali modlitwę za szkodliwą⁴⁰.

Przeciwko wystąpieniu szkodliwego wpływu modlitwy sędziego na poszanowanie gwarancji procesowych oskarżonego przemawia to, iż ten sam sędzia wyraźnie poinstruował przysięgłych, że mają oprzeć werdykt na dowodach i obowiązującym prawie oraz nie sugerował im sposobu rozstrzygnięcia sprawy.

Szkodliwość modlitwy sędziego jest w końcu ustalana w kontekście wagi wszystkich dowodów przemawiających przeciwko oskarżonemu. Im silniejsze dowody, tym mniejsze prawdopodobieństwo, iż przy braku modlitwy sędziego ława przysięgłych nie wydałaby werdyktu skazującego.

Sądy odwoławcze odrzucają też zarzuty oskarżonego, że nie podniesienie przez jego obrońcę sprzeciwu wobec modlitwy sędziego stanowiło nieefektywną obronę, a tym samym samodzielną podstawę do uchylenia wyroku.

³⁸ U.S. v. Walker [282].

³⁹ U.S. v. Walker [282]; Isaacs v. Head [1253].

⁴⁰ Huff v. State, 596 So.2d 16, 22 (Ala. Crim. App. 1992). Obrońca zaznaczył, że osobiście modlitwa na otwarcie sądu mu nie przeszkadza i jest „dobrym zwyczajem”. Podobną ocenę wyraził oskarżony. Bates v. Sec'y [1285]. Obrońca przyznał, iż modlitwa nie zachęcała do skazania czy uniewinnienia oskarżonego. Martinez v. State [827]. Na pytanie sędziego, czy strony chcą zamieścić w protokole sprzeciw wobec jego modlitwy, obrońca powiedział, że nie, gdyż jego klient oświadczył, iż jako osoba wierząca nie ma nic przeciwko modlitwie, a on sam nie chce swoim sprzeciwem sprawiać wrażenia, że oskarżony się nie modli.

Brak sprzeciwu wobec ewentualnego naruszenia przez sędziego *Establishment Clause* nie kłóci się ze standardem racjonalności według dominujących norm postępowania zawodowego obrońców. Ponadto do uchylecia wyroku nie wystarczy, iż obrońca popełnił błąd. Konieczne jest wykazanie, że błąd ten wpłynął na wyrok, w tym sensie, że pod nieobecność tego błędu racjonalna osoba miałaby wątpliwość co do winy oskarżonego. Tylko wówczas błąd obrońcy może uchodzić za szkodliwy⁴¹.

Uchylenie wyroku skazującego z powodu modlitwy sędziego musi opierać się na rzeczywistej i udowodnionej szkodzie poniesionej przez oskarżonego. „Czysta spekulacja nie jest podstawą do stwierdzenia naruszenia zasady rzetelnego procesu”⁴². Słowa modlitwy nie mogą być nadinterpretowane. Przykładowo w sprawie o zabójstwo, modlitwa sędziego w połączeniu z zeznaniami męża ofiary, iż po raz ostatni widział żonę w trumnie w kościele, nie uprawniają do wniosku – do jakiego doszedł w zdaniu polemicznym jeden z sędziów federalnego Sądu Apelacyjnego – że „wprowadzono Boga do procesu”, „pokazano po której stronie był Bóg” i ukierunkowano ławę, aby uznała winę oskarżonego w trosce o sprawiedliwość „dla bojaźliwej ofiary i jej pogrążonego w smutku męża”⁴³.

W jednej ze spraw modlitwa sędziego miała miejsce nie na sali rozpraw, ale w pokoju przysięgłych, tym samym aktualizując pytanie o niedozwolony kontakt sędziego z przysięgłymi (*ex parte contact*), będący źródłem domniemania szkody dla oskarżonego. Po zaprzysiężeniu przysięgłych sędzia udał się do przysługującego im pomieszczenia i po wyjaśnieniu kilku spraw porządkowych poprosił chętnych, aby złożyli dłonie i pochylili głowy, po czym odmówił modlitwę. Spotkanie z przysięgłymi sędzia zakończył słowami: „Bóg z wami”. Podobnie sędzia postąpił po wyborze czterech zapasowych przysięgłych (*alternate juror*). Sąd Najwyższy Nebraski orzekł, że zachowanie sędziego stanowiło niewłaściwą komunikację z przysięgłymi, ale nie wyrządziło szkody oskarżonemu. W ocenie sądu modlitwa była krótka, nie miała na celu wpłynięcie na werdykt ławy, nie pełniła roli komentarza do później przeprowadzonych dowodów, nie zawierała wskazań co do sposobu rozstrzygnięcia sprawy oraz odmówiono ją 25 dni przed przekazaniem sprawy pod obrady ławy⁴⁴.

Sądy odwoławcze chociaż nie uchyliły żadnego wyroku jedynie z powodu modlitwy sędziego, to zarazem sceptycznie i z „zatroskaniem”⁴⁵ odnoszą się do tego typu zachowań w trakcie sądowego procesu, określając je mianem

⁴¹ Zob. *U. S. v. Odiodio*, 3:03–CV–0896–D (N.D. Tex. 2005).

⁴² *Bates v. Sec'y* [1294].

⁴³ *Ibidem* [1291 i 1293].

⁴⁴ *State v. Bjorklund*, 258 Neb. 432 (Neb. 2000).

⁴⁵ *Collmer v. Edmondson*.

„niepotrzebnie ryzykownych”⁴⁶. „Wnoszenie do procesu kwestii” właściwych dla „innego czasu i miejsca” może doprowadzić do uchylecia wyroku, który w przeciwnym razie uchodziłby za prawidłowy⁴⁷. Jakkolwiek podążanie sędziego za wartościami i cnotami artykułowanymi w odmawianych modlitwach „jest niewątpliwie godne pochwały, to jednak stanowczo odradzamy tę praktykę, która niesie duże ryzyko wywołania błędu w czasie procesu”⁴⁸. Choć inwokacje sędziów poczynione w przywołanych sprawach nie podważyły *in concreto* rzetelnego procesu, to jednak „można z całą pewnością kwestionować mądrość czy właściwość rozpoczynania procesów w ten sposób”⁴⁹. Jedynie Sąd Apelacyjny ds. Karnych Alabamy kategorycznie oświadczył, iż „nie dostrzega żadnego błędu w otwieraniu rozprawy sądowej modlitwą”⁵⁰.

Niektórzy sędziowie odmawiający modlitwę podczas procesu stoją na stanowisku, że w ten sposób realizują własną konstytucyjną wolność praktyk religijnych (*free exercise of religion*). W ich ocenie modlitwę podejmują w imieniu swoim osobistym, a nie w imieniu władzy, którą reprezentują. Modlitwa nie ma więc ich zdaniem charakteru urzędowego, lecz prywatny. Niekiedy nawet komunikują, iż każdy kto odczuwa dyskomfort bądź jest zakłopotany w związku z modlitwą może w niej nie uczestniczyć i nie być jej świadkiem, opuszczając na chwilę salę rozpraw. Sądy odwoławcze zasadnie nie podzielają niniejszej subiektywnej interpretacji, stojąc na stanowisku, że sędzia występuje nie jako osoba prywatna – w chwili, gdy odmawia modlitwę na sali rozpraw w obecności stron postępowania, pełnomocników czy przysięgłych – lecz jako funkcjonariusz publiczny sprawujący wymiar sprawiedliwości⁵¹. „Sędzia nosząc togę i przemawiając zza stołu sędziowskiego w sposób oczywisty angażuje się w czynności urzędowe”⁵² w przeciwieństwie do sytuacji, gdy odmawia modlitwę w domu czy w gabinecie sędziowskim (*chamber*).

4. Modlitwa przysięgłych

Okoliczność wspólnej modlitwy poszczególnych przysięgłych lub całej ławy przysięgłych co najmniej kilkunastokrotnie była podnoszona jako zarzut odwoławczy w procesach karnych. W żadnej ze spraw sam fakt odmówienia przez przysięgłych modlitwy nie był podstawą uchylecia wyroku skazującego. Amerykańskiemu *case law* znane są natomiast przypadki uchylecia wy-

⁴⁶ U.S. v. Walker [282].

⁴⁷ March v. State [311].

⁴⁸ Martinez v. State [828–829].

⁴⁹ Bates v. Sec’y [1291].

⁵⁰ Huff v. State [22].

⁵¹ Collmer v. Edmondson; Martinez v. State [827].

⁵² North Carolina Civil Liberties Union Legal Foundation v. Constangy [1151].

roków z powodu rozważania *in gremio* przez przysięgłych Pisma Świętego lub kontaktowania się przysięgłego z osobą trzecią w przedmiocie biblijnego nauczania na temat kary śmierci⁵³.

O ile w przypadku modlitw sędziów podczas procesu sądy odwoławcze stoją zwykle na stanowisku, że praktyka ta jest nieprawidłowa – choć jak powyżej wykazano *de facto* nie skutkująca uchYLENIEM wyroku – to w odniesieniu do wspólnych modlitw przysięgłych dominuje przekonanie, że zachowanie tego typu *per se* nie stanowi uchybienia. Nie oznacza to jednak kwestionowania w ogóle możliwości naruszenia praw oskarżonego poprzez modlitwę przysięgłych. Sądy odwoławcze podkreślają, że modlitwa będąc formą duchowego wsparcia dla przysięgłych, nie koliduje automatycznie z prawami procesowymi oskarżonego. O pogwałceniu gwarancji procesowych oskarżonego można mówić dopiero wtedy, gdyby modlitwa swą treścią wskazywała przysięgłym alternatywne czy konkurencyjne wobec obowiązującego prawa normy jako wzorzec odniesienia przy rozstrzyganiu rozpoznawanej sprawy. Prawo oskarżonego do rzetelnego procesu przed bezstronną ławą narusza więc nie jakakolwiek modlitwa przysięgłych, ale tylko ta *in concreto* szkodliwa, tj. mająca „istotny i krzywdzący efekt bądź wpływ na określenie decyzji ławy”⁵⁴.

Niejednokrotnie ustaleniu ewentualnego wpływu modlitw przysięgłych na poszanowanie praw oskarżonego stoją na przeszkodzie ograniczenia proceduralne, służące ochronie tajemnicy przebiegu narady ławy przysięgłych. Troska o poszanowanie autonomii i prywatności rozważań ławy zabrania po wydaniu wyroku dochodzenia co do wewnętrznego rozumowania poszczególnych przysięgłych, jak i deliberacji całej ławy. W drodze jednak wyjątku można przesłuchać przysięgłego, w szczególności na okoliczność tego, czy „zewnątrzna szkodliwa informacja została nieprawidłowo poddana pod uwagę ławy” albo czy „jakikolwiek przysięgły został nieprawidłowo poddany zewnętrznemu wpływowi” (art. 606 (b) Federalnego Prawa Dowodowego)⁵⁵.

W sprawie *Smith v. State* Sąd Najwyższy Mississippi uznał, że zgodnie z prawem było odmówienie przez przysięgłych wspólnej modlitwy po zagłosowaniu za karą śmierci, a przed jej ogłoszeniem przez sąd. Zaznaczył, iż „Nie wymaga się od przysięgłych porzucenia swoich moralnych czy teologicznych przekonań, kiedy wchodzi na salę narad. Są uprawnieni do polegania na swoich doświadczeniach tak długo, jak kierują się prawem”⁵⁶.

⁵³ G. Maroń, Argumentacja biblijna w rozważaniach ławy przysięgłych o karze śmierci dla oskarżonego w świetle orzecznictwa sądów USA, *Prokuratura i Prawo* 2017, nr 1, s. 94–119.

⁵⁴ *Brecht v. Abrahamson*, 507 U.S. 619, 637 (1993).

⁵⁵ Podobne unormowania zawarte są w prawie stanowym.

⁵⁶ *Smith v. State*, 877 So.2d 369, 383 (Miss. 2004).

Analogiczne stanowisko przyjął Sąd Najwyższy Kalifornii. W sprawie *People v. Lewis* przysięgli na początku rozważań w przedmiocie winy i kary modlili się wspólnie. Ponadto w fazie wyrokowania o karze w reakcji na oświadczenie jednej z przysięgłych, że potrzebuje trochę czasu na podjęcie właściwej decyzji, przewodniczący ławy powiedział, iż jemu w przewyciężeniu rozterek pomogło przekonanie, że oskarżony wierząc w Jezusa Chrystusa uzyska życie wieczne bez względu na to, jaki wyrok w jego sprawie zapadnie. W ocenie stanowego sądu najwyższego przewodniczący ławy nie użył wyznawanych przekonań religijnych, aby wpłynąć na głosowanie przysięgłej za karą śmierci. Jednocześnie sąd w pełni aprobatywnie wypowiedział się o uzewnętrznianiu przez przysięgłych wiary, w tym poprzez wspólną modlitwę. „Można spodziewać się, że przysięgli będą rozważać swoje religijne przekonania podczas narady w przedmiocie kary (...) Nie jest niczym niezwykłym, ani tym bardziej niewłaściwym, że przysięgli dzielą się swoimi przekonaniem poprzez rozmowy albo modlitwy”⁵⁷. Zatem „fakt, iż niektórzy przysięgli wyrazili swoje religijne przekonania albo trzymali się za ręce w modlitwie podczas narady, może ujawniać ich potrzebę pogodzenia trudnej decyzji – prawdopodobnie skazania osoby na śmierć – z ich religijnymi przekonaniem i osobistymi poglądami”. Według sądu materiał sprawy nie ujawnia jednak, aby przysięgli zlekceważyli prawo czy sądowe instrukcje i zamiast nich zastosowali „wyższe bądź inne prawo”⁵⁸.

Podobnie Sąd Najwyższy Luizjany w sprawie *State v. Langley* odmówił uchylecia wyroku kary śmierci, twierdząc, iż brak jakichkolwiek dowodów, że normy religijne zostały użyte przez przysięgłych jako podstawa ich werdyktu. Nie można w rozpoczynaniu przez przysięgłych wspólną modlitwą swoich rozważań upatrywać zastąpienia prawa stanowego prawem religijnym⁵⁹.

Fakt odmówienia przez przysięgłych modlitwy – w tym za ofiarę i oskarżonych – nie musi być też oznaką ich braku bezstronności. Sąd Wyższy stanu New Jersey uznał nawet, iż modlitwa nie tyle osłabia, co wzmacnia przekonanie, że „przysięgli mieli dobre intencje i szczerą pragnienie działania bezstronnie i sprawiedliwie”⁶⁰.

⁵⁷ *People v. Lewis*, 28 Cal.4th 334, 390 (Cal. 2001).

⁵⁸ *Ibidem*. Podobnie *McNair v. Campbell*, 416 F.3d 1291, 1309 (11th Cir. 2005).

⁵⁹ *State v. Langley*, 711 So.2d 651 (La. 1998).

⁶⁰ W przedmiotowej sprawie z inicjatywy przysięgłego – będącego nauczycielem Biblii w szkole niedzielnej i kandydatem na pastora – przysięgli każdego poranka w trakcie trwania procesu wspólnie modlili się, rotacyjnie pod przewodnictwem poszczególnych z nich. W modlitwach m.in. proszono, aby ława przysięgłych była sprawiedliwa, wstawiano się za osobami chorymi, przywoływano błogosławieństw. W czasie jednej z modlitw wspomniany przysięgły wypraszał dla „biednej ofiary” (niedorozwinięta umysłowo kobieta wykorzystana seksualnie), Bożej pomocy do poradzenia sobie w trudnym dla niej doświadczeniu. Kiedy inni przysięgli skrytykowali go za modlenie się za pokrzywdzoną, ten dla pewnej równowagi odmówił modlitwę także za oskarżonych. Sędzia prowadzący proces dowiedziawszy się o tym fakcie przesłuchał osobno każdego z przysięgłych. Wszyscy zapewnili, iż modlitwy nie wpłynęły na

Sąd Okręgowy dla Południowego Dystryktu Południowej Karoliny przyjął, iż modlitwa odmówiona podczas obrad ławy z inicjatywy samych przysięgłych, bez ingerencji osób trzecich, nie stanowi zewnętrznego wpływu czy informacji, lecz „zaprasza do introspekcji”⁶¹. Z kolei dla Sądu Najwyższego Utah nie jest zewnętrznym wpływem podważającym werdykt ławy nie tylko indywidualna modlitwa przysięgłego, ale też rozmowa przysięgłych, w trakcie której jeden oświadczył innym, że sposób ustalenia winy oskarżonego został objawiony mu w modlitwie. Według sądu modlitwa składa się na „część osobistego procesu decyzyjnego wielu osób posługujących w ławie przysięgłych. Niekoniecznie ma miejsce sprzeczność między właściwym wykonywaniem funkcji przysięgłego, a poleganiem na modlitwie”. Decyzji przysięgłego nie dyskredytuje okoliczność, że mógł dojść do niej przy pomocy modlitwy, jeśli jednocześnie wciąż pozostał zdolny do sprawiedliwego oceny dowodów i prawidłowego zastosowania prawa. Religijność przysięgłego nie może być kwalifikowana jako zewnętrzny wpływ i weryfikowana w postępowaniu odwoławczym⁶².

W dwóch innych sprawach ten sam sąd wyraźnie zastrzegł, że to procedura wyboru ławy jest właściwym czasem na badanie religijnych postaw przysięgłych, „które mogłyby negatywnie przekładać się na prawa oskarżonego”. W jego ocenie „religijne praktyki przysięgłych nie skutkują istotnym pozbawieniem [oskarżonego] konstytucyjnych praw, koniecznym do zniesienia zakazu składania przez przysięgłego zeznań” w postępowaniu odwoławczym⁶³. Według sądu ocena ta jest uprawniona zwłaszcza wówczas, gdy modlitwa swoją treścią abstrahowała od okoliczności rozpoznawanej sprawy.

Do podobnego wniosku doszedł Sąd Najwyższy Północnej Karoliny w sprawie *State v. Elliott*, w której dwoje przysięgłych modliło się wspólnie w holu sądu podczas przerwy w obradach. W chwili modlitwy nie byli zdecydowani co do sankcji właściwej dla oskarżonego. Później zagłosowali za karą śmierci. Według sądu, przysięgłych poza salą narad nie obowiązuje zakaz modlenia się, a jedynie dyskusowania o rozpoznawanej sprawie⁶⁴.

ich zdolność do rozstrzygnięcia sprawy sprawiedliwie oraz bezstronnie według prawa i dowodów. Sędzia wykluczył ze składu ławy przysięgłego, który zainicjował modlitwy, ale odmówił zarządzenia nowego procesu. *State v. Scherzer*, 301 N.J. Super. 363 (N.J. Super. App. Div. 1997).

⁶¹ *Alkebulanyah v. Byars*, No. 6:13-cv-00918-TLW (D.S.C. 2015).

⁶² *State v. DeMille*, 756 P.2d 81, 84 (Utah 1988).

⁶³ *State v. Graham*, 422 So.2d 123 (La. 1982); *State v. Copeland*, 530 So.2d 526 (La. 1988).

W pierwszej ze spraw przysięgli, będący prezbiteriańskim pastorem, przewodniczył wspólnym modlitwom ławy przysięgłych. W drugiej sprawie przysięgli co najmniej trzykrotnie podczas procesu razem modlili się, w tym za oskarżonego.

⁶⁴ *State v. Elliott*, 360 N.C. 400 (N.C. 2006).

Kwestia zewnętrznego oddziaływania na przysięgłych aktualizuje się jednak, jeśli w modlitwie przysięgłych partycypowały osoby spoza składu ławy przysięgłych. W sprawie *State v. Williams* z inicjatywy zapasowego przysięgłego przysięgli wraz z woźnym sądowym i pracownikami administracyjnymi sądu chwycili się za ręce, skłonili głowy i odmówili wspólnie modlitwę w hotelu, w którym ich zakwaterowano. W modlitwie prosili Boga o pomoc, siłę i przewodnictwo do podjęcia właściwego rozstrzygnięcia. Po wznowieniu w budynku sądu obrad ławy przysięgli zagłosowali za karą śmierci dla oskarżonego. Sąd Apelacyjny Ohio uznał – w sposób tożsamy z tym, co omówiono w poprzednim punkcie opracowania – że nawet gdyby przyjąć, iż modlitwa pracowników sądu podczas wykonywania czynności urzędowych naruszała zasadę rozdziału kościoła od państwa, to i tak nie jest to równoznaczne z naruszeniem praw procesowych oskarżonego. Sąd zgodził się jednak na przeprowadzenie postępowania dowodowego w przedmiocie treści modlitwy i jej potencjalnego wpływu na werdykt ławy⁶⁵.

5. Podsumowanie

Praktykę orzecniczą amerykańskich sądów odwoławczych w odniesieniu do zarówno modlitw sędziów, jak i przysięgłych podczas procesu karnego, należy ocenić pozytywnie. Sądy niebezpiecznie wskazują na zagrożenia związane z publicznym odmawianiem modlitwy przez sędziego na sali rozpraw, w szczególności ryzyko poddania w wątpliwość bezstronności sędziego w oczach uczestników postępowania. „Istnieje niebezpieczeństwo, że strony postępowania, które żywią inne religijne przekonania, będą odczuwały, iż ich sprawa nie została rozstrzygnięta wyłącznie w oparciu o meritum”⁶⁶. Modlitewna praktyka sędziego może również być odbierana przez przysięgłych jako forma presji czy choćby sugestii co do sposobu rozstrzygnięcia sprawy. „Gdy sędzia prowadzący sprawę czyni inwokację, która *de facto* jest kazaniem, stronom i ławie przysięgłych może wydawać się, że sędzia ten popiera standard, jaki ma być zastosowany do oceny dowodów czy stron, a tym samym, że instruuje ławę przysięgłych. W jakimkolwiek postępowaniu, zwłaszcza procesie karnym, sędzia musi powstrzymać się od czynności, które mogą jawić się ławie jako komentarz co do dowodów lub postępowania przed sądem bądź odnośnie do charakteru oskarżonego”⁶⁷. Przeświadczenie stron postępowania czy przysięgłych może być mylne, niemniej jednak troska o zaufanie do bezstronności, rzetelności i profesjonalizmu sądu każe unikać nawet pozorów sprzeniewierzenia się prawu i sędziowskiej etyce.

⁶⁵ *State v. Williams*, 149 Ohio App.3d 434 (Ohio Ct. App. 2002).

⁶⁶ *March v. State* [310].

⁶⁷ *Ibidem*.

Sceptycyzm wobec dopuszczalności publicznej modlitwy sędziego w trakcie procesu nie oznacza pozbawienia go możliwości poszukiwania w modlitwie poza salą rozpraw duchowej pomocy do należytego wypełniania obowiązków orzeczniczych. „Sąd nie jest kościołem, a to co może być stosownie i rozważnie powiedziane w kościele, może być nierozważne i nieodpowiednie na sali rozpraw”⁶⁸. Powyższa wypowiedź jednego z sądów odwoławczych błędnie postuluje prywatyzację religii. Właściwym miejscem religijnej ekspresji jest nie tylko wewnątrz świątyni bądź własne mieszkanie. Sędzia korzystając z konstytucyjnej wolności religii może jako obywatel publicznie poza sądem manifestować swoją wiarę. Jak trafnie przyjmuje się w orzecznictwie sędziego „nie zrzeka się swoich praw z Pierwszej Poprawki, stając się członkiem judykatury”⁶⁹, ani też „nie zawiesza” ich „w drzwiach sądu, po to aby odzyskać je z chwilą wygaśnięcia sędziowskiej kadencji”⁷⁰. Sędziowie „pozostają obywatelami uprawnionymi do korzystania z praw i wolności konstytucyjnych”⁷¹, takich jak m.in. wolność religii. Niestosownym forum do sprawowania aktów religijnych przez sędziego jest jednak sala rozpraw w trakcie procesu. Właściwsze byłoby zwrócenie się do Boga o duchowe wsparcie i umocnienie podczas modlitwy odmówionej w swoim gabinecie. Najprawdopodobniej nie ucierpiałaby na tym jakość i owoce modlitwy, uniknięto by natomiast obiekcji natury prawnej.

W kontekście wpływu modlitwy sędziego na poszanowanie praw oskarżonego amerykańskie *case law* znamionuje pragmatyzm i praktycyzm. Sądy w Stanach Zjednoczonych nawet jeśli kwalifikują akt modlitwy sędziego za uchybienie, to zarazem prawidłowo warunkują uchylenie zaskarżonego wyroku od wykazania szkodliwości tego uchybienia. Poczynione studium kilkunastu orzeczeń pokazuje, że sądy odwoławcze trafnie uznały, iż modlitwa sędziego nie miała *in concreto* wpływu na niekorzystny dla oskarżonego werdykt ławy przysięgłych.

Aprobatywnie należy też odnieść się do linii orzeczniczej sądów amerykańskich, w myśl której modlitwa przysięgłych co do zasady pozostaje w zgodzie z poszanowaniem prawa oskarżonego do rzetelnego procesu, jeśli „żadna osoba trzecia nie udaje się do pokoju ławy celem jej odmówienia, a modlitwa jest dobrowolna i neutralna”⁷². Judykatura wychodzi z realistycznego założenia, iż „pełna dezynfekcja sali narad ławy przysięgłych jest niemożliwa. Nie jesteśmy w stanie usunąć z rozważań ławy subiektywnych opinii przysięgłych, ich postaw, filozofii. One stanowią czynnik ludzki, który współtworzy siłę naszego systemu ławniczego. Nie możemy i nie powinni-

⁶⁸ U.S. v. Walker [282].

⁶⁹ In the Matter of Sanders, 135 Wn.2d 175, 188 (Wash. 1998).

⁷⁰ In re Judicial Misconduct, 632 F.3d 1289, 1289 (9th Cir. 2011).

⁷¹ In the Matter of Sanders [182].

⁷² State v. Scherzer [490].

śmy ich wyłączać z rozważań ławy⁷³. Umysł żadnego człowieka, w tym przysięgłego i sędziego, nie jest nigdy *tabula rasa*⁷⁴. Wiedza, wyznawane przekonania – w tym religijne – czy życiowe doświadczenia składają się na integralną tożsamość poszczególnych osób. „Taki ekwipunek świadczy o oddaniu, a nie przesądzie. Prosić przysięgłych, aby wchodząc do sali obrad stali się ludźmi zasadniczo innymi, jest nie do pogodzenia z ideą, że ława ma być przekrojem społeczeństwa⁷⁵.”

Proces stosowania prawa nie przebiega sylogistycznie. Niejednokrotnie konieczne jest dokonywanie niełatwych aktów wartościowania, czego przykładem szczególnej wagi są sprawy, gdzie oskarżonemu grozi kara śmierci. „O ile kwestia niewinności czy winy jest zasadniczo kwestią faktu, wybór pomiędzy karą dożywotniego pozbawienia wolności a karą śmierci jest zarówno kwestią faktów, jak i uzasadnionego moralnego osądu⁷⁶. Nie ma powodów, aby inaczej – w sensie procesowym – traktować moralny osąd determinowany np. wyznawaną doktryną świeckiego humanizmu, a inaczej moralny osąd uwarunkowany założeniami chrześcijaństwa⁷⁷. „Nie uważamy za zaskakujące, że «sumienni ludzie w obliczu decyzji o życiu i śmierci uciekają się do swoich religijnych obaw w wydawaniu takiej decyzji. Taka głęboka introspekcja nie pogwałca zasad sprawiedliwości ani nie krzywdzi oskarżonego»⁷⁸.”

Jakkolwiek przedmiotem opracowania jest modlitwa sędziego/przysięgłych jako przedmiot zarzutu odwoławczego w procesie karnym, to niemniej jednak na marginesie zasadniczych rozważań należy odnieść się do konstytucyjności praktyki sędziego rozpoczynania rozpraw modlitwą. Ocena orzeczenia North Carolina Civil Liberties v. Constagny przez pryzmat późniejszego precedensu Sądu Najwyższego Town of Greece v. Galloway wydaje się potwierdzać trafność rozstrzygnięcia Sądu Apelacyjnego dla 4 Okręgu. Nie sposób bowiem mówić o ciągłości i powszechności tradycji modlitwy sędziowskiej na sali rozpraw nie tylko w skali całych USA, ale nawet w poszczególnych stanach, co jest konieczne do uznania danej praktyki za zgodną z zasadą nieustanawiania religii. Nawet jednak abstrahując od kryteriów historycznych należałoby przyjąć, iż rozpoczynanie przez sędziów rozpraw modlitwą narusza *Establishment Clause*. Sędzia w trakcie procesu występuje jako organ władzy publicznej związany wymogiem religijnej neutralności.

⁷³ U. S. v. McKinney, 429 F.2d 1019, 1022–23 (5th Cir. 1970).

⁷⁴ Laird v. Tatum, 409 US 824, 835 (1972).

⁷⁵ Robinson v. Polk, 444 F.3d 225, 229–230 (4th Cir. 2006).

⁷⁶ Sawyer v. Whitley, 505 U.S. 333, 370 (1992) (Stevens, concurring).

⁷⁷ S. Carter, The Religiously Devout Judge, Notre Dame Law Review 1989, vol. 64, s. 935.

⁷⁸ Young v. State, 12 P.3d 20, 48–49 (Okla. Crim. App. 2000); Bieghler v. State, 690 N.E.2d 188, 203 (Ind. 1998).

Poszukiwanie w modlitwie Bożego wsparcia w wypełnianiu funkcji publicznych bynajmniej nie jest równoznaczne z pogwałceniem zasady legalizmu i praw procesowych oskarżonego. Sąd Apelacyjny stanu Oklahoma w jednej ze spraw odnosząc się do modlitwy przysięgłych podczas obrad ławy stwierdził: „Istotą modlitwy jest miłość. Modlenie się oznacza wyzbycie się egoizmu i myślenie o innych. Coleridge⁷⁹ powiedział «Ten się modli najlepiej, kto kocha najlepiej». Modlenie się jest zbliżaniem się do Boga, w końcu powiedziano nam, że «Bóg jest Miłością» 1 J 4:16”. Skoro zadaniem przysięgłych pozostaje ustalenie prawdy w odniesieniu do zawistej przed nimi sprawy, to „Z pewnością umysłowi ukierunkowanemu na pokorę i miłość względem Boga łatwiej wyzwolić się z uprzedzeń i funkcjonować z większą rozważą”. Sąd uznał, że przysięgli nie popełnili błędu, wspólnie modląc się. Dodał, iż naśladowanie przysięgłych przez innych ludzi uczyniłoby świat lepszym, bo „miłość jest przeciwieństwem nienawiści”⁸⁰.

Cytowane słowa wypowiedziane przez sąd ponad 60 lat temu nie są współcześnie w pełni reprezentatywne dla amerykańskiego orzecznictwa. Prawdopodobnie powyższa sądowa interpretacja natury modlitwy zostałaby dzisiaj uznana za niedopuszczalne rozstrzygnięcie przez judykaturę kwestii teologicznych (*Religious Question Doctrine*)⁸¹. Niemniej jednak sądy odwoławcze w USA wciąż prawidłowo postrzegają religijność i modlitwę za element składowy tożsamości wielu przysięgłych, który ze swej istoty nie kłóci się z paradygmatami demokratycznego świeckiego państwa prawa. Podobnie religijność sędziów nie stanowi *per se* zagrożenia dla prawidłowego funkcjonowania judykatury. Nieuprawnionym uproszczeniem jest przypisywanie sędziom posiłkującym się własną wiarą skłonności do zastępowania prawa państwowego prawem Bożym⁸². Według deklaracji sędziów, w modlitwie szukają wsparcia do należytego sprawowania swoich zawodowych powinności, prosząc o mądrość, pokorę, oraz siłę i odwagę do przezwyciężenia własnych słabości⁸³. Modlitwa nie jest wówczas sprzeniewierzeniem się sędziowskiej przysiędze, lecz wyrazem pożądanej świadomości o potrzebie dochowania najwyższych standardów deontologicznych w praktyce orzeczniczej. Z drugiej jednak strony, troska o poszanowanie prawa oskarżonego do sprawiedliwego, bezstronnego i zgodnego z ustawą rozstrzygnięcia jego

⁷⁹ Samuel Taylor Coleridge (1772–1834) – angielski poeta epoki romantyzmu.

⁸⁰ *Fields v. State*, 1955 OK CR 66 (Okla. Crim. App. 1955).

⁸¹ Zob. M. Helfand, *Litigating religion*, Boston University Law Review 2013, vol. 93, s. 493–562.

⁸² Zob. opublikowane w „Texas Tech Law Review” (1996, vol. 27) wypowiedzi kilku sędziów w przedmiocie związków wyznawanej przez nich wiary z ich praktyką zawodową: R. Gonzalez, *Climbing the Ladder of Success – My Spiritual Journey*; J. Nelson, *The Spiritual Dimension of Justice*; T. Reavley, *My faith and my work* oraz T. Wiseman, *What Doth the Lord Require of Thee?*

⁸³ F. Mickadeit, *Judge prayed for humility*, <http://www.oeregister.com/articles/prayed-388189-firmat-law.html>.

sprawy każe zarzuty wysuwane w apelacji w związku z modlitwą przysięgłych czy sędziów, rzetelnie ocenić *in concreto*, uwzględniając w szczególności treść kontestowanej modlitwy.

Judge or jury prayer at trial as a reason for appeal in criminal proceedings in the light of case law of the United States of America

Abstract

This paper discusses an impact of a judge or jury prayer during court proceedings on a defendant's right to a fair trial. Insights gained from studying several dozens of judgments of federal or state appellate courts show that the fact itself that a judge (jury) prays in a courtroom does not give grounds for overturning a judgment of conviction. The U.S. courts rightly assume that the judge (jury) prayer may constitute a reason for an effective appeal only if such a religious act turns out to be prejudicial or harmful to a defendant. However, any assessment of harm caused by a prayer is contextual, with consideration given to the content of a prayer. Here, American case law shows a pragmatic and economic approach. And case law, which separates the constitutionality of a judge (jury) prayer at trial from the procedural consequences of such prayer, should always be welcome.

MATERIAŁY SZKOLENIOWE

Jan Wojtasik

Refleksje wynikające z Komentarza do ustawy – Prawo o prokuraturze A. Kiełtyki i Współautorów

Streszczenie

Przedmiotem opracowania jest analiza wybranych wątków komentarza do ustawy z dnia 28 stycznia 2016 r. – Prawo o prokuraturze (tekst jedn. Dz. U. z 2017 r., poz. 1767). Autor dzieli się refleksjami na temat komentarza, a czyni to przez pryzmat własnych doświadczeń zdobytych podczas wykonywania obowiązków prokuratora na szczeblu rejonowym i okręgowym.

Organy władzy publicznej działają na podstawie i w granicach prawa. Przytoczona tu wprost treść przepisu art. 7 Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej stanowi najlepszą chyba ośnowę wszelkich rozważań na temat systemu ustrojowego prokuratury. Tego, który obowiązuje i tego, który można i należy postulować, jako rozwiązanie optymalne w przyszłości. Od razu podkreślmy: przepisy określające ustrój organu stosującego prawo są – poza prawem materialnym i procesowym – najważniejszym czynnikiem kształtującym cele, sposoby i jakość funkcjonowania tego organu. Z tego powodu ich znajomość i przestrzeganie należy do kanonu kompetencji zawodowych.

Można już na wstępie stwierdzić, że troska o poszukiwanie zgodności między treścią ustawy Prawo o prokuraturze z dnia 28 stycznia 2016 r. i wydanych na jej podstawie przepisów wykonawczych, a przywołaną wcześniej

konstytucyjną deklaracją towarzyszy twórcom Komentarza¹ wydanego przez Wolters Kluwer w 2017 r. od pierwszego do ostatniego wersetu pracy. Natomiast uwagi przytoczone w tym opracowaniu sformułowane zostały w głównej mierze przez pryzmat własnych doświadczeń autora zdobytych podczas wykonywania różnych obowiązków zawodowych na poziomie prokuratury szczebla rejonowego i okręgowego oraz zadań w zakresie szkolenia zawodowego.

Zgodnie ze strukturą komentowanej ustawy i przyjętymi zwyczajami², na omawiany Komentarz składa się 9 działów, w większości podzielonych na odpowiednie rozdziały. Część normatywną wywodów poprzedzają „wykaz skrótów” i „wprowadzenie”, a całość wieńczy obszerna bibliografia.

Na „Wprowadzenie” warto zwrócić szczególną uwagę, gdyż swoją treścią wykracza ono poza standardowo stosowaną praktykę sporządzania wszelkich wstępów. Przede wszystkim dostarcza relatywnie bogatych informacji o pozycji i historii prokuratury w Polsce od momentu odzyskania niepodległości w 1918 r. po dzień dzisiejszy. Nigdy bowiem tak naprawdę żadna instytucja nie zaczyna swojego istnienia od absolutnej nicości, jak też nie kończy aktywności bez pozostawienia po sobie bardziej czy mniej godnych nawiązań wzorców.

Lektura przekonuje, że nie ma rozwiązań idealnych, za każdym modelem relacji „prokurator – rząd” czy „prokurator – sąd” przemawia równo tyle samo argumentów „za”, co i „przeciw”³. Autorzy Komentarza dokładnie je wyważają, nie unikając własnej opinii. W mojej ocenie, prokuratura instytucjonalnie związana z rządem, narażona jest na zarzut stronnictwa i upolitycznienia bardziej niż prokuratura „niezależna” od władzy wykonawczej. Z drugiej jednak strony, takiej zintegrowanej z rządem prokuraturze łatwiej przychodzi pozyskiwanie budżetu koniecznego do efektywnej działalności, przebijanie się z koniecznymi inicjatywami legislacyjnymi czy sprawowanie funkcji nadzorczych nad innymi organami zajmującymi się zwalczaniem przestępczości. Mam też nieodparte wrażenie, że niezależnie od szczegółowych rozwiązań modelowo-prawnych, wiele zależy od osobowości Ministra Sprawiedliwości – Prokuratora Generalnego, jego autorytetu i pozycji politycznej⁴.

¹ A. Kiełtyka, W. Kotowski i A. Ważny, *Prawo o prokuraturze. Komentarz*, Wydawnictwo Wolters Kluwer Polska, Warszawa 2017.

² Taki sam układ przyjęty został w opracowaniu A. Reczki, *Prawo o prokuraturze. Komentarz, Prokuratura i Prawo*, wydanie specjalne 2017.

³ Znakomity filozof W. Tatarkiewicz na opisanie takiej sytuacji użyłby zapewne konkluzji następującej: Gdy osiągamy jakieś dobro, to prawie zawsze otrzymujemy razem z nim jakieś zło”. Patrz: W. Tatarkiewicz, *O szczęściu*, Państwowe Wydawnictwo Naukowe, wyd. VI, Warszawa 1973, s. 443.

⁴ W okresie czynnej służby prokuratorskiej miałem wiele okazji służbowych oraz bardziej bezpośrednich do bliższego poznania prokuratorów generalnych sprzed 1989 r. i w okresie póź-

Godzi się przy tym zauważyć, że zasób informacji zawartych we „Wprowadzeniu” jest znacznie bogatszy, niż możliwy do pobieżnego chociażby przytoczenia w ramach tej sygnalizacji.

Zasadnicza część Komentarza rozpoczyna się wzmianką o zasadach techniki ustawodawczej i podkreśleniem, że zwrot „Prawo” pisany w tytule ustawy z dużej litery oznacza, że ustawa wyczerpująco reguluje określoną dziedzinę spraw. Pierwszą z tez odnoszących się do Działu I – Przepisy ogólne jest stwierdzenie, że w świetle obowiązujących rozwiązań normatywnych, Prokuratura – jakkolwiek zachowuje odrębność od struktur Ministerstwa Sprawiedliwości – jest instytucją podległą rządowi. Inne ważne konkluzje dotyczą statusu prokuratorów IPN. W moim przekonaniu, kwestia ta, jako oczywistość, nie wymaga dodatkowego podkreślania.

Inaczej jest ze statusem prokuratorów wojskowych. Osobiście jestem zwolennikiem modelu tradycyjnego, czyli zachowania odrębności prokuratury wojskowej. Poza względami pragmatycznymi, przemawia za tym także polska tradycja. I to nie tylko z okresu dwudziestolecia międzywojennego, do którego w wielu sprawach tak chętnie dzisiaj odwołujemy się. Odrębny dla wojska urząd profosa istniał także za czasów I Rzeczypospolitej⁵.

Pozytywem aktualnego rozwiązania jest możliwość wykorzystania prokuratorów ds. wojskowych do wykonywania zadań nienależących do właściwości sądów wojskowych. Niweluje ona znane w przeszłości dysproporcje w obciążeniu obowiązkami służbowymi prokuratorów powszechnych i wojskowych jednostek organizacyjnych.

Nie jestem też zwolennikiem rezygnacji ustawodawcy z postrzegania prokuratury, jako „organu ochrony prawnej”. Także w sytuacji, gdy nie znaleziono dla niej miejsca w odpowiednim rozdziale obowiązującej Konstytucji. Podzielam w tym zakresie opinię autorów Komentarza, gdy twierdzą, że „dla prokuratury strzeżenie praworządności jest zadaniem nie tyle podstawowym, co w istocie jedynym”. Natomiast zadania w zakresie zwalczania przestępczości, niezależnie od tego, czy będziemy je pojmować szeroko jako czuwanie i ściganie, czy tylko jako prowadzenie lub nadzorowanie, są jedną z form strzeżenia praworządności. Takie jest zresztą oczekiwanie społeczne, a naj-

niejszym, już po reformie ustrojowej. Byli wśród nich jawnie oczekujący realizacji przez podległych prokuratorów celów politycznych i tacy, którzy kategorycznie odcinali się od takiej wizji prokuratury. Najwyraźniejszym chyba przykładem tej drugiej opcji był Prof. Wiesław Chrzanowski, który na pierwszym inauguracyjnym posiedzeniu Rady Prokuratorów wprost oświadczył, że „polityki w prokuratorze nie będzie tolerował, gdyż od rozliczania polityków w państwie demokratycznym są wyborcy, a prokurator ma się zajmować bandytami”.

⁵ Patrz: W. Zarzycki, Profos – oskarżyciel w dawnym procesie wojskowym, *Problemy Praworządności* 1971, nr 5; w wydanej w 1673 r. „Ordynacji sądów wojskowych” zadaniom i obowiązkom profosa, czyli ówczesnego oskarżyciela publicznego poświęcono kilkanaście artykułów.

lepiej można się o tym przekonać przeglądając pocztę wpływającą każdego dnia do prokuratury⁶.

Omawiając przepisy ogólne Działu I komentowanej ustawy, zresztą nie tylko w tym miejscu – autorzy Komentarza momentami wykraczają poza ogólnie przyjęte reguły komentowania treści aktów normatywnych. Ilustracją tej opinii jest podniesienie szczegółowego zagadnienia postępowań przygotowawczych o wypadki drogowe w kontekście jakości tych postępowań. Lektura tego fragmentu uświadamia czytelnika, jak łatwo o popełnienie błędu w ustaleniu stanu faktycznego i dokonaniu poprawnej oceny prawnej. Podzielając taką ocenę, nie sposób jednak zgodzić się z niektórymi propozycjami poprawy sytuacji. Za przykład niech tu posłuży teza, że „w każdej rozpoznawanej sprawie wypadku drogowego ze skutkiem śmiertelnym należy obligatoryjnie zarządzić eksperyment procesowy” (s. 87). Pogląd taki uważam za idący nazbyt daleko, a tym samym nieuzasadniony. Po pierwsze bowiem eksperyment, jak każda inna czynność procesowa, nie ma waloru absolutnej bezbłędności. Po drugie, merytorycznie nie zawsze jest konieczny, a po trzecie – istnieją sytuacje, w których nie powinien być przeprowadzany, nawet w przypadku, gdy rokuje szansę zbliżenia się do prawdy. W literaturze poświęconej tematyce eksperymentu konsekwentnie podkreśla się, że nie wolno przeprowadzać eksperymentów stwarzających zagrożenie dla życia lub zdrowia uczestników, eksperymentów uwłaczających godności osobistej osób uczestniczących oraz eksperymentów zagrażających mieniu w rozmiarach niewspółmiernych do znaczenia eksperymentu. M. Żoła słusznie twierdzi, że „dobro uczestników, ich życie i zdrowie oraz mienie, powinno być dla badacza najważniejsze”⁷.

Dlatego w moim przekonaniu, rozwiązania poszukiwać należy nie tyle w upowszechnianiu klasycznego eksperymentu procesowo-kryminalistycznego, co we wdrażaniu do praktyki bardziej nowoczesnych metod dowodowych⁸. Ta krytyczna uwaga nie podważa oczywiście poglądu Komentatorów o niskim poziomie wielu postępowań o wypadki drogowe czy rażąco słabych

⁶ Przykładem skrajnym jest znany mi z autopsji przypadek „interwencji” jednego z postów, który przed laty zjawił się w biurze prokuratury rejonowej z wnioskiem o zbadanie problemu w trybie „prokuratorskiej kontroli przestrzegania prawa”. Kiedy go poinformowałem, że prokurator zainteresuje się sprawą, ale z zupełnie innego powodu, nie krył oburzenia. Musiałem mu uświadomić, że kilka miesięcy wcześniej ustawodawca wykreślił „prokuratorską kontrolę przestrzegania prawa” z ustawy o prokuratorze. Po kilkuminutowej dyskusji okazało się, że autor wniosku był wśród głosujących za skreśleniem, którego konsekwencje z umiarkowanym zrozumieniem w końcu przyjął do wiadomości.

⁷ M. Żoła, *Ekspertyza procesowo-kryminalistyczna. Istota i dowodowa rola*, Wydawnictwo Difin, Warszawa 2011, s. 218.

⁸ Więcej na ten temat tutaj: J. Wojtasik, *Ekspertyza procesowo-kryminalistyczna*, (w:) <http://www.janwojtasiak.pl/teksty/starsze/57-eksperyment-procesowo-kryminalistyczny.html> (data pobrania: 2 listopada 2017 r.), gdzie wskazałem też na przykłady skutecznego poszukiwania takich metod.

umiejętnościach w przeprowadzaniu eksperymentów procesowych. Postulowana w innym miejscu potrzeba specjalizacji jest oczekiwaniem jak najbardziej właściwym.

Inna jeszcze rzecz, że postawienie tematu na przysłowiowym ostrzu noża nie pozwoli czytelnikowi łatwo zapomnieć o realnym problemie. Ten skutek został z całą pewnością osiągnięty.

Podzielałam krytyczny pogląd (s. 102) o braku wystarczających przesłanek do wprowadzenia ustawowej zasady wykonywania przez wszystkich prokuratorów, także funkcyjnych różnych szczebli, wszystkich czynności związanych bezpośrednio z realizacją ustawowych obowiązków prokuratora. Osobiste doświadczenie upoważnia mnie do stwierdzenia, że kierownik jednostki realnie i relatywnie szeroko może realizować takie czynności w prokuraturze rejonowej średniej wielkości. W jednostkach największych na szczeblu rejonu jest to możliwe w zakresie zupełnie symbolicznym.

Jeszcze bardziej sytuacja komplikuje się na poziomie prokuratury okręgowej, zwłaszcza, gdy prowadzone są tam postępowania w sprawach należących do wielu różnych sądów rejonowych w okręgu albo sądów różnych⁹.

Zagadnienie zależności służbowej, a zwłaszcza prawo przełożonego do wydawania podwładnemu poleceń co do treści czynności prawnej należy niewątpliwie do najbardziej wrażliwych w działalności prokuratury. Autorzy Komentarza skrupulatnie dokonują jego oglądu z różnych, a dokładniej przeciwstawnych punktów widzenia. Akceptując takie podejście, można tylko dodać, że obowiązujące rozwiązania normatywne oceniam jako właściwe¹⁰. Mogę jedynie doradzać kierownikom wszelkich szczebli, aby z możliwości, jakie dają przepisy art. 7 komentowanej ustawy korzystali jak najrzadziej.

Dyrektywne sterowanie pracą prokuratorów sprawdza się dobrze w działalności zespołów stałych czy też powołanych doraźnie do prowadzenia konkretnych spraw, a więc wszędzie tam, gdzie można i należy dzielić zadania składające się później na większą całość. W sytuacji natomiast, gdy jeden prokurator odpowiada za wykonanie konkretnej pracy, zbyt częste interwencje merytoryczne ograniczają w nim poczucie odpowiedzialności za trafność

⁹ W moim przypadku na poziomie prokuratury okręgowej średniej wielkości realne było prowadzenie śledztw własnych w sprawach kryminalnych do czasu, gdy wykonywałem równoległe czynności prokuratora – „skargowca” i wizytatora; okazało się to praktycznie niemożliwe z chwilą powierzenia mi obowiązków zastępcy prokuratora okręgowego, a gdy zostałem prokuratorem okręgowym, ówczesny Prokurator Apelacyjny Mieczysław Tabor wprost zakazał mi osobistego angażowania się w prowadzenie postępowań przygotowawczych wyjaśniając, że rola kierownika jednostki polega na zapewnieniu odpowiedniej organizacji i warunków pracy, a nie zastępowaniu zatrudnionych w niej pracowników.

¹⁰ Z przyczyn trudnych do jednoznacznego zdiagnozowania, prawdopodobnie jednak wynikających z przeciążenia pracą, można niekiedy zaobserwować zjawisko, że także bardzo dobrym prokuratorom zdarza się popełniać błędy natury oczywistej.

podejmowanych decyzji i jakość przygotowania materiałów służących do ich wypracowania.

Nie sposób też nie zauważyć, że istnieje jeszcze inny, może ważniejszy problem – poziom ryzyka błędu w ocenie zasadności decyzji, na wypracowanie której ktoś inny bądź co bądź poświęcił sporo pracy. Zdarza się, że spojrzenie z dystansu, z szerszej perspektywy służbowej czy odległości czasowej bywa niezwykle celne i zasługuje na akceptację. Oceny podejmowane *ex post* z natury są zresztą łatwiejsze. Często jest jednak odwrotnie. Dystans i brak możliwości wniknięcia w uwarunkowania pierwotnego procesu decyzyjnego sprawiają, że w sensie obiektywnym błąd popełnia nie ten, kto podejmuje decyzję, lecz ten kto ją ocenia¹¹.

Problem wymiany informacji między prokuraturą, a wszelkiego rodzaju podmiotami zewnętrznymi należy nie tylko do newralgicznych, ale także – co zauważyli też komentatorzy – do niezwykle złożonych. Newralgiczność ta wynika przede wszystkim z charakteru informacji pozyskanych przez prokuratora podczas realizacji zadań służbowych, a złożoność z wielości i różnorodności podmiotów zainteresowanych wejściem w ich posiadanie.

Z prawnego punktu widzenia sytuacja najbardziej jednoznaczna ma miejsce w przypadku informacji chronionych klauzulą niejawności. Dobrym przykładem są tu przekazywane Sejmowi i Senatowi przez Prokuratora Generalnego w trybie art. 11 komentowanej ustawy informacje statystyczne o kontroli i kontroli operacyjnej. W pozostałych obszarach wymiany informacji sytuacja jest bardziej skomplikowana i zagadnienie to, jak się wydaje zostało przedstawione w Komentarzu wszechstronnie i wyczerpująco. Na miarodajną ocenę konsekwencji rozwiązań normatywnych pozwalających na udostępnianie informacji z postępowania przygotowawczego bez zgody prokuratora prowadzącego to postępowanie oraz przekazywanie ich „innym osobom” wypadnie poczekać. Wiele zależy zapewne od praktyki, jaka się wykształci.

Osobiście chciałbym tu zarekomendować korzyści wynikające z praktyki opracowywania w prokuraturach rejonowych oraz okręgowych rocznego, w miarę kompleksowego dokumentu o działalności tych jednostek i przekazywania go do wiadomości i odpowiedniego wykorzystania organom samorządu terytorialnego i przedstawicielom władzy państwowej. Informacje takie z zasady wywoływały reakcję w postaci „przyjęcia do wiadomości”, podziękowania albo prośby o udział w naradach poświęconych ocenie porządku i bezpieczeństwa publicznego. Uniwersalny charakter dokumentu pozwalał

¹¹ Osobiście zdarzyło mi się co najmniej kilkakrotnie spotkać z sytuacją, w której treść decyzji przeze mnie wypracowanej, np. akt oskarżenia czy postanowienie o umorzeniu postępowania, były kwestionowane przez osoby funkcyjne z jednostek nadrzędnych, a ostatecznie w następstwie mojego sprzeciwu i kolejnych kontroli oceniano je jako słuszne; niektóre z tych przypadków były mocno spektakularne i generowały sporo negatywnych emocji.

na wykorzystywanie go w różnych sytuacjach bez konieczności sporządzania dodatkowych dokumentów¹².

Uwagi Komentarza odnoszące się do Działu II – Organizacja prokuratury rozpoczyna trafna generalnie konstatacja, że atrybut organu państwowego przysługuje nie jednostkom organizacyjnym skupiającym zespoły prokuratorów, ale poszczególnym, indywidualnym, konkretnym prokuratorom. Konieczne staje się tu jednak zastrzeżenie, że w miarę rozwijającego się postępu technologicznego i organizacyjnego, coraz częstszego powoływania formalnych zespołów śledczych lub podziału czynności podczas współpracy na miejscach zdarzeń, indywidualny wpływ prokuratora na końcowy rezultat tych działań ulega zredukowaniu. Gdy do tego obrazu dodamy, poza tradycyjnym sekretariatem, zespoły analityków, różnorakie bazy i zbiory danych obsługiwane przez podmioty od prokuratora niezależne, sytuacja zaczyna do złudzenia przypominać ewolucję w służbie zdrowia. Następuje wyraźne ograniczenie roli jednostki na rzecz bardziej lub mniej sprawnego systemu diagnozowania. Zdarzeń w przypadku prokuratora, chorób w przypadku lekarza¹³.

Taki kierunek ewolucji może z czasem zdecydowanie ograniczyć wpływ indywidualnego, konkretnego prokuratora na rezultat śledztwa. Gdy do tego dodamy jeszcze potencjalną możliwość ingerowania przełożonego w treść czynności procesowej czy możliwość wydawania poleceń w trybie zwierzchniego nadzoru służbowego, wskazana na wstępie tego fragmentu teza o atrybucie prokuratora, jako jednoosobowym organie państwowym, może tracić na znaczeniu.

Jak się wydaje, nie ma potrzeby szczegółowego ustosunkowywania się do też Komentarza poświęconych kolejnym fragmentom ustawy. Przyjęte w nich rozwiązania dotyczące zagadnień organizacyjnych Prokuratury znajdują albo oparcie w wypracowanej w przeszłości tradycji, albo stanowią rozwinięcie postanowień regulaminu wewnętrznego urzędowania p.j.o. prokuratury czy przepisów o właściwości terytorialnej i jako takie nie budzą kontrowersji.

Pewną nowością w tym zakresie, co do zasady słusznie akceptowaną przez Komentarz, są postanowienia ustawy dotyczące doradców Prokuratora Generalnego i Prokuratora Krajowego, zasad postępowania z bronią, a zwłaszcza korzystania przez jednostki organizacyjne prokuratury z pojazdów służbowych, jako jednostek uprzywilejowanych.

¹² Przykład takiej rocznej informacji można zobaczyć na stronie internetowej Prokuratury Okręgowej w Zielonej Górze pod adresem http://www.zielona-gora.po.gov.pl/pdf/informacja_2000.pdf (data pobrania: 3 listopada 2017 r.).

¹³ W efekcie tej ewolucji nie mówimy już o błędzie w sztuce medycznej czy błędzie lekarskim, lecz o błędzie medycznym, gdyż niepomyślny wynik leczenia może być wynikiem awarii urządzenia w laboratorium i pozostawać poza zasięgiem oddziaływania lekarza.

W tym ostatnim wypadku mam jednak odmienne niż komentatorzy zdanie w przedmiocie celowości dysponowania przez prokuraturę pojazdami uprzywilejowanymi. Decyzję ustawodawcy uważam za trafną. W przeszłości wielokrotnie otrzymywałem informacje od prokuratorów rejonowych o problemach z dojazdem do miejsc zdarzeń, zwykle wypadków drogowych ze skutkiem śmiertelnym czy katastrof kolejowych.

Zdarzenie tego rodzaju sprawiało, że droga bardzo szybko ulegała zablokowaniu i pozbawiała prokuratora fizycznej możliwości przybycia na miejsce i wykonania obowiązku przeprowadzenia oględzin. Problem był uciążliwy zwłaszcza w sytuacji, gdy do zdarzenia dochodziło w miejscach, w których właściwość terytorialna prokuratora nie pokrywała się z właściwością policji i nie można było skorzystać z jej logistycznego wsparcia.

Niestety przesyłane w przeszłości drogą służbową postulaty legislacyjne nie znajdowały zrozumienia i dobrze się stało, że komentowana ustawa zamknęła temat.

Rozdziały 2–4 poświęcone zostały Krajowej Radzie Prokuratorów przy Prokuratorze Generalnym, samorządowi prokuratorskiemu wszystkich szczebli i zasadom finansowania działalności prokuratury.

Dział III – Rozdział 1 dotyczy działalności prokuratury na obszarze postępowania przygotowawczego. Komentatorzy przypominają tu przede wszystkim o dwóch podstawowych zasadach obowiązujących w polskiej procedurze karnej i wyznaczających reguły działalności prokuratury. Chodzi oczywiście o zasady legalizmu, czyli obowiązku działania w każdym wypadku naruszenia dóbr chronionych przez prawo karne materialne oraz o wspierającą je zasadę działania z urzędu, bez oczekiwania na inicjatywę czynnika zewnętrznego.

Autorzy komentowanego Prawa o prokuraturze model ten aprobują bezrefleksyjnie uznając go widocznie za jedynie możliwy do przyjęcia. Oczywiście podzielam ich pogląd w zakresie konsekwencji, jakie z zasad określonych w Kodeksie postępowania karnego wynikają dla działań prokuratorskich. Mam natomiast inne zdanie co do idei samej zasady legalizmu, jako podstawy systemu zwalczania przestępczości.

Wyniki badań socjologicznych wskazują, że liczba faktycznie zaistniałych zdarzeń, które wyczerpują znamiona przestępstwa, wielokrotnie przekracza liczbę zdarzeń, które stają się przedmiotem oceny sądu. Z ustaleń Jacka Czabańskiego wynika m.in., że tylko 40% przestępstw znanych obywatelom zgłaszanych jest organom ścigania. Z tej puli połowa zostaje zarejestrowana w odpowiednich systemach. Z kolei, spośród tej części 25% kończonych jest wniesieniem aktu oskarżenia, który już w 97% prowadzi do skazania. W re-

zultacie badacz szacuje, że zaledwie 5% przestępstw jest ukaranych. Jego zdaniem, podobnie niski odsetek występuje wszędzie na świecie¹⁴.

Nawet, gdyby uwzględnić, że odsetek aktów oskarżenia w innych latach, analizowany przez J. Czabańskiego, okazał się zdecydowanie wyższy, to i tak istnienie tzw. ciemnej liczby przestępczości, jako zjawiska społecznego w znaczącym stopniu pozostaje poza faktyczną kontrolą państwa. Obszerna literatura kryminologiczna i wiktymologiczna nie pozostawia w tym zakresie żadnych złudzeń. Jeszcze w maju 2011 r. z opinii przedstawiciela Fundacji „Pomoc Kobietom i Dzieciom” wynikało, że w Polsce ujawnianych jest jedynie 8% przestępstw o charakterze seksualnym, co powoduje, że na każdych 10 faktycznych sprawców tych poważnych przecież przestępstw, aż 9 pozostaje bezkarnymi.

Dlatego uważam, że przyjęcie rozwiązania tzw. „ograniczonego oportuniźmu” byłoby uczciwsze wobec społeczeństwa i pozwalało skoncentrować siły oraz środki systemu ścigania i wymiaru sprawiedliwości na zadania najpoważniejsze, faktycznie wymagające profesjonalizmu i warte nakładów finansowych¹⁵. Takie rozwiązanie byłoby też czynnikiem istotnie ograniczającym pokusę manipulowania statystykami przez policję¹⁶.

Spośród kolejnych tez z zakresu postępowania przygotowawczego zasługuje na podkreślenie w Komentarzu przypomnienie szczególnego trybu procedowania w przypadku podejrzenia popełnienia przestępstwa o charakterze terrorystycznym. W ślad za autorami warto więc powtórzyć, że jeżeli wymaga tego dobro postępowania, to postanowienie o przedstawieniu zarzutów można sporządzić na podstawie informacji uzyskanych w wyniku czynności operacyjno-rozpoznawczych, a sąd może zastosować na wniosek

¹⁴ J. Czabański, Ekonomiczne podejście do przestępczości, *Edukacja Prawnicza* 2005, nr 5 (71).

¹⁵ W opinii przedstawionej w marcu 1996 r. jednej z podkomisji sejmowych pracujących nad kodyfikacjami karnymi uchwalonymi 6 czerwca 1997 r. zaproponowałem przyjęcie zasady, że obowiązkiem prokuratora jest wszczęcie lub wydanie polecenia wszczęcia i przeprowadzenia postępowania przygotowawczego oraz wniesienie i popieranie oskarżenia o każde przestępstwo przeciwko interesom państwa i bezpieczeństwu obywateli, w tym zwłaszcza o przestępstwo ścigane na mocy umów międzynarodowych, popełnione przez zorganizowaną grupę oraz mające charakter gwałtownego zamachu na osobę lub mienie. W pozostałych przypadkach prokurator mógłby prowadzić lub zlecać prowadzenie postępowania przygotowawczego wtedy, gdy według jego oceny wymagałoby tego dobro publiczne lub ważny interes osoby pokrzywdzonej.

¹⁶ J. W. Wójcik przytacza spektakularne wyliczenie efektów takiej manipulacji przez jedną z policji europejskich, w rezultacie którego politycy świętowali spadek przestępczości o ponad 123 tys., podczas gdy wrywkowo przeprowadzone kontrole dostarczały przesłanek, że w tym samym czasie miał miejsce faktyczny wzrost przestępczości o ponad 1,6 mln (por. J. W. Wójcik, *Kryminologia. Współczesne aspekty*, Wydawnictwo LEX a Wolters Kluwer, Warszawa 2014, s. 128).

prokuratora tymczasowe aresztowanie na okres nieprzekraczający 14 dni (s. 300).

Za niefortunne uznać należy wskazanie wśród czynności podejmowanych przez prokuratorów, że prokurator m.in. „sprawuje prokuratorską kontrolę przestrzegania prawa”. Zwrot ten kojarzony jest bardzo ściśle ze zniesioną jeszcze na początku lat 90. XX w. formą działalności kontrolnej i raczej nie powinien być używany do opisu aktualnej aktywności prokuratorów polegającej na zaskarżaniu niezgodnych z prawem decyzji administracyjnych. To oczywiście tylko sugestia małej korekty w kolejnym wydaniu.

Słusznie przypomniano, że nadzorcze kompetencje prokuratora wobec policji i innych organów ścigania zamykają się w ściśle określonych, a wynikających z przepisów kodeksu postępowania karnego ramach. W ramach nadzoru służbowego szczególną i wyróżniającą się formą jest natomiast aprobata, która może mieć charakter przedmiotowy lub podmiotowy. Inną postacią nadzoru jest nadzór instancyjny, który z natury rzeczy sprawowany jest przez prokuratora z jednostki nadrzędnej i uruchamiany przez złożenie zażalenia.

Zasługują na baczną uwagę tezy odnoszące się do uprawnień kontrolnych prokuratora w zakresie realizowanych przez policję i inne uprawnione służby czynności operacyjno-rozpoznawczych (s. 309 i nast.). Czynności operacyjno-rozpoznawcze z uwagi na cele, którym mają służyć – zebranie dowodów w najpoważniejszych sprawach, formę przeprowadzania – tajność i wrażliwość materii – wgląd w najbardziej osobiste czy nawet intymne obszary życia jednostki, wymagają wyjątkowej troski o jakość rozwiązań normatywnych, metody ich dokonywania i zasady wykorzystania, a przede wszystkim o zakres dopuszczalnej ingerencji w niezbywalne prawa obywatelskie.

Czynności te służą podniesieniu efektywności śledztwa, ale z uwagi na wspomniane właściwości bardzo łatwo mogą same stać się przedmiotem oceny w przypadku podniesienia skargi czy złożenia formalnego zawiadomienia o nadużyciu uprawnień. Dokładne poznanie problemu jest nieodzowne w pracy zawodowej każdego prokuratora, tego który uczestniczy w procesie decyzyjnym, tego który przeprowadza kontrolę oraz tego, któremu przypadnie w udziale prowadzenie śledztwa. Dobrze się stało, że komentatorzy poświęcili mu w swojej pracy stosunkowo dużo miejsca.

Podobnie docenić należy gruntowne omówienie instytucji wystąpienia w trybie art. 58 komentowanej ustawy. W moim przekonaniu ta forma profilaktycznego działania prokuratora w praktyce często pozostaje niedoceniona. Tymczasem jest to jeden z nielicznych instrumentów pozwalający mu na kształtowanie pożądanej rzeczywistości społecznej na obszarze jego kom-

petencji¹⁷. Dokładna lektura komentarza umożliwi nie tylko poznanie ogólnych zasad sporządzania wystąpień, ale też ich systematyki, a nawet struktury i zasad redagowania.

Kolejny, zapewne jeszcze ważniejszy problem dotyczy wytycznych Prokuratora Generalnego, które przedmiotowo dotyczą metodyki postępowania przygotowawczego, a które wiążą nie tylko prokuratorów, lecz także wszystkie inne organy uprawnione do prowadzenia postępowania. Komentatorzy słusznie zauważyli, że istota wytycznych polega na wskazaniu sposobu optymalnego osiągnięcia celów postępowania w sprawach określonego rodzaju, a ich realizacja podnosi poziom kompetencji organu realizującego zalecenia metodyczne.

Wydawane na podstawie art. 60 § 1 komentowanej ustawy wytyczne ze swej natury adresowane są do praktyków. Z jednej bowiem strony stanowią efekt monitorowania i oceny praktyki, z drugiej zaś stanowią syntezę najlepszych doświadczeń, które można tą drogą w krótkim czasie upowszechnić. Nieprzypadkowo więc ostatnie wytyczne Prokuratora Generalnego dotyczyły ścigania przestępczości związanej z lichwiarskimi pożyczkami czy procedurą wyłudzenia nienależnego zwrotu podatku VAT. W komentarzu można znaleźć listę innych jeszcze wytycznych wydanych w latach 2012–2015. Na liście tej znalazły się takie m.in. problemy, jak: przemoc w rodzinie, zgwałcenia czy przestępstwa z nienawiści.

W moim przekonaniu wytyczne Prokuratora Generalnego bezdyskusyjnie są narzędziem przydatnym w pracy prokuratora i dobrze, że komentatorzy docenili ich znaczenie.

Przy omawianiu norm art. 60 zabrakło jednak odniesienia do charakteru corocznych informacji przedkładanych Prokuratorowi Generalnemu przez ministrów nadzorujących organy uprawnione do prowadzenia postępowania przygotowawczego i odpowiednio przez wojewodów prokuratorom okręgowym. Myślę, że warto byłoby poznać zarówno treść, jak i formę przedkładanych na różnych poziomach informacji i ocenić, jaki jest ich wpływ na kształtowanie praktyki. Jest to zagadnienie o tyle ważne, że Prokuratorowi Generalnemu przysługuje prawo kierowania do naczelnych i centralnych organów administracji państwowej wystąpień o podjęcie środków mających na celu usprawnienie działalności podległych im organów w zakresie postępowania, a skoro tak – to komunikacja w obu kierunkach powinna być efektywna.

¹⁷ Podczas pełnienia funkcji prokuratora rejonowego w trybie wystąpień doprowadziłem do przebudowy fragmentu drogi państwowej, na której z powodu złego wyprofilowania zakrętu oraz nieodpowiedniej struktury nawierzchni dochodziło do licznych wypadków ze skutkiem śmiertelnym, do zmiany w organizacji pracy służb ochrony w szpitalu, a nawet do powołania w jednej z gmin na terenie rejonu straży miejskiej.

Dodatkowo odniesienie to z całą pewnością byłoby przydatne prokuratorom okręgowym i wojewodom jako wsparcie przy organizacji współdziałania na tym szczeblu.

Rozdział poświęcony postępowaniu przygotowawczemu kończą uwagi o przesłankach powoływania w Prokuraturze Krajowej lub Głównej Komisji zespołów prokuratorskich do prowadzenia spraw o szczególnej wadze gatunkowej. Uwagę zwraca tu zwłaszcza możliwość powoływania w ich skład funkcjonariuszy innych służb państwowych, a także w charakterze doradców lub konsultantów prokuratorów lub konsultantów. Ten ostatni wątek jest mi bardzo bliski albowiem o normatywną regulację statusu konsultanta postulowałem od dawna¹⁸. Mam oczywiście świadomość, że jedna jaskółka wiosny jeszcze nie czyni, ale dobrze, iż ustawodawca zdecydował się na postawienie pierwszego kroku. To kolejny wątek, który warto monitorować i rozwinąć w kolejnych wydaniach komentarza.

Dział III – Rozdział 2 traktuje o elementarnych zagadnieniach związanych z udziałem prokuratora w postępowaniu sądowym w sprawach karnych oraz innych rodzajach postępowań. Autorzy podkreślają przy tym, że wnoszenie oskarżenia i jego popieranie stanowi o istocie funkcji prokuratora jako oskarżyciela publicznego. W ich ocenie jest co do zasady funkcja monopolistyczna. Prokurator, niezależnie od postępowań zainicjowanych przez niego samego, może bowiem przyłączyć się do postępowań zainicjowanych przez innych oskarżycieli, w tym postępowań prywatnoskargowych czy postępowań prowadzonych z oskarżenia subsydiarnego.

Uwagę zwraca udana próba skatalogowania czynności składających się na popieranie aktu oskarżenia, a także słuszna uwaga, że takie same czynności składają się na aktywność prokuratora podczas postępowania przed sądem I instancji, w postępowaniu odwoławczym, a nawet w postępowaniu przed Sądem Najwyższym.

Nie sposób nie podzielić też opinii o dwoistym charakterze roli prokuratora w postępowaniu przed sądami. Z jednej strony jest to rola strony zainteresowanej w skutecznym wyjednanu wyroku skazującego i wymierzeniu oskarżonemu sprawiedliwej kary, z drugiej zaś – rola strażnika praworządności. Oskarżycielska aktywność i pożądane jak najbardziej zaangażowanie w dowodzeniu winy, nie mogą jednakże pozwolić prokuratorowi zapomnieć, że jego obowiązkiem jest współdziałanie z sądem w wydaniu orzeczenia sprawiedliwego. Ten cel wymaga więc zachowania obiektywizmu i krytycznej oceny dostępnych dowodów, nawet w sytuacji, gdy krytycyzm ten może doprowadzić – niejako wbrew sobie – do uniewinnienia, a więc negacji zasad-

¹⁸ J. Wojtasik, Konsultant w postępowaniu karnym, (w:) <http://www.janwojtasik.pl/teksty/starsze/91-konsultant-w-post%C4%99powaniu-karnym.html> (data pobrania: 6 listopada 2017 r.).

ności oskarżenia. Jak słusznie zostało to podkreślone, nie można oskarżać za wszelką cenę i we wszelkich okolicznościach.

W tym kontekście konieczne jest zwrócenie uwagi na nową dyspozycję przepisu § 2 art. 64 ustawy Prawo o prokuraturze, która nakłada na prokuratora możliwość cofnięcia aktu oskarżenia, w sytuacji gdy wyniki postępowania nie potwierdzają zarzutów oskarżenia. Autorzy Komentarza idą przy tym dalej uznając, że „nakłada na prokuratora obowiązek zaniechania popierania aktu oskarżenia” (s. 333). Jest to, jak się wydaje, wyjście poza literalne brzmienie przywołanego przepisu, ale także respekt dla akcentowanej już koncepcji urzędu prokuratora – strażnika prawa.

Pogodzenie tych ról nie jest niekiedy sprawą łatwą. Zwłaszcza w sprawach zawierających duży ładunek emocji generowanych okrucieństwem sprawcy przestępstwa, bezbronnością ofiar i naturalnym także dla prokuratora odruchem solidarności z ich cierpieniem, zachowanie obiektywnego, a tym samym zdystansowanego spojrzenia na sprawę może sprawiać problemy nawet doświadczonemu profesjonalistcie. Sytuacja komplikuje się dodatkowo, gdy na wymienione czynniki nakładają się jeszcze oczekiwania przełożonych czy presja opinii publicznej podsycana publikacjami medialnymi. Od negatywnego wpływu czynników zewnętrznych nie są wolne do końca ani sądy ani nawet biegli¹⁹. Sytuacja oskarżyciela z definicji jest jeszcze trudniejsza. Może dlatego zawsze wolałem, żeby w trudnej sprawie moim przeciwnikiem w sądzie był oskarżony, który posiada kompetentnego i aktywnego obrońcę. To pozwalało mi koncentrować się na zadaniach czyisto oskarżycielskich.

W dalszych wywodach poświęconych zagadnieniom udziału prokuratora w postępowaniu sądowym Autorzy Komentarza zwracają uwagę na liczne kwestie dotyczące strony organizacyjnej oskarżania, w tym regułę, że do udziału w rozprawie wyznacza się jako referenta tego prokuratora, który prowadził postępowanie, a także do reguł kierujących postępowaniem właściwym i odwoławczym. Rozważania te są kolejną okazją do poruszenia kwestii jakości czynności procesowych, a dokładniej czynności procesowo-kryminalistycznych na przykładzie postępowań o naruszenie zasad bezpieczeństwa w ruchu lądowym.

Podzielam większość podniesionych uwag, w tym także tych, które krytycznie oceniają kompetencje przedstawicieli organów ścigania i nacechowane są troską o właściwe rozdzielenie kompetencji tych organów od kom-

¹⁹ O wpływie czynników kontekstowych na treść orzeczeń wymiaru sprawiedliwości, a także opiniowanie przez biegłych ciekawie patrz: J. Wójcikiewicz, *Temida pod mikroskopem*, Wydawnictwo „Dom Organizatora”, Toruń 2009, s. 25 i nast. Nacisk opinii publicznej na surowy wymiar kary wobec osób upośledzonych umysłowo czy psychicznie chorych, jako przykład sytuacji trudnej w opiniowaniu podkreśla także A. Lipczyński. Patrz: tenże, *Psychologia sądowa*, Wydawnictwo DIFIN, Warszawa 2007, s. 16–17.

petencji opiniujących biegłych. Dlatego młodym i mniej doświadczonym warto może podpowiedzieć, że poszukując odpowiedzi na pytanie, jaka była przyczyna wypadku, warto szukać inspiracji w bogatej literaturze przedmiotu, w tym także tej na poziomie poradnikowym²⁰. Zestawy publikowanych w nich pytań często wskazują odpowiednią specjalność badawczą eksperta, co redukuje ryzyko błędzenia w poszukiwaniu wykonawcy opinii. Warto też studiować literaturę bardziej specjalistyczną, zwłaszcza tę pisaną przystępnym, zrozumiałym językiem²¹.

Zagadnienie granicy oczekiwań organu procesowego od biegłych z zakresu wypadków komunikacyjnych jest jednak bardziej złożone niż mogłoby się wydawać na pierwszy rzut oka. Zasady bezpieczeństwa w ruchu drogowym są najbardziej chyba reglamentowanym prawnie aspektem życia społecznego. Wiele norm prawnych stanowi emanację norm technicznych, np. te dotyczące stanu technicznego pojazdu. Inne, np. określające powinność zachowania odpowiedniej odległości od pojazdu poprzedzającego to efekt uogólnienia doświadczeń i badań ekspertów ruchu drogowego. Zgodzić się więc należy z oceną, że adresowane do biegłego pytanie: kto ponosi winę za spowodowanie wypadku, stanowi naruszenie istoty orzekania. Jednak postawione przez prawnika biegłemu pytanie, czy ustalona odległość do pojazdu poprzedzającego stanowiła w konkretnej sytuacji naruszenie zasady bezpieczeństwa ruchu, nie jest zapewne już tak bardzo pozbawione uzasadnienia. Podzielić należy tu twierdzenie Jana Unarskiego o istnieniu „obszaru wspólnego”, w którym nakładają się na siebie techniczna i prawna ocena zdarzeń, a organ procesowy ma prawo pytać o punkt widzenia biegłego oparty na jego doświadczeniu²².

Zwykle uważa się, że czynności takie, jak: odbieranie wyjaśnień, przesłuchiwanie świadków, zasięganie opinii biegłych, czy przeprowadzenie oględzin stanowią wyłączną domenę postępowań karnych. O tym, że w określonych sytuacjach prokurator może ich dokonywać także w innych postępowaniach na ogół zapominamy. Dobrze więc się stało, że komentatorzy przypomnieli o nich (s. 369) zastrzegając jednocześnie, że przeprowadza się je tylko wtedy, gdy dowody zebrane w postępowaniu administracyjnym lub zawarte w aktach postępowania karnego, nie wystarczają do oceny, czy doszło do naruszenia prawa przez organ administracji publicznej.

²⁰ Patrz: J. Jerzewska, *Od oględzin do opinii biegłego. Poradnik dla prowadzących postępowanie karne*, Dom Wydawniczy ABC, Warszawa 2002, s. 123 i nast.

²¹ W. K o t o w s k i, *Problematyka wypadków drogowych*, Redakcja „Palestry”, Warszawa 2016; R. Z a h o r s k i, *Dowody w rekonstrukcji wypadku drogowego*, Wydawnictwo LEX a Wolters Kluwer business, Warszawa 2012; L. K. P a p r z y c k i, *Felietony na drodze*, Biblioteka „Paragrafu na drodze”, Wydawnictwo Instytutu Ekspertyz Sądowych, Kraków 2005.

²² J. U n a r s k i, *Ekspertyza wypadku drogowego*, (w:) M. K a ł a, D. W i ł k i J. W ó j c i k i e w i c z (red.), *Ekspertyza Sądowa. Zagadnienia wybrane*, Wydawnictwo Wolters Kluwer, Warszawa 2017, s. 545.

Dział III – rozdział 3 i 4 omawianego tu komentarza, odpowiednio do struktury komentowanej ustawy, zawierają uwagi odnoszące się do współudziału prokuratora w zwalczaniu i zapobieganiu przestępczości oraz nadzoru nad wykonaniem kary. Komentarz niestety jest tu dość skromny, co odpowiada zresztą tym dwóm obszarom niedocenianych czy może dokładniej – ograniczanych z różnych powodów w ciągu ostatnich dziesięcioleci, a zarazem tak bardzo potrzebnych i w przeszłości sprawdzających się form aktywności zawodowej prokuratora.

O pożytkach wynikających ze współdziałania z różnymi podmiotami władzy centralnej czy samorządowej, wyrażającej się m.in. w kierowaniu wystąpieniami pośledzich, zwłaszcza uogólniających, miałem już okazję wspomnieć wcześniej. Wnioski o podjęcie działań w rozumieniu art. 71 omawianej ustawy mogą spełniać rolę analogiczną. Komentatorzy celnie przy tym zauważyli, że „nie jest istotna w rzeczy samej współpraca przebiegająca w atmosferze pozornego zrozumienia, lecz efektywność działania przekładająca się na rzeczywiste umacnianie praworządności” (s. 370). Do zrobienia jest naprawdę wiele. I to na każdym niemal poziomie i sektorze życia publicznego. Inspiracji powinny dostarczać, nie tylko żywiące się emocjami i generujące kolejne pokłady emocji, przekazy medialne, ale przede wszystkim badania naukowe z zakresu organizacji społeczeństw i psychologii społecznej²³.

Trudno przy tym nie zgodzić się z opinią komentatorów, że dobry prokurator będzie z natury rzeczy musiał pozostawać w „konflikcie” z adresatami swoich wniosków. Dodać jeszcze należałoby i to spostrzeżenie, że aktywność profilaktyczna prokuratorów nigdy chyba nie była w cenie ani u opinii publicznej, ani w mediach, ani u przedstawicieli innych ośrodków władzy publicznej. Nie wzbudzała nawet szczególnego zainteresowania przełożonych. Cóż, najlepsze wystąpienie, informacja o edukacji młodzieży szkolnej czy racjonalny projekt legislacyjny, nie są tak spektakularne jak komunikat o zastosowanym areszcie czy surowej karze. W dodatku, wykazany w statystykach urzędowych spadek ujawnionych przestępstw miewał nie tylko wielu ojców, ale też stawał się w przeszłości pretekstem do dyskusji o zmniejszeniu nakładów na walkę z przestępczością.

Od wielu już lat prokurator nie jest organem postępowania wykonawczego. Ustawodawca pozostawił mu jedynie status strony, w dodatku – jak to ujęto w komentarzu – w ograniczonym zakresie. Nie zmienia to oczywiście

²³ Prace publikujące wyniki badań z zakresu profilaktyki przeciwp przestępczej oraz diagnozujące inne mechanizmy życia społecznego publikowane były od dawna i są dostępne także w Polsce. Wystarczy wspomnieć tu klasyczne dzieło A. Peyrefite’a (red.) pt. Społeczeństwo wobec przemocy. Raport Komitetu Badań nad zbrodnią i występkiem, Państwowe Wydawnictwo Naukowe, Warszawa 1982. Oczywiście, nie trzeba chyba dodawać, że zarządzanie sprawami społecznymi wymaga posługiwania się nie tylko wiedzą historyczną, ale przede wszystkim powinno uwzględniać najnowsze badania i prognozy naukowe z określonej dziedziny życia publicznego.

faktu, że powinności z tego zakresu, jakie na nim ciążyą w postępowaniu przed sądem, mogą być ignorowane. Twórcy komentarza wyliczają ich katalog. Zarazem wskazują na szczególne samodzielne uprawnienia prokuratora, w tym rozpoznaje zażalenia na sposób przeprowadzenia niektórych czynności wykonywanych przez policję, np. zatrzymanie czy tytuł do wydania postanowienia o zatrzymaniu osoby podejrzewanej o popełnienie, usiłowanie albo przygotowanie przestępstwa o charakterze terrorystycznym.

Dział IV ustawy Prawo o prokuraturze dotyczy szeroko rozumianego statusu prokuratora i należy do najbardziej ważkich, najbardziej obszernych i zarazem najczęściej chyba komentowanych regulacji ustawowych dotyczących tego zawodu. Nie ma oczywiście możliwości odniesienia się do sposobu skomentowania wszystkich liczących ponad 100 artykułów przepisów. Dlatego uwagi tu przytoczone odnoszą się będą do kilku wybranych, w moim przekonaniu relatywnie ważniejszych kwestii.

Autorzy komentarza ocenili, że powierzenie Prokuratorowi Generalnemu pełnej swobody w doborze kadry prokuratorskiej jest rozwiązaniem słusznym, a fakultatywność opiniowania kandydatów na stanowiska prokuratorskie, w przypadku wystąpienia o opinię do właściwego kolegium, jest swoistym testem poparcia dla polityki kadrowej kierownictwa. Zaznaczono przy tym trafnie, że pracodawcą prokuratora jest jednostka organizacyjna, która jest miejscem jego pracy.

Dużo miejsca poświęcono warunkom, jakie muszą być spełnione przez kandydata na prokuratora. Dotyczy to w szczególności scharakteryzowania terminu „nieskazitelny charakter”. Nie trzeba dodawać, że warunek ten rozciąga się na cały czas służby, a także po przejściu w stan spoczynku. Podkreślono w komentarzu, że popełnienie przestępstwa nieumyślnego, np. wypadku drogowego, w świetle nowych rozwiązań ustawowych, nie zamyka drogi do wykonywania zawodu prokuratora. Autorzy trafnie wywiedli tu, że tzw. przestępstwo cywilizacyjne może zdarzyć się każdemu (s. 383).

Zwrócono uwagę na zakres badań lekarskich i psychologicznych kandydatów. W tym ostatnim wypadku zadaniem psychologa jest m.in. ocena ich umiejętności poznawczych i społecznych, ze szczególnym uwzględnieniem zdolności do samodzielnego podejmowania decyzji oraz odporności na stres. To celna uwaga, gdyż w przeszłości niestety zdarzały się przypadki braku zrozumienia przez uprawnionych do wydawania zaświadczeń psychologów o celu badania i specyficznych, permanentnie stresogennych warunkach pracy prokuratora. Nie każda osoba spełniająca kryteria przydatności do pracy w ogóle, jest w stanie, zwłaszcza w dłuższym przedziale czasowym im podołać. Dotyczy to także osób, których charakter bez zawahania należałoby ocenić jako nieskazitelny.

Sporo miejsca zajęły w komentarzu uwagi określające różne ścieżki dochodzenia do zawodu prokuratora przedstawicielom innych zawodów, w tym

adwokatów, radców prawnych i sędziów. Analiza tych uwag świadczy o zwracaniu uwagi na kompetencje merytoryczne kandydata i rozbudowane sformalizowane kryteria ich ustalania²⁴.

Zaznaczono istotne różnice między stosunkiem pracy powstałym na podstawie umowy, a stosunkiem pracy na podstawie powołania, w tym powołania na stanowisko prokuratorskie, które to powołanie jest w istocie nominacją – jedną z podstaw nawiązania stosunku pracy w służbach publicznych. Oznacza to m.in. większą dyspozycyjność, pracę poza godzinami pracy urzędu, możliwość delegowania do innej miejscowości, zakaz zajmowania innych urzędów czy podejmowania dodatkowej pracy zarobkowej.

Słusznie autorzy komentarza zwrócili uwagę na znaczenie okoliczności towarzyszących wręczeniu aktu powołania i odebraniu przyrzeczenia. Odpowiednio dużo uwag znalazło się też przy omawianiu ustawicznej powinności dbania przez prokuratora o powagę sprawowanego urzędu oraz unikanie wikłania się w sprawy czy okoliczności mogące przynieść mu jakąkolwiek ujmę czy też osłabiać zaufanie do jego bezstronności. W tym kontekście przywołano niektóre z postanowień zbioru zasad etyki zawodowej prokuratorów przyjętych 19 września 2012 r. Komentatorzy nie przeoczyli też przy tej okazji faktu, że aktualnie prowadzone są prace nad nową redakcją zbioru zasad etyki zawodowej dla prokuratorów.

Problem publicznych wypowiedzi prokuratorów, w tym prokuratorów w stanie spoczynku, na tematy związane z ich działalnością, uznano za szczególnie. Słusznie, gdyż z jednej strony wolność wypowiedzi jest prawem każdego obywatela i prokuratora także nie można jej pozbawiać. Z drugiej strony publiczna rola prokuratora sprawia, że waga jego wypowiedzi ma jednak inny ciężar gatunkowy niż np. dziennikarza. Stąd potrzebna jest i większa rozwaga, a powściągliwość i rzetelność bardziej pogłębiona niż spotykana u innych autorów publicznych wypowiedzi.

Warto jednak pamiętać, że w bardziej odległej przeszłości publiczne wystąpienia prokuratorów traktowane były jako niezwykle ważny, pozytywny składnik ich zawodowej aktywności, a miesięcznik „Problemy Praworządności” skwapliwie je na swoich łamach odnotowywał²⁵.

Obecnie, w dobie obfitości mediów i ogromu zalewających potencjalnego czytelnika informacji, często zniekształcających i dezawuuujących pracę prokuratorów, szansą na rzetelny przekaz stają się strony internetowe prokura-

²⁴ J. Gurgul trafnie skonstatował, że „w końcu zawsze się okaże, iż jeśli o jakość czy efekty postępowania przygotowawczego chodzi, to prawie wszystko w taki czy inny sposób zależy od indywidualnych, wrodzonych i nabytych kwalifikacji prowadzącego (prowadzących) oraz sprawującego nadzór nad tymże postępowaniem”, patrz: tenże, (w:) Całościowe wyobrażenie śledztwa, *Prok. i Prawo* 2012, nr 12.

²⁵ Prowadzono systematycznie takie działy, jak: „Prokuratorzy w prasie, radio i telewizji” czy „Prokuratorzy piszą”.

tury. Ważne, żeby prowadzono je nie tylko rzetelnie, ale też w atrakcyjny i pozbawiony zawodowego żargonu czy patosu sposób. Zapotrzebowanie na takie informacje ciągle pozostaje ogromne²⁶. W moim zaś przekonaniu dobrze służy idei praworządności.

Kolejne uwagi dotyczą obowiązku podnoszenia kwalifikacji. Komentatorzy akcentują przy tym słusznie korzyści wynikające z publikowania artykułów problemowych w periodykach prawniczych czy prowadzenia zajęć dydaktycznych. Do listy rekomendowanych w komentarzu tytułów dodałbym jeszcze Kwartalnik KSSiP, a także wydawnictwa traktujące o naukach pomocowych dostarczających narzędzi wspierających prace śledczą i poprawiających skuteczność postępowań²⁷.

Osobne problemy szczegółowo omówione w komentarzu dotyczą czasu pracy prokuratora, tajemnicy zawodowej, oświadczeń o stanie majątkowym, zagadnień związanych z delegowaniem i zasadami wynagradzania prokuratorów. W dalszym ciągu komentatorzy zajęli się kwestiami związanymi z urlopami, zwolnieniami lekarskimi i stanem spoczynku. Ważny fragment komentarza dotyczy zasad odpowiedzialności karnej, dyscyplinarnej i służbowej prokuratora, a także zagadnień asesorów, asystentów i aplikantów prokuratury.

Szczegółowa prezentacja kolejnych nasuwających się w toku lektury licznych refleksji nie jest jednak możliwa w konwencji i ramach tego opracowania.

Jedno jest natomiast pewne, omawiany tu komentarz, niezależnie od tego, czy zgodzimy się z każdą z przytoczonych w nim tez, czy też niektóre z nich uznamy za wątpliwe albo nawet nieuzasadnione, jest niezwykle wartościowym i ważnym narzędziem poznania współczesnej prokuratury jako instytucji i wzorca prokuratora jako człowieka oraz jako organu sprawującego doniosłą i odpowiedzialną funkcję społeczną.

Jestem przekonany, że refleksje towarzyszące jego czytaniu pozwolą lepiej zrozumieć swoje powołanie prokuratorom już urzędującym. Natomiast aplikantom przygotowującym się do zawodu lektura komentarza istotnie ułatwi zrozumienie ich przyszłych zadań, praw i obowiązków.

²⁶ Np. utworzona w połowie 2004 r. strona internetowa Prokuratury Okręgowej w Zielonej Górze w połowie listopada 2017 r. notowała ponad 42 mln odsłon.

²⁷ Mam tu na myśli: Problemy Kryminalistyki wydawane przez CLKP, Z Zagadnień Nauk Sądowych (Problems of Forensic Science) czy Paragraf na Drodze wydawany przez IES w Krakowie, Archiwum Medycyny Sądowej i Kryminologii, a także szereg innych periodyków wydawanych na polskich uczelniach.

Reflection stemming from Commentary of A. Kiełtyka *et al.* to the Law on the Prosecutor's Office

Abstract

This commentary addresses some select threads in the commentary to the Law on the Prosecutor's office of 28 January 2016 (consolidated text: Journal of Laws of 2017, item 1767). The commentator reflects on Commentary from the perspective of their own experience of a prosecutor at the district and circuit levels.

Damian Wąsik

Tajemnica lekarska w procesie karnym

Streszczenie

W niniejszej publikacji zaprezentowano najważniejsze założenia i zakres tajemnicy lekarskiej, przybliżono konstrukcję art. 180 § 2 k.p.k. i wyszczególniono najczęstsze problemy występujące przy okazji zwolnienia lekarza z tajemnicy zawodowej. Podjęto ponadto próbę wskazania możliwych rozwiązań praktycznych w wymienionym zakresie. W pracy wykorzystano źródła w postaci piśmiennictwa i aktualnych orzeczeń sądowych, a także doświadczeń wyniesionych z praktyki zawodowej i działalności naukowo-badawczej Autora.

1. Wprowadzenie

System prawnej ochrony praw pacjenta obowiązujący w Polsce kładzie duży nacisk na autonomię chorego w zakresie decydowania o podjęciu leczenia, jego przebiegu i zakończeniu, a także sposobu przetwarzania danych związanych z korzystaniem ze świadczeń zdrowotnych. Pacjent co do zasady jest dysponentem informacji dotyczących jego stanu zdrowia, niemniej jednak ustawodawca przewiduje również takie sytuacje, gdy obowiązek zachowania wymienionych okoliczności w tajemnicy przez pracowników medycznych zostaje zniesiony. Może to nastąpić wyłącznie w takich przypadkach, w których interes społeczny lub ważny interes prywatny (w tym interes samego chorego) przemawia za taką koniecznością. Teza ta znajduje odzwierciedlenie w przesłankach zwolnienia lekarza i innych pracowników medycznych z tajemnicy zawodowej. Jednym z najważniejszych przyczyn uchylecia tajemnicy lekarskiej niewątpliwie jest dobro wymiaru sprawiedliwości materializujące się w dążeniu do realizacji celów postępowania karnego, to znaczy wykrycia i pociągnięcia do odpowiedzialności karnej sprawcy przestępstwa, zapobiegania przestępczości i respektowania prawnie chronionych interesów pokrzywdzonych.

Celem niniejszej publikacji jest prezentacja istoty i założeń tajemnicy lekarskiej, przybliżenie konstrukcji art. 180 § 2 k.p.k., sygnalizacja najczęstszych problemów pojawiających się przy stosowaniu instytucji zwolnienia lekarza z tajemnicy zawodowej oraz próba wskazania możliwych rozwiązań

w tym zakresie, przyczyniających się do kształtowania właściwej praktyki organów śledczych.

2. Zakres tajemnicy lekarskiej oraz podstawy prawne jej obowiązywania

Jako zasadniczą regulację prawną, z którą związana jest tajemnica lekarska, wskazać należy art. 13 ustawy z dnia 6 listopada 2008 r. o prawach pacjenta i Rzeczniku Praw Pacjenta (tekst jedn. Dz. U. z 2017 r., poz. 1318), zgodnie z którym pacjent ma prawo do zachowania w tajemnicy przez osoby wykonujące zawód medyczny, w tym udzielające mu świadczeń zdrowotnych, informacji z nim związanych, a uzyskanych w związku z wykonywaniem zawodu medycznego.

W orzecznictwie słusznie podkreśla się, że wszelkie dane o stanie zdrowia należą do tzw. danych sensytywnych, a zatem ich ochrona powinna być gwarantowana nie tylko w aktach rangi ustawowej, ale także w aktach hierarchicznie najwyższych, w ramach szeroko pojętego prawa do ochrony życia prywatnego (por. art. 47 Konstytucji RP)¹. Osoba, której dane dotyczą nie jest jednak wyłącznym dysponentem swoich danych o stanie zdrowia. Prawo do ochrony tych danych nie jest absolutne, przepisy ustawy, jak i ustaw szczególnych wyznaczają bowiem ramy prawne dla legalnego przetwarzania takich danych. Nie stanowi naruszenia tego prawa, ani instytucji tajemnicy lekarskiej, przetwarzanie danych w ramach legalnie wyznaczonego i społecznie akceptowalnego celu². W tym miejscu zauważyć trzeba, że do uzyskania informacji relewantnych dla realizacji podstawowego celu procesu karnego, jakim jest obok ujawnienia przestępstwa, wykrycie i ukaranie jego sprawcy, istotnym kryterium powinna być sprawność procesu, wyrażająca się dążeniem do tego, by ustalenie i ujęcie sprawcy nastąpiło możliwie szybko³.

Zdecydowanie błędne jest dostrzegane niekiedy w doktrynie utożsamianie pojęć „tajemnica medyczna” i „tajemnica lekarska”. Tajemnica medyczna jest bowiem terminem szerszym, w którym *de facto* zawiera się tajemnica lekarska.

W piśmiennictwie zasadnie zauważa się, że tajemnica medyczna rozciąga się na wszelkie dane uzyskane w związku z wykonywaniem zawodu medycznego, zarówno informacji przekazanych intencjonalnie pracownikowi

¹ Por. wyrok WSA w Warszawie z dnia 8 czerwca 2017 r., sygn. VII SA/Wa 605/17, LEX nr 2355772.

² Por. wyrok WSA w Warszawie z dnia 11 kwietnia 2006 r., sygn. II SA/Wa 183/06, LEX nr 220919.

³ Por. postanowienie SA w Łodzi z dnia 31 sierpnia 2011 r., sygn. II AKz 442/11, LEX nr 1168833.

medycznemu (np. podczas wywiadu lekarskiego, udostępnionych w dokumentacji medycznej na potrzeby udzielania świadczeń zdrowotnych), jak również uzyskanych przez pracownika przypadkowo, niejako przy okazji wykonywania zawodu. Dla ustalenia, czy na posiadane przez pracownika medycznego informacje rozciąga się obowiązanie tajemnicy medycznej istotnym jest stwierdzenie, że są one w jakimkolwiek stopniu związane z pacjentem. Tym samym mogą to być dane dotyczące nie tylko wiadomości o zdrowiu i leczeniu pacjenta, ale również wszelkie inne związane z chorym. W warstwie medycznej sekretem objęte są więc w szczególności wyniki przeprowadzonych badań diagnostycznych, rozpoznanie, stosowane metody leczenia, osiągnięte postępy w leczeniu czy rokowania. W warstwie pozamedycznej tajemnica rozciąga się na dane o stanie majątkowym, rodzinnym, stosunkach osobistych, zawodowych, miejscu zamieszkania, nałogach, upodobaniach etc.⁴ Obowiązek zachowania tajemnicy medycznej wiąże nie tylko lekarza, ale również osoby wykonujące inne zawody medyczne – pielęgniarki, położne, fizjoterapeutów, diagnostów laboratoryjnych, czy ratowników medycznych. Poufność danych dotyczących pacjenta powinni też respektować inni pracownicy podmiotów leczniczych, jeżeli tylko mają do nich dostęp lub powzięli o nich wiedzę z jakichkolwiek źródeł (sekretarki medyczne, technicy elektroradiologii, sanitariusze etc.).

Tajemnica lekarska obejmuje informacje, dane i inne okoliczności, o których lekarz dowiedział się w ramach wykonywania zawodu. Zgodnie z art. 40 ust. 1 ustawy z dnia 5 grudnia 1996 r. o zawodach lekarza i lekarza dentystry (tekst jedn. Dz. U. z 2017 r., poz. 125) lekarz ma obowiązek zachowania w tajemnicy informacji związanych z pacjentem, a uzyskanych w związku z wykonywaniem zawodu. W ust. 2 przewidziane zostały wyjątki, w których lekarza nie wiąże tajemnica lekarska. Regulacji o tajemnicy lekarskiej nie stosuje się, gdy: 1) tak stanowią ustawy; 2) badanie lekarskie zostało przeprowadzone na żądanie uprawnionych, na podstawie odrębnych ustaw, organów i instytucji; wówczas lekarz jest obowiązany poinformować o stanie zdrowia pacjenta wyłącznie te organy i instytucje; 3) zachowanie tajemnicy może stanowić niebezpieczeństwo dla życia lub zdrowia pacjenta lub innych osób; 4) pacjent lub jego przedstawiciel ustawowy wyraża zgodę na ujawnienie tajemnicy, po uprzednim poinformowaniu o niekorzystnych dla pacjenta skutkach jej ujawnienia; 5) zachodzi potrzeba przekazania niezbęd-

⁴ Zob. znakomita pozycja w literaturze przedmiotu: R. Kubiak, *Tajemnica medyczna*, Warszawa 2015, s. 33–36 i powołana tam literatura, w szczególności A. Huk, *Tajemnica zawodowa lekarza*, *Prok. i Pr.* 2001, nr 6; M. Filar, *Lekarskie prawo karne*, Kraków 2000; A. Zoll, *Tajemnica zawodowa lekarza*, (w:) *Tajemnica lekarska: materiały z posiedzenia Komisji Etyki Lekarskiej z dnia 15 listopada 1993 r.*, Kraków 1994; J. Haberko, R. Kocytowski, *Szczególna postać tajemnicy lekarskiej w przypadku stosowania technik wspomaganego medycznie rozrodu*, *PiM* 2006, nr 2, s. 23; M. Rusinek, *Tajemnica zawodowa i jej ochrona*, Warszawa 2007.

nych informacji o pacjencie lekarzowi sądowemu; 6) zachodzi potrzeba przekazania niezbędnych informacji o pacjencie związanych z udzielaniem świadczeń zdrowotnych innemu lekarzowi lub uprawnionym osobom uczestniczącym w udzielaniu tych świadczeń. W wymienionych przypadkach ujawnienie tajemnicy może nastąpić wyłącznie w niezbędnym zakresie (w przypadku wyrażenia zgody na ujawnienie tajemnicy lekarskiej przez pacjenta lub jego przedstawiciela ustawowego mogą oni wskazać zakres ujawnienia tajemnicy). Co więcej, zgodnie z art. 40 ust. 3 u.z.l. lekarz, z zastrzeżeniem sytuacji, o których mowa w ust. 2 pkt 1–5, jest związany tajemnicą również po śmierci pacjenta, chyba że zgodę na ujawnienie tajemnicy wyrazi osoba bliska w rozumieniu art. 3 ust. 1 pkt 2 u.p.p. Osoba bliska wyrażająca zgodę na ujawnienie tajemnicy może też określić zakres jej ujawnienia.

Lekarz jest zobligowany do zachowania w tajemnicy w szczególności takich informacji, jak rozpoznanie jednostki chorobowej, rodzaj wdrożonej farmakoterapii, wykonane procedury medyczne, zastosowane techniki operacyjne, zakres i wyniki zleconych badań diagnostycznych, przebieg choroby, postępy w terapii, czy zalecona profilaktyka i rehabilitacja. Nie ma przy tym znaczenia, w jaki sposób lekarz wszedł w posiadanie powyższych informacji (czy w wyniku okazania dokumentacji medycznej, czy podczas obchodu na oddziale, w trakcie konsylium lekarskiego, czy też podczas wykładów i zajęć specjalizacyjnych), ani nawet rola lekarza w procesie leczenia pacjenta, to znaczy czy był lekarzem odpowiedzialnym za leczenie pacjenta w oddziale, czy też jedynie konsultował określoną dolegliwość. Istotne jest, aby lekarz powziął jakąkolwiek wiedzę na temat procesu terapeutycznego (diagnostycznego, rehabilitacyjnego etc.) w związku z realizacją określonych w podmiocie leczniczym obowiązków i zadań wynikających pośrednio lub bezpośrednio z wykonywanej profesji. Obowiązek zachowania przez lekarza w tajemnicy innych danych dotyczących pacjenta, wynikać będzie z konieczności respektowania tajemnicy medycznej.

3. Wybrane problemy związane z tajemnicą medyczną w praktyce śledczej

W doktrynie prawa karnego procesowego wskazuje się, że zakazy dowodowe są to normy prawne zabraniające przeprowadzenia dowodu w określonych warunkach lub stwarzające ograniczenie w uzyskiwaniu dowodów⁵. Obowiązki zasady prawdy materialnej zobowiązuje organy procesowe do podejmowania wszelkich dostępnych środków procesowych niezbędnych

⁵ Zob. K. Woźniowski, (w:) J. Grajewski (red.), *Prawo karne procesowe – część ogólna*, Warszawa 2007, s. 360; M. Cieślak, *Zagadnienia dowodowe w procesie karnym*, Warszawa 1955, s. 264 i nast.; S. Waltoś, *Proces karny. Zarys systemu*, Warszawa 2005, s. 353.

dla dotarcia do tej prawdy, ale „nie za wszelką cenę”, albowiem poznanie prawdy w procesie musi przebiegać w warunkach przestrzegania zasad praworządności, demokratyzmu i humanizmu, które wymagają poszanowania praw i uczuć jednostki w procesie karnym, w tym także praw oskarżonego i podejrzanego. Wśród innych powodów wprowadzenia zakazów dowodowych wskazuje się ochronę godności człowieka oraz integralności jego ciała i mienia, ochronę ważnych interesów państwa, ochronę stosunków rodzinnych i bliskich związków świadka z innymi osobami, a także ochronę tajemnicy zawodowej i służbowej⁶.

W myśl art. 180 § 2 k.p.k. osoby obowiązane do zachowania tajemnicy notarialnej, adwokackiej, radcy prawnego, doradcy podatkowego, lekarskiej, dziennikarskiej lub statystycznej oraz tajemnicy Prokuraturii Generalnej, mogą być przesłuchiwane co do faktów objętych tą tajemnicą tylko wtedy, gdy jest to niezbędne dla dobra wymiaru sprawiedliwości, a okoliczność nie może być ustalona na podstawie innego dowodu. W postępowaniu przygotowawczym w przedmiocie przesłuchania lub zezwolenia na przesłuchanie decyduje sąd, na posiedzeniu bez udziału stron, w terminie nie dłuższym niż 7 dni od daty doręczenia wniosku prokuratora. Na postanowienie sądu przysługuje zażalenie.

Wśród zakazów dowodowych związanych z przesłuchaniem osób wykonujących wymienione w Kodeksie postępowania karnego zawody zaufania publicznego na szczególną uwagę zasługuje tajemnica lekarska. Podyktowane jest to specyfiką uwarunkowań, w jakich lekarz wchodzi w posiadanie określonych informacji, to znaczy przy okazji udzielania pomocy medycznej. Zauważyć należy, że pacjent, którym opiekuje się lekarz, może występować w procesie karnym w charakterze świadka, ale również pokrzywdzonego czy podejrzanego. W tej sytuacji wiedza tych osób niejednokrotnie ma znaczenie priorytetowe dla odtworzenia przez organy ścigania rzeczywistego przebiegu zdarzenia objętego postępowaniem karnym. Co więcej, w niektórych kategoriach spraw karnych, np. związanych z błędami w sztuce lekarskiej, zeznania czy wyjaśnienia członków personelu medycznego siłą rzeczy wiążą się będą z kwestiami objętymi tajemnicą lekarską⁷.

Funkcją zakazu związanego z tajemnicą lekarską nie jest ochrona interesów osoby wykonującej zawód lekarza, ale ochrona pacjentów, którzy w zaufaniu do publicznych funkcji przypisanych do profesji medycznej powierzają

⁶ K. Woźniewski, (w:) J. Grajewski (red.), *Prawo karne procesowe...*, s. 360; A. Murzynowski, *Istota i zasady procesu karnego*, Warszawa 1994, s. 116; S. Waltoś, *Proces karny...*, s. 353 i nast.; Z. Kwiatkowski, *Zakazy dowodowe w procesie karnym*, Kraków 2005, s. 91.

⁷ Szerzej w tym zakresie zob. D. Wąsik, *Tajemnica lekarska w postępowaniu karnym*, Rzeczpospolita z dnia 14 października 2017 r. Źródło: <http://www.rp.pl/Lekarze-i-pielegniarki/310119975-Tajemnica-lekarska-w-postepowaniu.html>.

lekarzowi wiedzę o okolicznościach, którymi nie chcą na ogół dzielić się z innymi osobami. Bezspornie gwarancja zachowania przekazanych informacji w tajemnicy jest zatem podstawą wzajemnego zaufania i warunkiem swobodnego wykonywania wszystkich zawodów medycznych⁸.

Z punktu widzenia potrzeby kształtowania właściwej praktyki śledczej w zakresie gromadzenia materiału dowodowego, na który rozciąga się tajemnica lekarska, warto omówić przykładowe problemy ujawniające się w tej materii.

Pierwszym z problemów dostrzeganych w praktyce jest kwestia określenia właściwego etapu postępowania karnego, na którym prokurator może wystąpić z wnioskiem o zwolnienie lekarza z tajemnicy zawodowej. Rozstrzygając tę wątpliwość w pierwszej kolejności wskazać trzeba, iż zwolnienie lekarza z tajemnicy zawodowej nie może następować automatycznie. Organy ścigania nie mogą *a priori* zakładać, że osoba przesłuchiwana zasłoni się tajemnicą lekarską. Procedura przewidziana w art. 180 § 2 k.p.k. może zostać uruchomiona dopiero wtedy, gdy przesłuchiwany faktycznie odmówi np. złożenia zeznań zasłaniając się przy tym obowiązkiem respektowania interesu pacjenta. Przepis art. 180 § 2 k.p.k. ma bowiem zastosowanie jedynie wówczas, gdy lekarz obowiązany do zachowania tajemnicy zawodowej odmówi składania zeznań, co do okoliczności, na które rozciąga się ten obowiązek. Jeżeli natomiast świadek nie zasłoni się tajemnicą zawodową dopuszczalne jest jego przesłuchanie bez wszczynania postępowania, o którym mowa w art. 180 § 2 k.p.k. W takiej sytuacji braki w postępowaniu przygotowawczym nie występują, zaś zeznania świadka – lekarza złożone na tym etapie należy uznać za pełnowartościowe dowody w sprawie, które mogły być podstawą np. do wydania opinii medycznych⁹. Resumując procedura zwolnienia lekarza z tajemnicy zawodowej przewidziana w art. 180 § 2 k.p.k. w zw. z art. 40 ust. 1 ustawy z dnia 5 grudnia 1996 r. o zawodach lekarza i lekarza dentystry (tekst jedn. Dz. U. z 2015 r., poz. 464) będzie miała zastosowanie wówczas, kiedy lekarz odmówi ujawnienia tajemnicy lub pacjent takiej zgody (oświadczenia) nie wyrazi albo też nie będą zachodziły inne niż wskazane w art. 40 ust. 2 cyt. ustawy wyjątki¹⁰. W przypadku natomiast podważania przez którąkolwiek ze stron wartości dowodowej zeznań

⁸ Por. postanowienie SA w Wrocławiu z dnia 4 listopada 2010 r., sygn. II AKz 588/10, LEX nr 621274.

⁹ Por. postanowienie SN z dnia 11 lutego 2013 r., sygn. SNO 58/12, LEX nr 1297724; postanowienie SN z dnia 15 grudnia 2004 r., sygn. III KK 278/04, OSNKW 2005, nr 3, poz. 28. Jeżeli jednak lekarz, mimo wyrażenia przez pacjenta zgody na ujawnienie okoliczności objętych tajemnicą lekarską, odmawia złożenia zeznań. Przyjmuje się, że zastosowanie art. 180 § 2 k.p.k. jest wówczas uzasadnione. Por. postanowienie SA w Katowicach z dnia 21 grudnia 2016 r., sygn. II AKz 688/16, LEX nr 2309507.

¹⁰ Por. postanowienie SA w Katowicach z dnia 21 grudnia 2016 r., sygn. II AKz 688/16, LEX nr 2309507.

złożonych przez lekarza w fazie przygotowawczej uzasadnione jest zwrócenie uwagi na utrwalony w orzecznictwie pogląd, zgodnie z którym przepisy postępowania karnego nie przyznają prymatu zeznaniom złożonym przed sądem nad zeznaniami złożonymi na wcześniejszym etapie postępowania¹¹.

Drugim z problemów dostrzeganych w praktyce prokuratorskiej jest właściwe – w oparciu o zgromadzony materiał dowodowy i wykładnię przepisu art. 180 § 2 k.p.k. – określenie dopuszczalności zwolnienia lekarza z wiążącej go tajemnicy zawodowej. Dobro wymiaru sprawiedliwości wymaga, aby ewentualne rozstrzygnięcie w sprawie karnej było oparte na pełnej podstawie dowodowej dotyczącej wszystkich okoliczności mających znaczenie dla rozstrzygnięcia w przedmiotowej sprawie, a okoliczność, w odniesieniu do której następuje zwolnienie, nie może być ustalona na podstawie innego dowodu. Zwolnienie natomiast doprowadzi do wyjaśnienia istotnych okoliczności w sprawie, a co za tym idzie spowoduje rzetelne przeprowadzenie postępowania przygotowawczego¹². Przesłanka „niemożliwości ustalenia okoliczności na podstawie innego dowodu” wskazuje, iż w grę wchodzi obiektywna niemożliwość, co oznacza faktyczne nieistnienie takiego źródła dowodowego, które mogłoby dostarczyć informacji na dany temat. Nie wystarcza tu ani istnienie (możliwych do pokonania) przeszkód w dotarciu do istniejącego źródła dowodowego, ani też nieustalenie istnienia tego źródła wynikające z niepodjęcia wszystkich koniecznych w danym momencie czynności wykrywczych. Tym samym prokurator występujący z wnioskiem o zwolnienie z tajemnicy zawodowej nie może zapominać, że to na nim spoczywa ciężar wykazania jej słuszności¹³. Takie sytuacje w praktyce najczęściej będą występować w przypadku nierzetelnego (wybiórczego) prowadzenia dokumentacji medycznej pacjentów, względnie utraty tej dokumentacji. Jeżeli w danej sprawie pokrzywdzony pacjent zmarł, w sprawie przeprowadzono patomorfologiczną sekcję zwłok, lecz protokół sekcyjny jest niepełny (tudzież zaniesiono jego przeprowadzenia lub został zagubiony), zaś przeprowadzenie sądowo-lekarskiej sekcji zwłok jest niemożliwe lub niecelowe (z uwagi na pochówek zmarłego i znaczny odstęp czasu dzielący zdarzenie od daty wszczęcia postępowania karnego), przesłuchanie lekarza przeprowadzającego sekcję zwłok może być jedynym środkiem dowodowym, który pozwoliłby na poczynienie pożądaných ustaleń faktycznych. Należy przy tym pamiętać, że decyzja o zwolnieniu z obowiązku zachowania tajemnicy lekarskiej

¹¹ Por. wyrok SA w Białymstoku z dnia 3 lutego 2015 r., sygn. II AKa 2/15, LEX nr 1651804; wyrok SA w Poznaniu z dnia 20 września 2012 r., sygn. II AKa 193/12, LEX nr 1307471; wyrok SA we Wrocławiu z dnia 4 maja 2017 r., sygn. II AKa 73/17, LEX nr 2317713.

¹² Por. postanowienie SA w Katowicach z dnia 8 lutego 2017 r., sygn. II AKz 66/17, LEX nr 2309508.

¹³ Por. postanowienie SA w Szczecinie z dnia 12 października 2011 r., sygn. II AKz 664/11, LEX nr 1102940.

nie może mieć na celu nadania śledztwu kierunku postępowania dowodowego. Musi natomiast prowadzić każdorazowo do udowodnienia w miarę dokładnie określonego faktu¹⁴.

Kolejnym problemem praktycznym jest właściwe sformułowanie wniosku o zwolnienie lekarza z tajemnicy zawodowej. W tym kontekście wymagane jest położenie szczególnej uwagi na to, aby zwolnienie z tajemnicy lekarskiej nie miało charakteru blankietowego. Niezbędnym jest bowiem rozważenie i osadzenie podjętej decyzji procesowej w realiach dowodowych rozpoznawanej sprawy. Powinna ona konkretyzować, którego pacjenta dotyczy, wskazywać okres leczenia (pobytu w szpitalu), do którego się odnosi, a także – jeżeli lekarz ma zeznawać w odniesieniu do treści zawartych w dokumentacji medycznej – zwolnienie powinno tę dokumentację precyzować¹⁵. Warto w tym miejscu podkreślić, że w orzekaniu o zwolnieniu z zachowania tajemnicy zawodowej lekarza chodzi o ujawnienie informacji i danych odnoszących się do badanych w ramach postępowania faktów. Blankietowe orzeczenie o zwolnieniu z tajemnicy lekarskiej stanowiłoby natomiast impli-cite upoważnienie organów śledczych do dowolnego uzupełnienia zakresu udzielonego zezwolenia, co w świetle wyjątkowego charakteru regulacji art. 180 § 2 k.p.k. byłoby niedopuszczalne¹⁶. W praktyce orzeczniczej niekiedy przestrzega się, że obowiązek zachowania tajemnicy zawodowej przez lekarza ma charakter bezwzględny, stąd wniosek prokuratora mający na celu uczynienie wyłomu w tej zasadzie nie może być traktowany jak zwykła formalność i ograniczać się, w większości do powtórzenia wyrażeń ustawowych i to jeszcze niekompletnych. Uzasadnienie takiego wniosku musi być uargumentowane, z odniesieniem do materiału dowodowego akt sprawy. Dopiero taki wniosek może być przedmiotem ocen ze strony sądu orzekającego, by wydana decyzja miała pełne oparcie zarówno w obowiązujących

¹⁴ Por. postanowienie SA w Katowicach z dnia 13 kwietnia 2011 r., sygn. II AKz 232/11, LEX nr 846506.

¹⁵ Dla porównania odnoszące się do zwolnienia z tajemnicy notarialnej i radcowskiej postanowienie SA w Krakowie z dnia 23 listopada 2016 r., sygn. II AKz 332/16, LEX nr 2287989 oraz postanowienie SA w Krakowie z dnia 23 maja 2012 r., sygn. II AKz 199/12, LEX nr 1216105.

¹⁶ Por. postanowienie SA w Krakowie z dnia 23 maja 2016 r., sygn. II AKz 138/16, LEX nr 2155397. Analogiczne stanowisko w postanowieniu z dnia 16 czerwca 2010 r. wyraził SA w Krakowie, sygn. II AKz 198/10, wskazując, że zachowanie tajemnicy zawodowej jest powinnością adwokata i innych osób wykonujących zawody objęte przepisem art. 180 § 2 k.p.k., zatem bez uzyskania zwolnienia z niej nie można wzywać tych osób, by składały zeznania, zaś osoby te nie mają prawa bez takiego zezwolenia dysponować swoją wiedzą potrzebną organom procesowym. Zdaniem Sądu zakres zwolnienia z tajemnicy zawodowej powinien być ściśle określony w orzeczeniu zwalniającym z tajemnicy przez wskazanie konkretnej sprawy bądź czynu oraz okoliczności, o których zwolniony może zeznawać. Gdyby tego nie było, zwolnienie było *carte blanche* dla dowolnego korzystania przez organy procesowe.

przepisach, jak i materiale dowodowym sprawy¹⁷. Powyższe wynika z faktu, że sąd, jako organ stojący na straży praworządności w demokratycznym państwie prawa, bacząc na okoliczność, że tajemnica lekarska stanowi istotę i esencję wykonywanego zawodu lekarza, musi być w takim wypadku gwarantem zachowania zarówno właściwej formuły procedowania, jak i merytorycznej zasadności wniosku prokuratora, zaś podjęta decyzja procesowa, zmierzająca do wyjątkowego wzruszenia zakazu dowodowego w imię dobra wymiaru sprawiedliwości, musi w swej logice uwzględniać istotę praw i wolności obywatelskich zawarowanych w Konstytucji¹⁸. Stwierdzenie, iż zeznania są niezbędne dla dobra wymiaru sprawiedliwości powinno być wykazane w uzasadnieniu postanowienia, które musi zawierać wskazanie, jakie fakty je uzasadniają i jakie z nich wynikają wnioski istotne dla podjętej decyzji. Nie może to być decyzja dyskrecyjna, bo podlega ona kontroli stron i nadzorowi instancyjnemu sądu odwoławczego¹⁹.

Zasadniczym celem przesłuchania lekarza w charakterze świadka (w szczególności w sprawach karnych o błędy medyczne) jest uzyskanie informacji, których nie da się wyprowadzić z dokumentacji medycznej pacjenta. Do takich należą m.in. przestrzeganie wewnętrznych procedur postępowania diagnostycznego i terapeutycznego, regulaminów i zarządzeń w sprawie postępowania operacyjnego i aseptyki, zapewnienie kompletności, wiarygodności i rzetelności dokumentów składających się na dokumentację medyczną, a także przestrzeganie przez personel medyczny dyscypliny pracy i podstawowych standardów leczenia pacjentów. Wiadomości przekazywane przez świadków mają zatem pomóc odtworzyć przebieg wydarzeń, począwszy od np. przyczyn skierowania lub przyjęcia pacjenta do szpitala, przez szczegóły opieki okołoperacyjnej, zachowanie pacjenta i zgłaszane przez niego problemy, skargi oraz prośby do personelu medycznego, względnie atmosferę panującą wśród zespołu operującego w trakcie zabiegu i tuż po nim. Zeznania powinny obejmować szczegóły wewnętrznych konsultacji lekarzy i pielęgniarek czynionych na bieżąco w trakcie wzmożonej resuscytacji lub reoperacji, a nie odnotowanych w dokumentach z uwagi na brak czasu. Świadek powinien wypowiedzieć się, jak zachowywał się przed, w trakcie i po krytycznym zabiegu operator lub asystenci (czy były dostrzegane odstępstwa od codziennego zachowania lekarzy), czy operator zgłaszał jakieś wątpliwości co do prawidłowości wdrożonego leczenia, czy i jakie polecenia wydawał zespołowi w trakcie zabiegu, jak można było oce-

¹⁷ Por. postanowienie SA w Katowicach z dnia 17 lutego 2016 r., sygn. II AKz 64/15, LEX nr 2100203.

¹⁸ Por. postanowienie SA w Szczecinie z dnia 29 października 2013 r., sygn. II AKz 303/13, LEX nr 1451899.

¹⁹ Por. postanowienie SA w Krakowie z dnia 13 grudnia 2011 r., sygn. II AKz 477/11, LEX nr 1147599.

nić jego współpracę z anestezjologiem, a także czy ktoś ingerował w decyzje operatora, tudzież czy konsultował z kimś swoje wątpliwości co do zaobserwowanego stanu klinicznego pacjenta. Te ostatnie informacje mają zasadnicze znaczenie z punktu widzenia prawidłowości wykonywania tzw. operacji zwiadowczych. Świadkowie powinni zeznać, czy w trakcie zabiegu ktoś z zespołu opuścił salę operacyjną i na nią wracał, a jeśli tak – z jakich przyczyn, jak również czy w trakcie leczenia pojawiały się naciski lub nalegania na przetransportowanie pacjenta do innego szpitala lub wezwanie do zabiegu dodatkowych specjalistów. Przesłuchanie lekarza może również dostarczyć organowi prowadzącemu postępowanie ważnych informacji na temat początków głównych dolegliwości, w związku z którymi pacjent otrzymał skierowanie do lekarza specjalisty, wcześniejszego przebiegu choroby (chronologii wydarzeń, długości przerw między nawrotami, okresowości, czasu trwania i częstotliwości objawów), nasilenia schorzenia, jego umiejscowienia (promieniowania bólu), czynników wywołujących i modyfikujących dolegliwości, objawów towarzyszących, dolegliwości ze strony innych narządów i układów, przebytych uprzednio chorób, istnienia chorób przewlekłych, przyjmowanych leków, szczepień, zleconych badań profilaktycznych, alergii i nietolerancji leków, a także chorób istniejących wśród członków rodziny (choroby zakaźne, genetyczne i nowotworowe)²⁰. Wyszczególnionych okoliczności w większości przypadków nie dałoby się ustalić na podstawie analizy dokumentacji medycznej, a zatem zachodziłyby podstawy do zwolnienia lekarza z tajemnicy lekarskiej na podstawie art. 180 § 2 k.p.k.

W praktyce prokuratorskiej pojawia się niekiedy potrzeba sięgnięcia po dokumentację medyczną, zawierającą informacje objęte tajemnicą lekarską. W tym przypadku uzasadnionym jest zastosowanie art. 226 k.p.k., zgodnie z którym w kwestii wykorzystania dokumentów zawierających informacje niejawnie lub tajemnicę zawodową, jako dowodów w postępowaniu karnym, stosuje się odpowiednio zakazy i ograniczenia określone w art. 178–181 k.p.k., niemniej jednak w postępowaniu przygotowawczym o wykorzystaniu, jako dowodów, dokumentów zawierających tajemnicę lekarską decyduje prokurator. Zauważyć należy, że niedopuszczalne jest w świetle obowiązujących zasad procesu karnego obejmowanie tą decyzją wszelkich dokumentów zawartych w zabezpieczonym zbiorze. Prokurator może to bowiem uczynić jedynie wobec tych dokumentów, które zawierają informacje dotyczące konkretnego przedmiotu objętego postępowaniem, to znaczy konkretnych faktów, które mają istotne znaczenie dla rozstrzygnięcia sprawy²¹. Prokurator prowadzący lub nadzorujący postępowanie przygotowawcze na ogół

²⁰ Szerzej na ten temat zob. D. Wąsik, *Mors in tabula* w teorii i praktyce śledczej, Bydgoszcz 2016, s. 277–280.

²¹ Por. postanowienie SA we Wrocławiu z dnia 4 listopada 2010 r., sygn. II AKz 588/10, LEX nr 621274.

nie ma wiedzy co do zawartości dokumentacji medycznej sporządzanej dla określonego pacjenta. Z tego względu – z przyczyn praktycznych – postanowienie w przedmiocie żądania wydania rzeczy, wskazujące wyłącznie ogólny zbiór dokumentacji medycznej danego pacjenta, nie powinno być traktowane jako błąd. Istotne jest, aby prokurator możliwie najbardziej precyzyjnie przedstawił okres sporządzenia dokumentacji (ma to znaczenie w przypadku, w którym pacjent był uprzednio kilkakrotnie hospitalizowany, a okoliczność wcześniejszego leczenia nie ma znaczenia z punktu widzenia celów postępowania). W sytuacji, w której po przeanalizowaniu doręczonej prokuratorowi dokumentacji ten dostrzeże brak określonych materiałów, wydając kolejne postanowienie w tym przedmiocie, powinien jednak skonkretyzować, jakiego rodzaju dokumentacji medycznej żąda²².

Inny problem może wyniknąć na gruncie stosowania art. 199 k.p.k., zgodnie z którym złożone wobec biegłego albo wobec lekarza udzielającego pomocy medycznej oświadczenia oskarżonego, dotyczące zarzucanego mu czynu, nie mogą stanowić dowodu. Wskazany przepis obejmuje zakazem dowodowym wszelkie oświadczenia oskarżonego składane wobec lekarza udzielającego pomocy medycznej, dotyczące zarzucanego mu czynu, a więc niezależnie od ich treści. Wskazać trzeba, że w tym zakresie lekarz nie może zostać zwolniony z tajemnicy lekarskiej na podstawie art. 180 § 2 k.p.k., gdyż art. 199 k.p.k. stanowi *lex specialis*. Co ciekawe, według powszechnie akceptowanego w doktrynie poglądu, wskazana reguła dotyczy także oświadczeń złożonych przed ogłoszeniem sprawy zarzutów²³. Cel cytowanego art. 199 k.p.k. sprowadza się tu do niedopuszczalności wykorzystywania jako dowodu wcześniejszych oświadczeń oskarżonego złożonych w warunkach specyficznych wobec szczególnego rodzaju osób w sytuacjach, w których szczerłość staje się naturalną koniecznością. Warto przy tym odnotować, że art. 199 k.p.k. nie chroni wypowiedzi osoby oskarżonej złożone wobec lekarza udzielającego pomocy medycznej nie samemu sprawcy, lecz pokrzywdzonemu. Taki pogląd, wyrażany niekiedy w judykaturze, jest nieuprawniony i stanowi wyraz rozszerzającej wykładni zakazu dowodowego, wyrażonego w sposób jasny i precyzyjny w art. 199 k.p.k. Reguła określona w art. 199 k.p.k. nie stoi na przeszkodzie przesłuchaniu w charakterze świadka lekarza, który na miejscu zdarzenia udzielał pomocy medycznej pokrzywdzonemu lub innym osobom. Inną kwestią pozostanie jednak problem

²² W tej kwestii zob. D. Wąsik, Tajemnica lekarska w postępowaniu karnym, Rzeczpospolita z dnia 14 października 2017 r. Źródło: <http://www.rp.pl/Lekarze-i-pielegniarki/310119975-Tajemnica-lekarska-w-postepowaniu.html>

²³ Por. wyrok SN z dnia 24 stycznia 2008 r., sygn. V KK 230/07, LEX nr 359261; wyrok SA w Krakowie z dnia 29 września 2006 r., sygn. II AKa 45/06, KZS 2006, nr 4, poz. 34; wyrok SA w Krakowie z dnia 14 sierpnia 2003 r., sygn. II AKa 179/03, KZS 2003, nr 9, poz. 23.

przydatności takiego dowodu dla rozstrzygnięcia sprawy, która powinna być rozstrzygnięta przez sąd na podstawie art. 170 § 1 pkt 2–5 k.p.k.²⁴

4. Podsumowanie

Czynności procesowe związane z uchylaniem tajemnicy lekarskiej i przesłuchaniem lekarzy w charakterze świadków w praktyce niejednokrotnie sprawiają problemy. W szczególności należy zwrócić uwagę na kwestię doprecyzowania zakresu wiedzy lekarza, która miałaby być ujawniona w trakcie jego przesłuchania w charakterze świadka. Przede wszystkim wniosek z art. 180 § 2 k.p.k. nie powinien być składany w sposób rutynowy, niejako „na wszelki wypadek”, gdy lekarz wykazuje chęć złożenia zeznań i ujawnia pewne okoliczności nie zasłaniając się tajemnicą zawodową. Potrzeba wystąpienia z wymienionym wnioskiem powstaje zatem – co do zasady – po pierwszym przesłuchaniu świadka. Absolutnie niedopuszczalnym jest tzw. blankietowe zwolnienie lekarza z wiążącej go tajemnicy zawodowej, prowadziłoby to bowiem do podważenia istoty prawa pacjenta do poufności danych związanych z jego leczeniem. Zarówno wniosek prokuratury o zwolnienie świadka z zachowania tajemnicy lekarskiej, jak i ewentualne postanowienie sądu uwzględniające żądanie oskarżyciela publicznego powinny precyzować, na jakie okoliczności świadek miałby zeznawać, w odniesieniu do jakich faktów i ustaleń. Takiego poziomu szczegółowości nie wymaga się przy sporządzaniu postanowienia o żądaniu wydania rzeczy – dokumentacji medycznej, albowiem na etapie sprawy wiedza organów na temat przebiegu leczenia pacjenta na ogół jest ograniczona. Podkreślić należy przy tym, że wniosek o zwolnienie z tajemnicy lekarskiej nie może zmierzać do pozyskania danych ukierunkowujących śledztwo czy dochodzenie. Z instytucji określonej w art. 180 § 2 k.p.k. należy więc korzystać w sposób rozważny i traktować ją na zasadzie *ultima ratio* na takim etapie postępowania karnego, w którym prokurator ma już skonkretyzowany plan czynności dowodowych, zapoznał się z materiałem dowodowym w postaci chociażby dokumentacji medycznej i potrafi sformułować do świadka pytania doprecyzowujące lub uzupełniające ustalenia faktyczne. O trafności tego poglądu przekonuje konstrukcja art. 180 § 2 k.p.k., wymagająca by zwolnienie z tajemnicy lekarskiej podyktowane było dobrem wymiaru sprawiedliwości i niemożnością pozyskania określonych informacji i danych na podstawie innych dowodów.

²⁴ Por. postanowienie SN z dnia 28 czerwca 2012 r., sygn. III KK 366/11, LEX nr 1223804.

Medical privacy in criminal proceedings

Abstract

This paper presents the key assumptions about, and the scope of medical privacy, gives an insight into the structure of Article 180, § 2 of the Polish Code of Criminal Procedure, and lists the most common problems associated with the release from the duty of medical professional secrecy. In addition, it tries to identify possible practical solutions for issues emerging in medical privacy. Sources used in this writing include literature and current judicial decisions, as well as the professional practice and research experience of the author.

GLOSY

Marek Kulik

Glosa do wyroku Trybunału Konstytucyjnego z dnia 20 kwietnia 2017 r., sygn. SK 3/16¹

Streszczenie

Autor krytycznie ocenia pogląd wyrażony przez Trybunał Konstytucyjny w wyroku z dnia 20 kwietnia 2017 r., sygn. SK 3/16, że art. 101 § 2 Kodeksu karnego w zakresie, w jakim stanowi, że karalność przestępstwa znieważenia, ściganego z oskarżenia prywatnego, ustaje z upływem roku od czasu, gdy pokrzywdzony dowiedział się o osobie sprawcy, jest zgodny z art. 47 w związku z art. 45 ust. 1 i art. 77 ust. 2 Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej. Ukształtowanie terminu przedawnienia karalności przestępstw ściganych z oskarżenia prywatnego ocenia jako arbitralne, a co za tym idzie, niezgodne z art. 2 Konstytucji RP. Glosowany wyrok ocenia jako nietrafny i niewystarczająco uzasadniony.

Art. 101 § 2 ustawy z dnia 6 czerwca 1997 r. – Kodeks karny (Dz. U. z 2016 r., poz. 1137, ze zm.) w zakresie, w jakim stanowi, że karalność przestępstwa znieważenia, ściganego z oskarżenia prywatnego, ustaje z upływem roku od czasu, gdy pokrzywdzony dowiedział się o osobie sprawcy, jest zgodny z art. 47 w związku z art. 45 ust. 1 i art. 77 ust. 2 Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej.

Trybunał Konstytucyjny rozstrzygał kwestię konstytucyjności art. 101 § 2 k.k. na tle stanu faktycznego, w którym pokrzywdzony przestępstwem ściga-

¹ OTK ZU A 2017, poz. 32.

nym z oskarżenia prywatnego nie złożył prywatnego aktu oskarżenia w czasie biegu terminu przedawnienia karalności, a wynikało to z ciężkiej choroby. W ocenie skarżącego art. 101 § 2 k.k. jest niekonstytucyjny, gdyż nie przewiduje okoliczności usprawiedliwiających przekroczenie terminu i skutkujących spoczywaniem jego biegu. Skarżący podkreślił, że krótki termin przedawnienia wskazany w art. 101 § 2 k.k. kontrastuje zarówno z uprawnieniami karnoprocesowymi, jak i z wynikającym z art. 118 k.c. 10-letnim terminem przedawnienia roszczenia o ochronę dóbr osobistych.

Zagadnienie konstytucyjności art. 101 § 2 k.k. było już przedmiotem rozstrzygnięcia TK w wyroku z dnia 23 maja 2005 r., sygn. SK 44/04², w którym uznano, że przepis ten jest zgodny z Konstytucją RP, niemniej – jak zauważono w uzasadnieniu glosowanego wyroku – zakres kontroli konstytucyjnej w sprawie, w której zapadł wyrok z dnia 23 maja 2005 r. i w sprawie, w której zapadł glosowany wyrok, były różne.

Kwestią istotną dla możliwości procedowania w sprawie było to, czy w grę wchodzi ocena zwykłego zaniechania legislacyjnego, czy pominięcia ustawodawczego, czyli sytuacji, w której brak jakiegoś unormowania w danym akcie normatywnym sprawia, że może on budzić wątpliwości konstytucyjne. TK przyjął, że co prawda w sprawie chodzi co do zasady o zaniechanie legislacyjne, jednak oceniając to zagadnienie uznał za konieczne przeanalizowanie kwestii pod kątem pominięcia ustawodawczego, a zatem zbadanie, czy roczny termin przedawnienia karalności ściganego z oskarżenia prywatnego występku znieważenia (art. 216 k.k.) nie narusza konstytucyjnego standardu dochodzenia na drodze sądowej ochrony czci i dobrego imienia. Pominięcie ustawodawcze jest naruszeniem Konstytucji, w przeciwieństwie do zaniechania legislacyjnego. Zatem stwierdzenie, które z nich zachodzi, wymaga przeprowadzania badania stosunku danej regulacji do wzorca konstytucyjnego.

Za wzorzec ten TK uznał art. 47 Konstytucji, który gwarantuje ochronę prawną życia prywatnego, rodzinnego, czci i dobrego imienia, co wynikało z okoliczności, że w analizowanej sprawie w grę wchodziło przestępstwo znieważenia. Z powodów proceduralnych nie poddano analizie zgodności art. 101 § 2 k.k. z art. 2 Konstytucji, stwierdzając, że skarżący nie wskazał na naruszenie żadnej z wyprowadzanych z niego norm, a nadto, że przepis ten, statuując zasady ustrojowe, nie wyraża samodzielnie żadnej konstytucyjnej wolności ani prawa, co eliminuje go co do zasady, jako autonomiczny wzorzec kontroli w postępowaniu wszczętym na podstawie skargi konstytucyjnej. Można mieć pewne wątpliwości co do takiego postawienia sprawy. Z przepisu tego wyprowadza się szereg zasad szczegółowych, przede wszystkim zasadę ochrony praw nabytych i ochrony zaufania obywateli do

² OTK ZU 2005, nr 5/A, poz. 52.

państwa. Być może spojrzenie na przedawnienie karalności przez pryzmat zasady ochrony zaufania mogłoby ukazać je w odmiennej perspektywie i szkoda, że w analizowanej sprawie nie nastąpiło. Przede wszystkim sprawiłoby, że Trybunał analizowałby inne zagadnienie. Przedmiotem procesu nie byłaby zgodność z art. 47 Konstytucji (statuującym prawo do prywatności) art. 101 § 2 k.k. w zakresie przedawnienia karalności jednego występku przeciwko czci, lecz zgodność z art. 2 Konstytucji w zakresie, w jakim przepis ten statuuje zasadę ochrony zaufania przepisu art. 101 § 2 k.k. w całości.

Inne istotne kwestie z zakresu ustalenia wzorca konstytucyjnego TK tylko skrótowo porusza w tej części uzasadnienia, w której wskazuje na nieistnienie w Konstytucji prawa do przedawnienia. TK nie jest skłonny ani do rewizji, ani nawet do szczegółowego przedstawienia dotychczas przyjmowanego, a właściwie nigdy spójnie nie uzasadnionego poglądu, że nie istnieje prawo do przedawnienia. TK wskazuje tylko, że w Konstytucji brak wprost wyrażonej zasady, że karalność przestępstw i wykonanie kary ulegają przedawnieniu. W szczególności nie wynika ono zdaniem TK z art. 43 i 44 Konstytucji, gdzie pojawia się, jak to określa TK, „pojęcie przedawnienia”³. Trybunał stwierdza nadto, że „na gruncie prawa karnego instytucja przedawnienia przez swoją powszechność jest elementem normy prawa karnego i traktowana jest jako element pewnej polityki karnej, a nie konstytucyjnie chronione prawo obywatela”⁴. Wypowiedzi te odnoszą się do przedawnienia w ogóle, a nie przedawnienia karalności przestępstwa prywatnoskargowego⁵. Należy jednak uznać – słusznie wskazuje się na to w uzasadnieniu głosowanego wyroku – że ma to znaczenie także dla oceny analizowanego przypadku. TK powołuje akceptująco własny pogląd wyrażony w wyroku z dnia 9 czerwca 2012 r., sygn. P 41/10⁶, że jakkolwiek ustrojodawca nie definiuje ani nie ustala wyraźnie, na czym przedawnienie ma polegać, to uwzględnia jego obecność w systemie prawa. Z poglądu tego Trybunał wywodzi oczywisty wniosek, że ukształtowanie przedawnienia rzutuje na sytuację pokrzywdzonego⁷, a także kolejny, że z braku konstytucyjnego prawa do przedawnienia

³ W tym zakresie jest to powtórzenie stanowiska wyrażonego w wyroku TK z dnia 25 maja 2004 r., sygn. SK 44/03, OTK ZU 2004, nr 5/A, poz. 46.

⁴ To często spotykane w orzecznictwie TK, ale także i w doktrynie, sformułowanie, wywodzi się z wyroku TK z 23 maja 2005 r., sygn. SK 44/04, OTK ZU 2005, nr 5/A, poz. 52. Do poglądu tego nawiązano nie tylko w głosowanym wyroku, ale także w wyrokach z dnia 15 października 2008 r., sygn. P 32/06, OTK ZU 2008, nr 8/A, poz. 138; z dnia 13 października 2009 r., sygn. P 4/08, OTK ZU 2009, nr 9/A, poz. 133.

⁵ Zwraca uwagę, że powołane orzeczenia dotyczą przedawnienia bez dalszych dookreśleń, a zwarte w nich tezy brzmią tak, jakby odnosiły się wyłącznie do przedawnienia karalności. Właściwie brak jest w powoływanych orzeczeniach odniesień uwzględniających specyfikę przedawnienia wykonania kary.

⁶ OTK ZU 2012, nr 6/A, poz. 65.

⁷ Zresztą na gruncie przestępstw prywatnoskargowych ma to szczególne znaczenie, skoro to pokrzywdzony jest oskarżycielem.

wynika zarówno brak konstytucyjnych podstaw do jakichś oczekiwań w odniesieniu do długości terminu przedawnienia, jak brak takich podstaw w odniesieniu do okoliczności prowadzących do zawieszenia biegu tegoż terminu.

Tak oczyściwszy przedpole rozważań TK w zasadzie zwalnia się z dalszej analizy. Dla rozstrzygnięcia sprawy konieczne jest bowiem jeszcze tylko stwierdzenie, czy swoboda dana w danym wypadku ustawodawcy nie jest realizowana arbitralnie, a zatem czy respektowane są pewne minimalne reguły. O regułach tych TK słusznie pisze w uzasadnieniu glosowanego wyroku, że ustawodawca powinien respektować gwarancje „zakorzenione z jednej strony w zasadzie państwa prawnego (w szczególności w zakazie arbitralnego traktowania jednostek), z drugiej zaś w potrzebie ochrony wolności i praw obywateli”⁸. Wydaje się, że właśnie w tym miejscu tkwią podstawowe problemy prawne wynikające z analizowanej sprawy. Dlatego dziwi, że stwierdzenie, iż w analizowanej sprawie nie ma ryzyka arbitralności przychodzi Trybunałowi niezwykle łatwo i jest poparte zaledwie kilkoma mało pogłębionymi zdaniem, zresztą w znacznej mierze powtórzonymi za uzasadnieniem stanowiska przedstawionego w sprawie przez Marszałka Sejmu. TK stwierdza zatem, że „roczny termin przedawnienia pozwala uniknąć trudności dowodowych, zwiększających ryzyko wydania nieprawidłowego orzeczenia, przeciwdziała wypadkom nadużywania oskarżenia prywatnego, kiedy to osoba znieważona dochodzi odpowiedzialności sprawcy nie z powodu doznanej krzywdy, lecz w innym celu oraz może przyczynić się do ukrócenia zjawiska pieniactwa sądowego. Nie bez znaczenia jest wreszcie (...) problem kolizji interesów pokrzywdzonego dochodzącego ochrony sądowej z sytuacją (domniemanego) sprawcy przestępstwa, który nie powinien stale pozostawać w niepewności co do perspektywy uruchomienia jego odpowiedzialności karnej”. Dodaje nadto, iż „jakkolwiek popełnienie przestępstwa ściganego z oskarżenia prywatnego jest zachowaniem nagannym indywidualnie (z punktu widzenia pokrzywdzonego), a także społecznie, konstytucyjny wymóg stabilizacji stosunków społecznych wymaga, by w pewnym momencie sprawca był »wolny od ścigania karnego«”. Stwierdza wreszcie, że w perspektywie historycznej obecnie obowiązujący termin przedawnienia karalności przestępstw prywatnoskargowych⁹ jest dla pokrzywdzonego najkorzystniejszy, gdyż jest najdłuższy.

⁸ Uzasadnienie glosowanego wyroku.

⁹ Nazwany zresztą przez TK w uzasadnieniu glosowanego wyroku „przedawnieniem przestępstw prywatnoskargowych”, co rodzi obawę, że TK nie rozróżnia rodzajów przedawnienia, a także że nie ma świadomości, co właściwie ulega przedawnieniu. Jest to wysoce niefortunna okoliczność, gdyż istotną cechą obecnej regulacji, która różni ją np. od regulacji na gruncie ustawy z dnia 2 grudnia 1960 r. o sprawach z oskarżenia prywatnego (Dz. U. Nr 54, poz. 308), jest to, że przedawnieniu podlega karalność przestępstwa, a nie jego ściganie. Tymczasem akcentowanie w wypowiedzi TK, że chodzi nie o sprawcę, a o domniemanego sprawcę wyraźnie wskazuje, że TK nie ma świadomości, że przedawnienie nie dotyczy ści-

O ile zagadnienie istnienia lub nieistnienia w Konstytucji prawa do przedawnienia może być różnie postrzegane, o tyle kwestia arbitralności rozstrzygnięcia ustawodawcy w zakresie ukształtowania przedawnienia karalności przestępstw ściganych z oskarżenia prywatnego da się chyba ustalić jednoznacznie. Jest ona zresztą podstawowa dla oceny głosowanego wyroku. Rozstrzygnięcie tego zagadnienia ma wartość dla oceny konstytucyjności art. 101 § 2 k.k. zarówno przy założeniu, że konstytucyjne prawo do przedawnienia nie istnieje, jak przy założeniu, że prawo takie istnieje. W pierwszym wypadku jest to kwestia oceny, czy pozostając w ramach uprawnienia do swobodnego kształtowania przedawnienia ustawodawca nie zachowuje się arbitralnie, a zatem niezgodnie z art. 2 Konstytucji. W drugim wypadku – czyli przy założeniu, że istnieje konstytucyjne prawo do przedawnienia – ocena, o której mowa, rzutowałaby na ocenę dopuszczalności ograniczenia tego prawa przez ustawę. Kwestia oceny rozstrzygnięcia ustawowego pod kątem jego ewentualnej arbitralności jest najistotniejsza. Jednak oprócz niej warto raz jeszcze spojrzeć na przyjmowane od lat w orzecznictwie TK, a nigdy właściwie nie uzasadnione jurydycznie stwierdzenie o nieistnieniu prawa do przedawnienia.

Odnosząc się do zagadnienia sposobu ukształtowania przez ustawodawcę przedawnienia karalności przestępstw prywatnoskargowych należy podkreślić, że żaden z argumentów zaprezentowanych przez TK nie zadowala.

Pierwszym z nich jest взгляд na trudności dowodowe. Rzeczywiście – zwłaszcza w starszej literaturze – uzasadniano samo istnienie przedawnienia względami dowodowymi¹⁰. Jednak uzasadnienie takie nie zadowala ani na gruncie przedawnienia w ogóle, ani przedawnienia karalności, ani – tym bardziej – przedawnienia karalności przestępstwa ściganego z oskarżenia prywatnego. Pogląd ten, powołany przez TK, zasadza się na założeniu, że z upływem czasu dowody zanikają, co powoduje niebezpieczeństwo wyda-

gania domniemanego przestępcy, ale braku możliwości pociągnięcia do odpowiedzialności za rzeczywiście popełnione przestępstwo. Nie jest to zatem przypadek, w którym uwalnia się od ścigania kogoś, kto mógł popełnić przestępstwo, ale przypadek, kiedy nie karze się za zachowanie, które jest przestępstwem. Sam argument o tym, że współcześnie termin ten jest najdłuższy w ogóle jest mało wartościowy, jeżeli pamiętać, że w k.p.k. z 1928 r., na gruncie którego funkcjonowała ustawa z dnia 2 grudnia 1960 r., przedawnienie miało postać przedawnienia ścigania i było instytucją procesową.

¹⁰ Szczegółową prezentację tej teorii, połączoną z jej krytyką, zob. w: K. Marszał, Uzasadnienie przedawnienia w teorii prawa karnego, PiP 1964, nr 11, s. 737–738; M. Kulik, Przedawnienie karalności i przedawnienie wykonania kary w polskim prawie karnym, Warszawa 2014, s. 37–44. W nowszej literaturze element ten akcentują m.in. L. Gardocki (Prawo karne, Warszawa 2009, s. 210); T. Taras (Ustawa o sprawach z oskarżenia prywatnego z dnia 2 grudnia 1960 r., jej założenia i wykładnia. Annales UMCS. Sectio G. lus, 1962, vol. IX, s. 283) i A. Gabriele (Leksykon polskiej procedury karnej, Gdańsk 2004, s. 225). Por. też K. Banasik, Przedawnienie w prawie karnym w systemie kontynentalnym i anglosaskim, Warszawa 2013, s. 98–99.

nia orzeczenia opartego na wadliwych ustaleniach faktycznych. Prawdą jest, że z upływem czasu dowody zanikają¹¹. Jednak czy w sprawach o przestępstwa karane surowiej dowody zawsze zanikają wolniej, niż w sprawach o przestępstwa karane łagodniej? Tak właśnie należałoby przyjąć, skoro długość terminów przedawnienia karalności uzależniona jest od ustawowego zagrożenia karą¹². Nawet jeżeli przyjąć, że rzeczywiście w sprawach o poważniejsze przestępstwa dowody zanikają wolniej, niż w sprawach o przestępstwa drobniejsze, co wydaje się założeniem nieco ryzykownym, należy pamiętać o dwóch kwestiach. Po pierwsze – przedawnienie karalności następuje nie tylko wtedy, gdy dowodów nie ma, ale także wtedy, kiedy istnieją i są należycie zabezpieczone¹³. Po drugie – i ma to szczególne znaczenie na gruncie analizowanej sprawy – w wypadku przestępstw prywatnoskargowych termin przedawnienia jest tak krótki, że zatarcie dowodów i pamięci o zdarzeniu jest mało prawdopodobne¹⁴. Powołanie koncepcji zaniku dowodów w głosowanym wyroku jest zatem podwójnie nieuzasadnione – raz dlatego, że jest ona w ogóle dyskusyjna, dwa, że zupełnie nie przystaje do przestępstw prywatnoskargowych.

¹¹ M. Cieślak, Zagadnienia dowodowe w procesie karnym, Warszawa 1955, t. I, s. 92.

¹² Por. K. Marszał, Uzasadnienie..., s. 742. R. Koper, K. Sychta, J. Zagrodnik, Karnomaterialne aspekty instytucji przedawnienia (zagadnienia wybrane), (w:) Z. Cwiąkałski, G. Artymiak (red.), Współzależność prawa karnego materialnego i procesowego, Warszawa 2009, s. 196–197; K. Banasik, *op. cit.*, s. 99; A. Sakowicz, (w:) M. Królikowski, R. Zawłocki (red.), Kodeks karny. Część ogólna, Warszawa 2010, t. I, s. 787.

¹³ Zresztą założenie o umocowaniu przedawnienia karalności we względach dowodowych podważa w gruncie rzeczy sens jego istnienia. Przecież gdyby brakowało dowodów, a przedawnienie nie nastąpiło, skazanie i tak nie może nastąpić z powodów dowodowych.

¹⁴ M. Kulik, Przedawnienie karalności i..., s. 39. Dawno temu T. Taras wyraził pogląd, że wspomnienie o przestępstwie prywatnoskargowym zaciera się szybciej, niż o innych, dlatego krótszy termin jest uzasadniony. T. Taras, *op. cit.*, s. 283. Stwierdzenie to jest jednak tylko częściowo słuszne. Po pierwsze tłumaczy (i to wysoce niedoskonale) trzyletni termin przedawnienia karalności biegnący od czasu popełnienia czynu lub wystąpienia skutku. Nie tłumaczy natomiast, czemu wprowadzony został drugi, jeszcze krótszy termin, którego początek ustalono na czas, kiedy pokrzywdzony dowiedział się o osobie sprawcy. Skoro bowiem pokrzywdzony odkrył sprawcę zdarzenia, można założyć, że przynajmniej on o zdarzeniu pamięta. Co więcej – może być i tak, że z uwagi na charakter naruszonego dobra, pamięć o zdarzeniu zaciera się wręcz wolniej, niż w wypadku innych czynów zabronionych. Dużo zależy od indywidualnych cech pokrzywdzonego i jego środowiska. W wypadku niektórych osób i środowisk pamięć o np. znieważeniu trwa dłużej, niż o innych przestępstwach. Trudno chyba czynić pokrzywdzonemu zarzut z tego, że dba o swe dobre imię i godność osobistą i traktuje poważnie ich naruszenie. Nie wydaje się, aby dobra te można było lekceważyć. Jeżeli zaś pokrzywdzony i jego środowisko są wyczuleni na punkcie godności osobistej, pamięć o zdarzeniu naruszającym ją może być długotrwała. Zob. M. Kulik, Przedawnienie karalności i..., s. 236 i n. Ponadto może być też tak, że zdarzenie – np. znieważenie pismem, czy przy użyciu środków masowego komunikowania – będzie utrwalone, pewne, i – co za tym idzie – całkowicie pewne dowodowo – a przedawnienie mimo to nastąpi. Wskazany argument jest zatem mało wartościowy.

Niewiele lepszy jest drugi z powołanych przez TK argumentów. Trybunał twierdzi, że roczny termin przedawnienia karalności przeciwdziała wypadkom nadużywania oskarżenia prywatnego, kiedy to osoba znieważona dochodzi odpowiedzialności sprawcy nie z powodu doznanej krzywdy, lecz w innym celu. Także i on pojawiał się w dawniejszej literaturze przedmiotu. T. Taras stwierdza, że reakcja pokrzywdzonego na obrazę słowną czy czynną powinna nastąpić natychmiast. Pokrzywdzony, który zwleka z dochodzeniem sprawiedliwości nie jest wiarygodny. Jego zachowanie dowodzi, że albo obrazy w ogóle nie było, albo że nie chce on na nią z różnych względów reagować. Wniesienie skargi po upływie dłuższego czasu może nastąpić z pobudek, które nie mają nic wspólnego z przestępstwem¹⁵. W gruncie rzeczy chodzi zatem o to, by sprawca nie pozostawał zbyt długo w stanie zależności od pokrzywdzonego, który dysponuje prawem do zainicjowania postępowania¹⁶. TK wydaje się podzielać ten punkt widzenia. Zapewne względem ten nie jest zupełnie pozbawiony wartości, jednak należy pamiętać, że takie stawianie sprawy jest przejawem braku zaufania ustawodawcy do obywateli, w dodatku pokrzywdzonych. Można odnieść wrażenie, że u podłoża takiego rozumienia problemu leży przekonanie, iż to nie pokrzywdzony jest właściwą osobą do zdecydowania, czy stała mu się krzywda, czy nie, i należy w związku z tym czym prędzej przekazać decyzję w tej sprawie organowi państwowemu. Wszelka zwłoka w tej mierze stawia pokrzywdzonego w podejrzeniu o machinacje zmierzające do nieuzasadnionego skrzywdzenia sprawcy¹⁷.

Jest to współcześnie wątpliwe założenie. W szczególności nie wydaje się godne podzielenia stanowisko, zgodnie z którym reakcja pokrzywdzonego winna nastąpić natychmiast, gdyż brak jej dowodzi, że pokrzywdzenia nie było, a pokrzywdzony chce ścigania sprawcy z powodów innych, niż doznała krzywda. W pewnych sytuacjach pokrzywdzony może nie reagować natychmiast na prawdziwą zniewagę. Może być zainteresowany polubownym załatwieniem sprawy, np. uzyskaniem przeprosin, a dopiero w ich braku skłonny jest wnieść skargę prywatną¹⁸. Może uzależniać od zachowania

¹⁵ T. Taras, *op. cit.*, s. 283. Podobnie A. Gimbut, (w:) T. Bojarski (red.), *Prawo karne*, Lublin 1994, s. 293; K. Buchała, A. Zoll, *Polskie prawo karne*, Warszawa 1995, s. 479 (stwierdzając, że chodzi o to, by pokrzywdzony skarżył sprawcę z powodu doznanej krzywdy, a nie z jakiegoś innego); J. Makarewicz, *Prawo karne ogólne*, Lwów–Warszawa 1919, s. 66; J. Bafia, *Polityka karania przestępstw ściganych na skutek skargi pokrzywdzonego*, Warszawa 1968, s. 9 (stwierdzając, że krótki termin przedawnienia zapobiega nadużyciu prawa do skargi).

¹⁶ R. Koper, K. Sychta, J. Zagrodnik, *Kamomaterialne...*, s. 205. Podobnie K. Banasik, *op. cit.*, s. 167.

¹⁷ M. Kulik, *Przedawnienie karalności i...*, s. 237.

¹⁸ M. Kulik, *Przedawnienie karalności i...*, s. 239. Por. M. Kulik, *Przedawnienie karalności przestępstw ściganych z oskarżenia prywatnego*, *Prok. i Pr.* 2013, nr 7–8, s. 140.

sprawcy to, czy wniesie oskarżenie, czy nie. Czy rzeczywiście postawa taka jest naganna, a jeżeli tak, to czy na tyle, by traktować pokrzywdzonego nieufnie i dyscyplinować go krótkim terminem przedawnienia karalności? Taki pogląd przystawał może do realiów paternalistycznych regulacji prawa lat sześćdziesiątych, jednak współcześnie wydaje się anachronizmem¹⁹.

Może być i tak, że pokrzywdzony nie chce prowadzenia postępowania karnego, zakładając, że wiąże się ono i dla niego – jako pokrzywdzonego i świadka w jednej osobie – z pewnymi niedogodnościami. Być może nie powinno tak być, jednak jeżeli jest, trudno czynić z tego pokrzywdzonemu zarzut²⁰. Wreszcie – co należy postrzegać w kategorii pewnego paradoksu – istnienie rocznego terminu przedawnienia karalności może wygenerować zaognienie konfliktu między nimi. Skoro termin przedawnienia jest krótki, pokrzywdzony musi szybko decydować się na złożenie prywatnego aktu oskarżenia, nawet, gdyby możliwe byłoby polubowne rozstrzygnięcie sprawy²¹. Współcześnie w prawie karnym pojawiają się instytucje takie, jak mediacja, które stosuje się także w sprawach o przestępstwa publicznoskargowe, nastawione na likwidację konfliktu między pokrzywdzonym i sprawcą. Skoro tak, musi dziwić utrzymywanie krótkiego terminu, wymuszającego szybkie skierowanie sprawy do sądu, gdzie – co prawda nastąpi posiedzenie pojednawcze – ale gdzie nie będzie już możliwe zlikwidowanie konfliktu metodami pozaprawnymi, co oznacza, że konflikt ów dozna najpewniej eskalacji.

Za bardzo słaby należy uznać trzeci argument, odnoszący się do konieczności zapobiegania pieniactwu procesowemu²². Jeżeli sprawca dopuścił się przestępstwa, o które skarży go pokrzywdzony, skarga nie jest przejawem pieniactwa, ale woli dochodzenia sprawiedliwości. Skoro ustawodawca zabronił czynu pod groźbą kary, dążenie do ukarania sprawcy nie jest pieniactwem²³. Pieniactwem byłaby skarga niezasadna²⁴, jednak – przypomnijmy – przedawnieniu ulega karalność przestępstw, a zatem ma ono miej-

¹⁹ M. Kulik, Przedawnienie karalności i..., s. 239.

²⁰ Tamże.

²¹ Tamże; M. Kulik, Przedawnienie karalności przestępstw..., s. 140.

²² Choć – trzeba to przyznać – w piśmiennictwie niekiedy przywiązuje się do tego argumentu dużą wagę. R. Koper, K. Sychta, J. Zagrodnik, Karnomaterialne..., s. 205; K. Banasik, *op. cit.*, s. 167. Zwraca uwagę stwierdzenie K. Banasik, która cały analizowany tu problem kwituje następująco: „Pamiętając o naturze przedmiotowych przestępstw i najczęstszych okolicznościach ich popełniania (spory sąsiedzkie, kłótnie koleżeńskie) z poglądem tym trzeba się zgodzić”.

²³ Inną sprawą jest to, jak organy wymiaru sprawiedliwości traktują takie dążenia. Jeżeli oceniają skargę jako przejaw pieniactwa nawet, gdy jest zasadna, nie jest to problem pieniactwa, tylko niewłaściwej postawy organu procesowego. M. Kulik, Przedawnienie karalności przestępstw..., s. 141 i n.; tenże, Przedawnienie karalności i..., s. 240.

²⁴ Za pieniactwo uznać należy w szczególności skargę obiektywnie niezasadną, która w subiektywnym odczuciu pokrzywdzonego jest zasadna. Jednak jest to kwestia ustaleń w sprawie, a nie problem przedawnienia.

sce także, a właściwie – przede wszystkim²⁵ – w sytuacji, kiedy ewentualna skarga byłaby zasadna. Niewątpliwie jest pieniactwem procesowym sytuacja, w której dana osoba uruchamia postępowanie karne pozostając w przekonaniu, że została pokrzywdzona, gdy w istocie nie doszło do pokrzywdzenia, gdyż nie zostały wyczerpane ustawowe znamiona czynu. Jednak staje się to wiadome dopiero po przeprowadzeniu postępowania dowodowego. Zatem to, czy dana osoba jest piniaczem procesowym czy nie, staje się wiadomym dopiero po przeprowadzeniu postępowania dowodowego, co upływ terminu przedawnienia karalności czyni niemożliwym. W takich wypadkach zwykle nie wiadomo zatem, czy skarga była przejawem pieniactwa czy nie. Upływ terminu zamyka drogę postępowania nie tylko piniaczom, lecz także rzeczywiście pokrzywdzonym, których zachowanie nie wykazuje cech pieniactwa, a którzy z różnych powodów długo nie mogli zdecydować się na złożenie prywatnego aktu oskarżenia. Nie wydaje się uzasadnione domniemanie, że powody, o których mowa, zasługują z samej swej istoty na negatywną ocenę. Można wręcz przypuszczać, że art. 101 § 2 k.k. godzi przede wszystkim w tych pokrzywdzonych, którzy nie są piniaczami procesowymi. Piniacze zwykle mają doświadczenie w występowaniu przed sądem i potrafią złożyć prywatny akt oskarżenia, dotrzymując terminu rocznego. To raczej ci, dla których miałyby to być pierwsza sprawa sądowa mogą się z różnych względów powstrzymać czy wahać²⁶. Wydaje się uzasadnione przypuszczenie, że ustalenie tak krótkiego terminu przedawnienia karalności jest wyrazem nieufności organów państwa do obywatela, nieuzasadnionego paternalizmu i arbitralnego przekonania, że obywatel nie powinien decydować o własnym pokrzywdzeniu, a jedynie właściwą postawą z jego strony powinno być możliwie szybkie przekazanie sprawcy organowi powołanemu do ścigania przestępstw. Jak wskazano wyżej – dziwi to tym bardziej na tle istnienia pewnych możliwości mediacji w sprawach publicznoskargowych. Nie da się chyba wyjaśnić istnienia terminu rocznego w żaden inny sposób, jak stwierdzając, że jest to narzędzie nacisku na pokrzywdzonego, zmuszające go do szybkiego uruchomienia procesu.

Rodzi to jednak dalsze konsekwencje. Oto bowiem termin trzyletni liczony od czasu popełnienia przestępstwa lub wystąpienia skutku jest wyrazem kryminalnopolitycznej oceny zasadności ścigania przestępstw prywatnoskargowych, dokonanej z uwzględnieniem celów prewencji ogólnej i szcze-

²⁵ Jest to kwestia wykraczająca poza zakres niniejszego opracowania, jednak warto zauważyć, że w sytuacji, w której czyn nie stanowi przestępstwa, karalność nie może ulec przedawnieniu. Przedawnienie dotyczy bowiem karalności przestępstw. Zagadnienie to nie może być bliżej rozwinięte w tym miejscu. Szczegółowo zob. M. Kulik, *Przedawnienie karalności i...*, s. 622 *passim*.

²⁶ M. Kulik, *Przedawnienie karalności przestępstw...*, s. 143; tenże, *Przedawnienie karalności i...*, s. 240.

gólnej. Ustawodawca uznał, że ich społeczna szkodliwość, względy wychowawcze i zapobiegawcze w odniesieniu do sprawcy, względ na świadomość prawną społeczeństwa, uzasadnia przedawnienie ich karalności po trzech latach. Jednak ściganie nie będzie możliwe już wcześniej, jeżeli upłynie rok od czasu, kiedy pokrzywdzony dowiedział się o osobie sprawcy. Dochodzi zatem do sytuacji zastanawiającej – względy wychowawcze i zapobiegawcze oraz społeczna szkodliwość czynu uzasadnia jeszcze ściganie, ale ściganie to jest już niemożliwe. Powodem jest wprowadzenie przez ustawodawcę terminu rocznego, który ma zdyscyplinować pokrzywdzonego i uchronić wymiar sprawiedliwości przed rzekomymi „pieniaczami sądowymi” dochodzącymi swego pokrzywdzenia. Trudno nie powziąć wątpliwości, czy rozstrzygnięcie takie rzeczywiście nie jest arbitralne i nie stanowi raczej wyrazu lekceważenia przestępstw prywatnoskargowych, czyli takich, gdzie samo państwo nie ma własnego interesu w ściganiu. Wydaje się wręcz, że arbitralność tego rozwiązania jest wręcz oczywista. Szkoda, że Trybunał właściwie nie odniósł się do tego zagadnienia, zbywając je krótkim *passusem*, zupełnie niezadowalającym dogmatycznie, a nadto prezentującym pogląd co najmniej wątpliwy.

Podobnie należy ocenić ostatni z podniesionych przez TK argumentów, którym jest „problem kolizji interesów pokrzywdzonego dochodzącego ochrony sądowej z sytuacją (domniemanego) sprawcy przestępstwa, który nie powinien stale pozostawać w niepewności co do perspektywy uruchomienia jego odpowiedzialności karnej”. Tak formułując zagadnienie TK dodaje, iż „jakkolwiek popełnienie przestępstwa ściganego z oskarżenia prywatnego jest zachowaniem nagannym indywidualnie (z punktu widzenia pokrzywdzonego), a także społecznie, konstytucyjny wymóg stabilizacji stosunków społecznych wymaga, by w pewnym momencie sprawca był »wolny od ścigania karnego«”.

Stwierdzenie to jest prawdziwe na gruncie przedawnienia w ogóle, a nie tylko przedawnienia karalności. Uzasadnia jego istnienie znacznie lepiej, niż podniesione wyżej względy dowodowe, czy w ogóle procesowe²⁷. Odwołując się do prawa materialnego można uzasadnienie istnienia przedawnienia wywodzić z przyczyn szczególnie- i ogólnoprewencyjnych, a także ze względów humanitarnych²⁸. Do tych ostatnich wydaje się odwoływać Trybunał. Rzecz jednak w tym, że względy te działają z jednakową siłą na gruncie przestępstw publicznoskargowych, jak prywatnoskargowych.

O długości terminu przedawnienia karalności decyduje poziom potencjalnej społecznej szkodliwości czynu zabronionego uwzględniony w decyzji ustawodawcy o ustaleniu ustawowego zagrożenia karą, a także względy

²⁷ M. Kulik, *Przedawnienie karalności i...*, s. 61.

²⁸ Tamże, s. 58; T. Bojarski, *Prawo karne materialne. Zarys części ogólnej*, Warszawa 2006, s. 302–303.

prewencji ogólnej i szczególnej. Dlatego o długości tego terminu decyduje górna granica ustawowego zagrożenia. Im surowsza kara grozi za dane przestępstwo, tym dłuższy jest termin przedawnienia. Jednak ta reguła nie dotyczy przestępstw prywatnoskargowych. W ich wypadku wysokość ustawowego zagrożenia wskazywałaby na termin pięcioletni. Tymczasem istnieje termin roczny liczony od dnia, kiedy pokrzywdzony dowiedział się o osobie sprawcy i termin trzyletni liczony od dnia popełnienia czynu lub wystąpienia skutku. W odniesieniu do najdrobniejszych występków publicznoskargowych termin przedawnienia karalności wynosi 5 lat. W odniesieniu do przestępstw prywatnoskargowych terminy są krótsze, co oznacza, że ustawodawca niezależnie od przewidzianego zagrożenia karą uważa, że ściganie ich wcześniej staje się bezcelowe, a zatem, że szybciej przestają być karygodne²⁹. Powstaje pytanie, czy jest to sytuacja prawidłowa, skoro interes pokrzywdzonego w ściganiu przestępstwa prywatnoskargowego odpowiada interesowi państwa³⁰. Wydaje się, że dawniejszy pogląd, głoszący, że przestępstwa ścigane z oskarżenia publicznego są szkodliwsze społecznie od prywatnoskargowych³¹ obecnie jest już anachroniczny. Potencjalna społeczna szkodliwość czynów należących do konkretnego typu jest wszak uzależniona od wysokości kary przewidzianej w przepisie. Przyjmowanie, że przestępstwa, które bezpośrednio naruszają interes społeczny są bardziej społecznie szkodliwe od tych, które naruszają bezpośrednio tylko interes prywatny było możliwe w prawie karnym ukierunkowanym na priorytetową ochronę interesu społecznego przed prywatnym, współcześnie jest nieuzasadnione³². Wszak nie można obecnie zasadnie uważać, że interes publiczny *ex definitione* zachowuje pierwszeństwo przed prywatnym, a krótszy termin przedawnienia karalności przestępstw prywatnoskargowych jest wyrazem takiego założenia³³. W obecnym stanie prawnym pokrzywdzony drobnym występkiem może liczyć na sądowe rozpoznanie swojej sprawy, jednak czas, w którym będzie mógł dochodzić sprawiedliwości jest uzależniony od trybu ścigania. Nie ma znaczenia waga czynu, która powinna być tu decydująca, Wydaje się, że rozstrzygnięciu ustawodawcy tak właśnie kształtujące-

²⁹ M. Kulik, Przedawnienie karalności i..., s. 242–243.

³⁰ M. Cieślak, Polska procedura karna. Podstawowe założenia teoretyczne, Warszawa 1971, s. 38; M. Kulik, Przedawnienie karalności i..., s. 242. Por. też M. Cieślak, Interes społeczny jako czynnik warunkujący prokuratorskie objęcie oskarżenia w sprawie prywatnoskargowej, PiP 1956, nr 12, s. 1053.

³¹ M. Cieślak, Interes społeczny..., s. 1054. Pogląd ten sformułował w zupełnie odmiennych realiach społecznych i politycznych, 60 lat temu, i już wtedy zastrzegł, że jest tak tylko na ogół.

³² M. Kulik, Przedawnienie karalności i..., s. 243.

³³ Nie od rzeczy będzie przypomnieć, że do czasu wprowadzenia ustawy z dnia 2 grudnia 1960 r. o sprawach z oskarżenia prywatnego (Dz. U. Nr 54, poz. 308) termin przedawnienia karalności przestępstw prywatnoskargowych nie różnił się od innych.

mu sytuację można zasadnie zarzucić arbitralność. Nieco upraszczając sprawę można rzec, że Trybunał oczywiście ma rację stwierdzając, iż pewność obrotu prawnego nakazuje, by sprawca po jakimś czasie nie był ścigany karnie. Jednak problem, przed którym stanął TK jest inny – chodzi o to, dlaczego sprawca przestępstwa prywatnoskargowego zostaje uwolniony od ryzyka poniesienia odpowiedzialności wcześniej, niż sprawca zagrożonego identyczną karą przestępstwa publicznoskargowego. Tej kwestii Trybunał w ogóle nie zauważył.

Ostatni argument TK, mający charakter historyczny, nie ma większej wartości. Na gruncie ustawy z dnia 2 grudnia 1960 r. przedawnienie miało postać przedawnienia ścigania i było instytucją procesową. Termin był niezwykle krótki i miał ewidentnie na celu wyeliminowanie aktywności pokrzywdzonych. To, że obecnie termin ten jest dłuższy, nie znaczy, że jest wystarczająco długi³⁴.

Rozstrzygnięcie TK jest więc wysoce wątpliwe. Wydaje się, że uregulowanie przedawnienia karalności przestępstw prywatnoskargowych wymaga szczególnie wnikliwej kontroli pod kątem zarzutu arbitralności ustawodawcy. Co więcej, jest bardzo prawdopodobne, że badanie to doprowadziłoby do wniosku, że ustawodawca zachował się arbitralnie. Niestety, Trybunał nie przeprowadził żadnego badania, ograniczając się do powtórzenia kilku uproszczonych tez z piśmiennictwa, nie poddając ich żadnej analizie.

Już powyższe oznacza, że głosowany wyrok należy ocenić jako nietrafny. Samo badanie skróconego terminu przedawnienia karalności przestępstw prywatnoskargowych rodzi podejrzenie, że mamy do czynienia z arbitralnością ustawodawcy. Glosator opowiada się za poglądem, że owa arbitralność jest faktem, na co wskazują wyżej podniesione argumenty. Tym bardziej trzeba zauważyć, że przyjmując stanowisko odmienne TK winien był je należyte uzasadnić, czego nie uczynił.

Powyższe wywody opierają się na roboczym założeniu, że Konstytucja nie statuuje prawa do przedawnienia. Nawet przy takim założeniu wyrok należy ocenić krytycznie. W owej krytyce można pójść jeszcze dalej, jeżeli przyjmie się, że prawo do przedawnienia istnieje. W tym zakresie TK ogranicza się do powtórzenia znanego i z dawniejszego jego orzecznictwa stwierdzenia, że „na gruncie prawa karnego instytucja przedawnienia przez swoją powszechność jest elementem normy prawa karnego i traktowana jest jako

³⁴ Na marginesie warto zauważyć, że okoliczność, że obecnie termin przedawnienia karalności jest materialnoprawny, ale liczy się go od dnia, kiedy pokrzywdzony dowiedział się o osobie sprawcy sprawia, że przedawnienie karalności przestępstw prywatnoskargowych jest wysoce osobliwą hybrydą materialnoprocesową i rodzi szereg wątpliwości praktycznych, np. od kiedy ten termin biegnie w odniesieniu do prokuratora obejmującego przestępstwo prywatnoskargowe ściganiem z urzędu. O tej i innych wątpliwościach szczegółowo M. Kulik, *Przedawnienie karalności przestępstw...*, s. 128 i n.

element pewnej polityki karnej, a nie konstytucyjnie chronione prawo obywatela.” Z uwagi na to, że polityka karna ulega zmianom, nikt nie może oczekiwać, że przedawnienie nastąpi w określonym czasie³⁵. Pogląd ten wydaje się wysoce wątpliwy i przynajmniej w pewnym zakresie wart rewizji.

W głosowanym wyroku nie uzasadniono tego poglądu, odwołując się tylko do wcześniejszego orzecznictwa, co oznacza zapewne, że pogląd ten jest oczywisty. Tymczasem jest inaczej. Pogląd ten wart jest dyskusji. Skoro jednak w uzasadnieniu głosowanego wyroku nie analizuje się tego zagadnienia warto może sięgnąć do uzasadnienia wyroku z dnia 25 maja 2004 r., w którym pogląd ten próbowano uzasadnić, a na który powołuje się – bez komentarza, a zatem w pełni akceptująco – TK w uzasadnieniu głosowanego wyroku. Stwierdza się tam, że przedawnienie karalności popełnionego już przestępstwa, które może nastąpić w przyszłości nie jest ekspektatywą. Z terminu przedawnienia – póki nie nastąpi – nie wynikają dla sprawcy żadne prawa. Instytucja przedawnienia przez swoją powszechność jest elementem normy prawa karnego i traktowana jest jako element pewnej polityki karnej, a nie konstytucyjnie chronione prawo obywatela. W tym samym wyroku TK stwierdził, że przepisy art. 43 i 44 Konstytucji poruszają kwestię przedawnienia w odmiennym kontekście, niż w aspekcie konstytucyjnego prawa podmiotowego jednostki. Aspekt, w jakim wskazane przepisy poruszają kwestię przedawnienia, nie został wskazany.

Zarówno w doktrynie, jak w orzecznictwie dominuje pogląd zbieżny z wyrażonym w głosowanym wyroku. Niekiedy na przedawnienie spogląda się przez pryzmat zasady ochrony praw nabytych, przyjmując, że zasada ta nie dotyczy przedawnienia³⁶. To trafny pogląd. Rzeczywiście przedawnienie nie jest prawem nabytym do czasu, aż upłynie jego termin³⁷. Jednak nie jest to także tylko „element polityki karnej”. Przede wszystkim należy podkreślić, że polityka kryminalna jest realizowana przez tworzenie przepisów prawa karnego materialnego, procesowego i wykonawczego. W odniesieniu do wszystkich instytucji prawa karnego można powiedzieć, podobnie, jak uczynił to TK w odniesieniu do przedawnienia karalności, że przez swą powszechność stanowi element porządku prawa karnego. Rzecz bowiem w tym, że prawo karne jako całość i każda jego instytucja z osobna służy realizacji polityki karnej. Stwierdzenie, że mamy do czynienia z instytucją realizującą politykę karną jest w odniesieniu do przedawnienia karalności po

³⁵ Wcześniej wyrok TK z dnia 23 maja 2005 r., sygn. SK 44/04, OTK ZU 2005, nr 5/A, poz. 52. Do poglądu tego nawiązano nie tylko w głosowanym wyroku, ale także w wyrokach z dnia 15 października 2008 r., sygn. P 32/06, OTK ZU 2008, nr 8/A, poz. 138; z dnia 13 października 2009 r., sygn. P 4/08, OTK ZU 2009, nr 9/A, poz. 133.

³⁶ Wyrok TK z dnia 23 maja 2005 r., sygn. SK 44/04, OTK ZU 2005, nr 5/A, poz. 52; R. Koper, K. Sychta, J. Zagrodnik, *Karnomaterialne...*, s. 215.

³⁷ M. Kulik, *Przedawnienie karalności i...*, s. 137.

pierwsze, truizmem, a po drugie – co istotniejsze – argumentem, który może być traktowany przeciwko pogładowi wypowiedzianemu przez TK³⁸. To, że jest to element polityki karnej, wcale nie znaczy, że nie istnieje prawo do przedawnienia. Jest to bowiem element polityki karnej, który został ustawowo określony, zresztą podobnie, jak wiele innych elementów polityki karnej. Ma kształt normatywny. Co więcej – pojawia się w Konstytucji RP. Nie do końca jest tak, jak stwierdził swego czasu TK, że art. 43 i 44 poruszają kwestię przedawnienia w odmiennym kontekście niż w aspekcie konstytucyjnego prawa podmiotowego jednostki³⁹. Przepisy te określają, kiedy do przedawnienia nie dochodzi. Tworzą zatem wyjątek. Cechą wyjątku jest to, że jest skorelowany z odmienną zasadą. To może prowadzić do wniosku, że prawo do przedawnienia istnieje, jest wyrażone w Konstytucji, choć nie wprost, a tylko *a contrario*. Nie rozwijając bliżej tej kwestii, jest ona bowiem niezwykle złożona i wymagałaby powtórzenia obszernych wywodów zwartych gdzie indziej⁴⁰, pragnę zaprezentować pogląd, że chociaż prawo do przedawnienia rozumiane jako prawo podmiotowe nie istnieje⁴¹, jednak – zgodnie z zasadą ochrony zaufania – sprawca może spodziewać się, że termin przedawnienia upłynie⁴², i nie będzie arbitralnie wydłużony. Nawet zwolennicy poglądu, że wydłużanie terminów jest dopuszczalne, podkreślają, że nie może być ono remedium na trudności praktyczne, ani mieć motywacji politycznej⁴³, co trudno pogodzić z twierdzeniem, że przedawnienie jest tylko funkcją polityki karnej państwa⁴⁴. Zasada ochrony zaufania jest źródłem dalszych zasad.

³⁸ Tamże, s. 137–138.

³⁹ Wyrok TK z dnia 23 maja 2005 r., sygn. SK 44/04, OTK ZU 2005, nr 5/A, poz. 52.

⁴⁰ M. Kuli k, Przedawnienie karalności i..., s. 132 i n.

⁴¹ Nie w pełni podzielimy pogląd R. Gr u p i ń s k i e g o, który – wiążąc przedawnienie z zasadą państwa prawa i pewności prawa – zdaje się widzieć po stronie sprawcy ekspektatywę przedawnienia po określonym czasie. R. Gr u p i ń s k i, Zmiana przepisów o przedawnieniu karalności w świetle zasady *lex retro non agit*, (w:) A. J. S z w a r c (red.), Rozważania o prawie karnym. Księga pamiątkowa z okazji siedemdziesięciolecia urodzin Profesora Aleksandra Ratajczaka, Poznań 1999, s. 126. Na podstawie zasady ochrony praw nabytych chronione są tylko ekspektatywy najbardziej ukształtowane (M. J a c k o w s k i, Ochrona..., s. 27; B. B a n a s z a k, (w:) B. B a n a s z a k, M. B e r n a c z y k, Aktywizm..., s. 227), a w tym wypadku trudno o takiej mówić.

⁴² A. R y b a k, Niektóre..., s. 26.

⁴³ W. W r ó b e l, Zmiana..., s. 528.

⁴⁴ W uzasadnieniu Wyrok TK z dnia 25 maja 2004 (sygn. SK44/03), OTK-2004, nr 5, poz. 46 mowa, że przedawnienie jest tylko funkcją polityki karnej państwa, a zatem sprawca nie może mieć żadnych oczekiwań, dopóki nie nastąpi. Dalej jednak mowa, że ów „element polityki karnej” może być częścią normy prawa karnego materialnego. Stosując taką logikę można bronić poglądu, że do uprawomocnienia się wyroku skazującego, albo wręcz do odbycia kary, sprawca nie może mieć żadnych oczekiwań co do jej wysokości. Wysokość kary jest wskazana w ustawie, ale jest to „element polityki karnej”, który może się zmienić. Argumentacja taka wydawać by się mogła absurdalna. Jednak zasada *nulla poena sine lege* wywodzi się z zasady ochrony zaufania, a nie z zasady ochrony praw nabytych. W odniesieniu do przedawnienia TK pomija zasadę ochrony zaufania, ale szuka uzasadnienia (nie znajdując

Wyprowadza się z niej zakaz retroaktywności prawa, naruszania praw słuszenie nabytych⁴⁵ i nakaz przyzwoitej legislacji, która nie działa wstecz, chroni prawa nabyte i zachowuje *vacatio legis*⁴⁶. Z uwagi na bardzo silną rolę gwarancyjną przedawnienia karalności można je postrzegać przede wszystkim przez pryzmat sytuacji sprawcy. Jednak można i należy na nie patrzeć też przez pryzmat sytuacji pokrzywdzonego, w którego interesie jest takie uregulowanie przedawnienia karalności, które sprawi, że jego interes prawny nie będzie kształtowany arbitralnie.

Na gruncie analizowanej sprawy kwestia prawa do przedawnienia nie jest najistotniejsza, a to ze względu na fakt, że chodzi w niej nie o sytuację sprawcy, ale pokrzywdzonego. Niemniej odtwarzając wzorzec kontroli, w szczególności kolidujące prawa, TK winien był się odnieść także i do kwestii owego prawa, czego właściwie nie uczynił, przyjmując w tym zakresie bez żadnej analizy pogląd co najmniej dyskusyjny. To zaś sprawia, że i z tego powodu głosowany wyrok nastrocza poważne wątpliwości.

Kluczowa dla oceny wyroku pozostaje kwestia oceny arbitralności ukształtowania przez ustawodawcę terminów przedawnienia karalności przestępstw prywatnoskargowych. Wyżej wskazano cały szereg argumentów pozwalających żywić przekonanie, że ustawodawca określił te terminy arbitralnie, co z kolei oznacza, że regulacje te są wątpliwe z punktu widzenia zasad demokratycznego państwa prawa i ochrony zaufania. Co więcej Trybunał swojego stanowiska właściwie nie uzasadnił. Dlatego głosowany wyrok oceniam zdecydowanie krytycznie.

go) w zasadzie ochrony praw nabytych. Przedawnienie należy do uregulowań dotyczących kary *sensu largo*, być może więc optyka właściwa dla przedawnienia dotyczy i kary. Czyli także i zasada *nulla poena* powinna być uzasadniana zasadą ochrony praw nabytych? Jeżeli tak – uzasadnić się jej nie da i można negocjować jej istnienie.

⁴⁵ Wyrok TK z dnia 3 grudnia 1996 r. (sygn. K25/95) OTK ZU 1996, nr 6, s. 301; wyrok TK z dnia 25 listopada 1997 r. (sygn. K 26/97), OTK ZU 1997, nr 5–6, s. 64; wyrok TK z dnia 16 czerwca 1999 (Dz. U. Nr 55 poz. 588); B. Banaszak, (w:) B. Banaszak, M. Bernaczyk, Aktywizm..., s. 230; J. Oniszczuk, Państwo prawne w orzecznictwie Trybunału Konstytucyjnego, Warszawa 1996, s. 74 i n.; K. Działocha, W. Gromski, Niepozytywistyczna koncepcja państwa prawnego a Trybunał Konstytucyjny, PiP 1995, nr 3, s. 5 i n.; E. Morawska, Klauzula demokratycznego państwa prawnego w Konstytucji RP na tle orzecznictwa Trybunału Konstytucyjnego, Toruń 2003, s. 205–206; J. Zakrzewska, Konstytucyjna zasada państwa prawnego w praktyce Trybunału Konstytucyjnego, PiP 1992, nr 7, s. 8.

⁴⁶ B. Banaszak, (w:) B. Banaszak, M. Bernaczyk, Aktywizm..., s. 234; M. Budyn-Kulik, M. Kulik, Wybrane aspekty funkcjonowania konstytucyjnej zasady ochrony zaufania na gruncie prawa karnego w perspektywie internalizacji norm prawnych jako warunku jej efektywności, Annales UMCS, Sectio G. Ius. 2016, vol. XXV, nr 1, s. 192 i n.

Commentary to the judgment of the Constitutional Tribunal of 20 April 2017, ref. no.: SK 3/16

Abstract

The commentator disapproves the view the Constitutional Tribunal included in their judgment of 20 April 2017, ref. no. SK 3/16, that Article 101, § 2 of the Penal Code, in so far as it claims that the amenability to a penalty for an insult prosecuted on indictment filed by a private individual ceasing after the expiration of one year following the date on which a victim learnt of the identity of a perpetrator, is consistent with Article 47 in conjunction with Article 45, clause 1 and Article 77, clause 2 of the Constitution of the Republic of Poland. The commentator considers the statute of limitations for offences so prosecuted to be arbitrary and, as such, inconsistent with Article 2 of the Constitution. The judgment is thus found to be incorrect and insufficiently grounded.

Wiesław Juchacz

Glosa do postanowienia Sądu Najwyższego z dnia 8 kwietnia 2016 r., sygn. II KO 7/16¹

Streszczenie

Przedmiotem glosy jest analiza argumentacji niepozwalającej na wznowienie w myśl rozdziału 56 Kodeksu postępowania karnego postępowania w sprawach zakończonych postanowieniem o odroczeniu wykonania kary, albo o odmowie jej odroczenia. Autor akceptuje głosowaną tezę. W głosie przeanalizowano środki prawne umożliwiające zmianę lub uchylenie orzeczenia w postępowaniu wykonawczym. Szczególną uwagę zwrócono na tryb wskazany w art. 24 k.k.w. i przepisy zawarte w części szczególnej kodeksu karnego wykonawczego pozwalające na odstępianie od wcześniejszej decyzji. Omówiono ograniczenia w stosowaniu kasacji i wznowienia postępowania.

Postępowanie w sprawach zakończonych postanowieniem o odroczeniu wykonania kary, albo o odmowie jej odroczenia nie podlega wznowieniu w myśl rozdziału 56 Kodeksu postępowania karnego.

Sprawa w której zapadło głosowane orzeczenie trafiła do Sądu Najwyższego na skutek złożenia przez obrońcę skazanego wniosku o wznowienie postępowania zakończonego prawomocnym postanowieniem Sądu Apelacyjnego w W. z dnia 21 stycznia 2016 r. Wniosek ten Sąd Najwyższy na posiedzeniu w dniu 8 kwietnia 2016 r. pozostawił bez rozpoznania. Obrońca zaskarżył orzeczenie utrzymujące w mocy postanowienie Sądu Okręgowego w W. z dnia 1 października 2015 r., nie uwzględniające wniosku obrońcy skazanego D. K. o odroczenie wykonania kary 4 lat i 8 miesięcy pozbawienia wolności.

Z tezą zawartą w głosowanym postanowieniu jak i z argumentami przytoczonymi w jego uzasadnieniu można się w pełni zgodzić. Oceniając zawarte w uzasadnieniu wywody ponownie je przeanalizowano. Wyprowadzone wnioski potwierdziły trafność dokonanej oceny.

Na wstępie należy zauważyć, że w postępowaniu wykonawczym, z uwagi na to, że toczy się już po prawomocnym rozstrzygnięciu kwestii winy oskarżonego i po wymierzeniu mu kary, oraz z uwagi na jego cel i zadania –

¹ OSNKW 2016, nr 7, poz. 46.

wzruszalność prawomocnych postanowień musiała zostać uregulowana w sposób szczególny². Może bowiem dojść do sytuacji, że już po wydaniu orzeczenia pojawią się nowe okoliczności, które, gdyby były znane lub istniały w czasie wydawania postanowienia, doprowadziłyby do innego rozstrzygnięcia niż to, które zapadło. Może się też zdarzyć, że postanowienie dotknięte jest uchybieniem prawnym, powodującym w sposób oczywisty jego wadliwość³. W związku z powyższym musiały zostać wypracowane regulacje prawne pozwalające reagować na takie sytuacje. Znajdują się one zarówno w kodeksie karnym wykonawczym, jak i w kodeksie postępowania karnego, poprzez sięganie do nich w ramach możliwości, jakie daje art. 1 § 2 k.k.w.⁴

Można wyróżnić cztery formy takiego reagowania, czyli uchylania lub zmiany postanowień wydawanych w postępowaniu wykonawczym:

- w trybie art. 24 k.k.w.;
- przez odstąpienie od poprzedniej decyzji w przypadkach wskazanych w przepisach części szczególnej kodeksu karnego wykonawczego;
- przez wznowienie postępowania przewidziane w rozdziale 56 kodeksu postępowania karnego;
- zastosowanie kasacji⁵.

Przewidziana w art. 24 k.k.w. instytucja jest środkiem kontroli i wzruszania orzeczeń inicjowanym z urzędu lub na wniosek stron i wydawanych na podstawie przepisów kodeksu karnego wykonawczego, będącym wyrazem realizacji w postępowaniu wykonawczym zasady prawdy materialnej, ograniczonym do badania wyłącznie okoliczności faktycznych nowych lub nieznanymi sądowi podczas orzekania⁶. Podstawą zmiany lub uchylenia postanowienia w trybie art. 24 k.k.w. mogą być więc tylko istotne dla rozstrzygnięcia fakty, które powstały po wydaniu tego postanowienia, bądź istniały już w chwili orzekania, lecz nie były znane sądowi orzekającemu. Postanowienie nie może zatem podlegać reformacji w tym trybie z innych przyczyn, np.

² Zob. np. S. Paweła, *Prawo karne wykonawcze. Zarys wykładu*, Warszawa 2007, s. 106–107; I. Zgoliński, (w:) *Kodeks Karny Wykonawczy. Komentarz*, pod red. J. Lachowskiego, Warszawa 2016, s. 111–112; K. Nowicki, *Postępowanie sądu w stadium wykonawczym w trybie art. 24 k.k.w.*, *Państwo i Prawo* 2009, nr.12, s. 70–71; A. Gerecka-Żołyńska, W. Sych, *Prawo karne wykonawcze. Zagadnienia procesowe*, Warszawa 2014, s. 53; T. Szymanowski, J. Migdał, *Prawo karne wykonawcze i polityka penitencjarna*, Warszawa 2014, s. 82.

³ K. Postulski, *Kodeks karny wykonawczy. Komentarz*, Warszawa 2016, s. 265.

⁴ K. Postulski, *Wzruszenie prawomocnych postanowień wydawanych w postępowaniu wykonawczym*, *Prokuratura i Prawo* 2007, nr 10, s. 97–98.

⁵ K. Postulski, *Kodeks karny wykonawczy...*, s. 265.

⁶ *Ibidem*, s. 266; I. Zgoliński, (w:) *Kodeks karny wykonawczy...*, s. 112.

z powodu jego wadliwości prawnej, omyłki zaistniałej w postanowieniu lub zmiany stanu prawnego⁷.

Ta szczególna możliwość uchylecia lub zmiany postanowień w oparciu o ten tryb odnosi się wyłącznie do orzeczeń wykonawczych tj. wydanych w toku postępowania wykonawczego na podstawie przepisów kodeksu karnego wykonawczego⁸. Dotyczyć może zarówno postanowień wykonywanych, jak i niepodlegających jeszcze wykonaniu, ponieważ w przepisie jest zawarte sformułowanie, że może zapaść w każdym czasie⁹.

Art. 24 k.k.w. nie przewiduje żadnego terminu, po którego upływie zmiana lub uchYLECIE postanowienia byłyby niedopuszczalne na korzyść skazanego. Zmiana lub uchYLECIE takiego postanowienia na niekorzyść jest natomiast zgodnie z § 2 tego przepisu niedopuszczalna po upływie 6 miesięcy od dnia uprawomocnienia się postanowienia.

Oprócz art. 24 k.k.w. w kodeksie karnym wykonawczym, a także w kodeksie karnym, znajdujemy wiele innych przepisów, które przewidują możliwość zmiany postanowień wydanych w postępowaniu wykonawczym. Jako przepisy szczególne wyłączają one, w zakresie w nich unormowanym, zastosowanie art. 24 k.k.w.¹⁰ Wymienione postanowienia wydawane w postępowaniu wykonawczym pozbawione są elementu trwałości. Ich następstwem jest tylko pewne przesunięcie terminu wykonywania kary czy innych środków¹¹.

Wznowienie postępowania przewidziane w rozdziale 56 kodeksu postępowania karnego możliwe jest w granicach na jakie pozwala art. 1 § 2 k.k.w. Przeważa przekonanie, że jest możliwe co do postanowień wydawanych w toku postępowania wykonawczego tylko w takim zakresie, jaki wykracza poza możliwości ich reasumpcji w trybie art. 24 k.k.w., który ma zastosowanie wtedy, gdy podstawą reformacji postanowienia mają być „nowe lub poprzednio nieznanne okoliczności istotne dla rozstrzygnięcia”, a więc przesłanki natury faktycznej¹².

Wznowienie postępowania wykonawczego wchodzi zatem w ogóle w rachubę w następujących sytuacjach gdy:

⁷ Zob. np. postanowienie Sądu Najwyższego z dnia 23 kwietnia 2015 r., sygn. II KK 100/15, OSNKW 2015, nr 10, poz. 81; postanowienie Sądu Najwyższego z dnia 29 września 2010 r., sygn. IV KK 255/10, Biul. PK 2010, nr 6, poz. 41; postanowienie Sądu Najwyższego z dnia 9 grudnia 2009 r., sygn. V KK 178/09, LEX nr 553757.

⁸ Postanowienie Sądu Najwyższego z dnia 21 marca 1996 r., sygn. III KRN 1/96, OSNKW 1996, nr 5–6, poz. 26.

⁹ K. Postułski, Kodeks karny wykonawczy..., s. 269.

¹⁰ *Ibidem*, s. 271.

¹¹ *Ibidem*, s. 277.

¹² Postanowienie Sądu Najwyższego z dnia 9 marca 2009 r., sygn. II KO 98/08, LEX nr 48887/16; S. Leleńtal, Kodeks karny wykonawczy. Komentarz, Warszawa 2014, s. 129–130.

- w związku z postępowaniem dopuszczono się przestępstwa – art. 540 § 1 pkt 1 k.p.k.;
- w wyniku orzeczenia Trybunału Konstytucyjnego lub organu międzynarodowego stracił moc lub uległ zmianie przepis prawny – art. 540 § 2 i 3 k.p.k.;
- ujawni się któraś z bezwzględnych przyczyn odwoławczych – art. 542 § 3 k.p.k.;
- rozpoznano sprawę pod nieobecność oskarżonego – art. 540b § 1 i 2 k.p.k.¹³

Możliwość wnoszenia kasacji w postępowaniu wykonawczym podlega analogicznym ograniczeniom jak wznowienie postępowania. Może ona zatem nastąpić tylko w takich przypadkach, w których nie jest możliwe uchylene lub zmiana postanowienia na podstawie art. 24 § 1 k.k.w.¹⁴

Podstawę kasacji mogą stanowić tylko uchybienia prawne wymienione w art. 439 k.p.k. lub inne rażące naruszenia prawa materialnego lub procesowego, jeżeli mogły mieć wpływ na treść orzeczenia¹⁵.

Podsumowując można stwierdzić, że postępowanie w sprawach zakończonych postanowieniem o odroczeniu wykonania kary, o odmowie jej odroczenia, a także odwołaniu odroczenia nie podlega wznowieniu w myśl przepisów rozdziału 56 Kodeksu postępowania karnego.

Postanowienie wydane bowiem w postępowaniu dotyczącym odroczenia wykonania kary, odmowy odroczenia lub jego odwołania – co należy podkreślić, bo jest to rzeczą bardzo istotną – nie zawiera elementu trwałości. Skutkuje jedynie pewnym „przesunięciem w czasie” w wykonywaniu kary¹⁶.

Postanowienie to nie jest również prawomocnym orzeczeniem kończącym postępowanie, a więc takim, które definitywnie zamyka rozpoznanie danej kwestii – czyli w konsekwencji powoduje trwałe przekształcenie sposobu lub trybu wykonywania kary lub innego środka¹⁷.

Postępowanie w przedmiocie odroczenia bądź odmowy odroczenia wykonania kary w wypadku pojawienia się nowych okoliczności może być wszczęte ponownie z urzędu lub na wniosek uprawnionych podmiotów. Prawo do składania wniosków o wszczęcie postępowania zgodnie z art. 6 § 1 k.k.w. przysługuje także skazanemu. Jest ono realizacją prawa do obrony. Wnioski może także zawsze złożyć obrońca skazanego. Nie można za-

¹³ K. Postulski, Kodeks karny wykonawczy..., s. 274; I. Zgoliński, (w:) Kodeks Karny Wykonawczy..., s. 113.

¹⁴ I. Zgoliński, (w:) Kodeks Karny Wykonawczy..., s. 114; K. Dąbkiewicz, Kodeks karny wykonawczy. Komentarz, Warszawa 2013, s. 130–131.

¹⁵ K. Postulski, Kodeks karny wykonawczy..., s. 276–277.

¹⁶ *Ibidem*, s. 277

¹⁷ *Ibidem*, s. 271; zob. także postanowienie Sądu Najwyższego z dnia 3 września 2015 r., sygn. V Ko 43/15, OSNKW 2016, nr 1, poz. 3.

pominać jeszcze o treści art. 6 § 3 k.k.w., który mówi, że jeżeli wniosek jest oparty na tych samych podstawach faktycznych co poprzedni (art. 6 § 3 pkt 1 k.k.w.) lub nie zawiera uzasadnienia zawartych w nim żądań w stopniu umożliwiających ich rozpoznanie (art. 6 § 3 pkt 3 k.k.w.) – to właściwy organ może pozostawić go bez rozpoznania.

W art. 150 § 1 k.k.w. mowa jest, że sąd odracza wykonanie kary pozbawienia wolności w wypadku choroby psychicznej lub innej ciężkiej choroby uniemożliwiającej wykonywanie tej kary do czasu ustania przeszkody. W § 2 tego przepisu zawarto ponadto, że za ciężką chorobę uznaje się stan zdrowia skazanego, w którym umieszczenie go w zakładzie karnym może zagrażać życiu lub spowodować dla jego zdrowia poważne niebezpieczeństwo. Kodeks nie zawiera więc definicji ciężkiej choroby, pozostawiając ocenę stanu zdrowia skazanego sądowi. Informuje jedynie, kiedy choroba może uniemożliwiać wykonywanie kary¹⁸.

W wypadku więc złożenia wniosku o odroczenie wykonania kary pozbawienia wolności należy wskazać, jaka psychiczna bądź inna ciężka choroba ma go uzasadniać. Wnioskodawca może bowiem wskazywać na różne choroby uznając, że winny one uzasadniają odroczenie wykonania kary. Nie musi zresztą od razu we wniosku wymieniać wszystkich chorób. Może bowiem wskazać np. te, które z jego punktu widzenia są najistotniejsze dla pozytywnego jego rozpoznania. W wypadku jego nie uwzględnienia, w takiej sytuacji składając kolejny wniosek będzie mógł wymienić inne dolegliwości – nie stanowiące wcześniejszej podstawy ubiegania się o odroczenie kary. Nowy wniosek nie będzie w takiej sytuacji oparty na tych samych podstawach faktycznych.

Analizując, czy wniosek jest należycie uzasadniony, należy każdorazowo zbadać, czy skazany miał możliwość np. jego należytego udokumentowania (np. przez przedstawienie wywiadu kuratora, opinii dyrektora zakładu karnego, opinii biegłego, świadectwa lekarskiego itd.). Czasami będzie bowiem istniała konieczność podejmowania działań z urzędu przez organy prowadzące postępowanie wykonawcze¹⁹.

Istnieje też możliwość wydania postanowienia w trybie art. 24 k.k.w. Uchylenie lub zmiana postanowienia w trybie art. 24 k.k.w. może nastąpić bezpośrednio po jego wydaniu, a więc jeszcze przed upływem terminu do jego zaskarżenia, jak i w czasie jego wykonywania²⁰.

W wypadku natomiast odwołania odroczenia wykonania kary nie może to nastąpić w trybie art. 24 k.k.w., ponieważ jego zastosowanie wyłącza w za-

¹⁸ Zob. K. Postulski, Stan zdrowia skazanego w aspekcie zdolności do odbywania kary pozbawienia wolności, *Prokuratura i Prawo* 2015, nr 7–8, s. 154–158.

¹⁹ K. Postulski, *Kodeks karny wykonawczy...*, s. 104.

²⁰ *Ibidem*, s. 269.

kresie w nim unormowanym przepis szczególny (np. art. 50 § 1 i § 2 k.k.w., art. 62 § 3 k.k.w., 156 k.k.w.)²¹.

Nie można także zastosować nadzwyczajnych środków zaskarżenia – kasacji oraz wznowienia postępowania, ponieważ nadzwyczajne środki zaskarżenia mogą być stosowane tylko wobec prawomocnych orzeczeń kończących postępowanie, a więc takim jak już wcześniej zaznaczono, które zamykają rozstrzygnięcie jakiegoś zagadnienia²².

Commentary to the Supreme Court judgment of 8 April 2016, ref. no. II KO 7/16

Abstract

This commentary examines the reasoning for not reopening a criminal case under Section 56 of the Code of Criminal Procedure, in which case a decision has been made either to postpone, or to refuse to postpone the execution of a sentence. The commentator approves the reasoning and examines legal measures that make it possible to change or overturn a judgment in enforcement proceedings. Special attention is paid to the procedure provided for under Article 24 and provisions included in the specific section of the Executive Penal Code, which allow for setting a previous decision aside. Discussed are limitations as far as cassation recourse and reopening of proceedings are concerned.

²¹ *Ibidem*, s. 271

²² *Ibidem*, s. 271; zob. także postanowienie Sądu Najwyższego z dnia 19 czerwca 1996 r., OSNKW 1996, nr 9–10, poz. 62; postanowienie Sądu Najwyższego z dnia 26 sierpnia 1996 r., sygn. II Kz 34/96, OSNKW 1996, nr 9–10, poz. 63.

Wiadomości dla Autorów i Czytelników

Redakcja uprzejmie zawiadamia, że – zgodnie z § 32 rozporządzenia Ministra Nauki i Szkolnictwa Wyższego z dnia 12 grudnia 2016 r. w sprawie przyznawania kategorii naukowej jednostkom naukowym i uczelniom, w których zgodnie z ich statutami nie wyodrębniono podstawowych jednostek organizacyjnych (Dz. U. 2016 r., poz. 2154) – został opracowany i ogłoszony w formie komunikatu Ministra Nauki i Szkolnictwa Wyższego z dnia 26 stycznia 2017 r., składający się z 3 części (A., B., C.), wykaz czasopism naukowych, zawierający historię czasopisma z publikowanych wykazów za lata 2013–2016.

Za publikacje naukowe w każdym z tych czasopism przyznano najwyższą liczbę punktów spośród określonych w poszczególnych wykazach z okresu 2013–2016.

Czasopismo „Prokuratura i Prawo” zamieszczone zostało w części B., pod pozycją 2045, a za publikację na jego łamach przyznano najwyższą liczbę **6 punktów**.

Informacje w tym zakresie można znaleźć pod adresem:
<http://www.nauka.gov.pl/ujednolicony-wykaz-czasopism-naukowych/wykaz-czasopism-naukowych-zawierajacy-historie-czasopisma-z-publikowanych-wykazow-za-lata-2013-2016.html>

Czasopismo „Prokuratura i Prawo” przeszło ponadto pozytywnie proces ewaluacji ICI Journals Master List 2014, której wynikiem jest przyznanie wskaźnika ICV (*Index Copernicus Value*) w wysokości **35.56 pkt**.

Nasze czasopismo od stycznia 2005 r. nie jest dostępne w prenumeracie. Równocześnie na stronie internetowej Prokuratury Krajowej pod adresem www.pk.gov.pl, w zakładce „Prokuratura i Prawo/opublikowane numery”, udostępniliśmy pełne teksty miesięcznika od początku jego istnienia, to znaczy od stycznia 1995 r. do chwili obecnej.

Warunki publikacji

Redakcja prosi o nadsyłanie artykułów i innych materiałów przeznaczonych do publikacji wyłącznie w formie elektronicznej w edytorze Word 97, dla następujących ustawień: strona niestandardowa (szerokość 17 cm, wysokość 24 cm), marginesy: górny 2 cm, boczne (lewy i prawy) 2,5 cm i dolny 1,5 cm, czcionka Times New Roman w rozmiarze 11 (dla przypisów dolnych 9) oraz pojedynczy odstęp między wierszami. Jednocześnie informujemy, że ramy artykułu nie powinny przekraczać 30 stron znormalizowanego tekstu, a pozostałych opracowań – 20 stron.

Na pierwszej stronie należy zamieścić: imię i nazwisko autora (autorów), tytuł pracy, krótkie (kilkuzdaniowe) streszczenie ujmujące główne tezy opracowania. Na końcu pracy należy podać: adres (adresy) autora (autorów), nr telefonu, adres e-mail, a także informacje o statusie profesjonalnym autora (autorów), z wyszczególnieniem posiadanych tytułów naukowych, nazwy instytucji zatrudniającej oraz zajmowanego stanowiska. Od doktorantów i aplikantów wymagana jest opinia dotycząca wartości merytorycznej przedstawionego artykułu (glosy) – rekomendacja opiekuna naukowego i odpowiednio zawodowego. W przypadku asesora oraz asystenta prokuratora oczekuje się rekomendacji kierownika jednostki organizacyjnej, a asystenta sędziego – przewodniczącego wydziału.

Materiały należy przysyłać na adresy e-mail: redakcja@pk.gov.pl lub wojciechkotowski@poczta.onet.pl.

Redakcja zastrzega sobie prawo dokonywania w nadesłanych materiałach zmian tytułów, skrótów, poprawek stylistyczno-językowych oraz innych przeróbek technicznych. Redakcja przyjmuje prace dotychczas niedrukowane.

Zgodnie z decyzją Kolegium Redakcyjnego od nr 6/16 nie publikujemy na naszych łamach recenzji książek oraz sprawozdań z konferencji.