



Prokuratura i Prawo

NR 7-8/lipiec-sierpień 2015



ISSN 1233-2577



PROKURATURA
GENERALNA

RADA PROGRAMOWA

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

KOLEGIUM REDAKCYJNE

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

REDAKCJA

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

Współpraca: Kinga MAJKOWSKA

WYDAJE PROKURATURA GENERALNA

Adres Redakcji:
02-528 Warszawa, ul. Rakowiecka 26/30,
Tel. 22 125 1833
e-mail: redakcja@pg.gov.pl

Projekt okładki

Studio Karandasz

Skład i korekta:

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

Druk i dystrybucja:

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

ISSN 1233-2577 nakład 2000 egz.

Wersją podstawową (referencyjną) czasopisma jest wersja papierowa

Spis treści

Table of contents

Artykuły/Articles

dr Wojciech Jasiński, adiunkt Uniwersytetu Wrocławskiego

Prawo do nieobciążania się w procesie karnym w świetle standardów strasburskich	7
<i>Right to non-self-incrimination in criminal proceedings in view of Strasbourg standards</i>	35

prof. dr hab. Tadeusz Widła, Katedra Kryminalistyki Uniwersytetu Śląskiego

Jeszcze raz o ekspertyzach pozasądowych	36
<i>Some remarks on out-of-court expert opinions</i>	43

Tomasz Grajcar, asystent sędziego w Sądzie Rejonowym w Katowicach

Granice środka odwoławczego w świetle nowelizacji kodeksu postępowania karnego	44
<i>Extent of remedy under the amended Code of Criminal Procedure</i>	64

Marcin Borodziuk, aplikant aplikacji ogólnej w Krajowej Szkole Sądownictwa i Prokuratury

Skazanie za przestępstwo prywatnoskargowe lub wykroczenie na etapie postępowania odwoławczego	65
<i>Conviction for an offence prosecuted on indictment filed by a private individual, or for a petty offence, at the appeal stage</i>	81

dr hab. Rafał Kubiak, adiunkt Uniwersytetu Łódzkiego

Czy istnieje „kontratyp zwyczaju”?	82
<i>Is there a lawful excuse for a habit?</i>	110

dr Olga Kocaj, prokurator Prokuratury Rejonowej Kraków-Krowodrza

Prawnokarne granice ochrony życia człowieka w związku z działaniami medycznymi	111
<i>Scope of criminal-law protection of human life in connection with medical interventions</i>	126

Joanna Ptak, doktorantka Uniwersytetu Śląskiego

Zabójstwo funkcjonariusza publicznego	127
<i>Murder of a public servant</i>	133

dr Andrzej Mucha, adiunkt Wyższej Szkoły Prawa i Administracji w Rzeszowie	
Prokurent jako podmiot przestępstwa niegospodarności (art. 296 § 1 k.k.)	134
<i>Commercial proxy as a criminal mismanagement perpetrator</i> <i>(Penal Code, Article 296, § 1)</i>	150
Kazimierz Postulski, sędzia Sądu Apelacyjnego w Lublinie w stanie spoczynku	
Stan zdrowia skazanego w aspekcie zdolności do odbywania kary pozbawienia wolności	151
<i>Health status of convicted individuals in the context and their</i> <i>fitness to serve a penalty of deprivation of liberty</i>	174
dr Joanna Raglewska, asystent Uniwersytetu Jagiellońskiego, dr hab. Janusz Raglewski, prof. Uniwersytetu Jagiellońskiego	
Dobrowolne poddanie się odpowiedzialności za przestępstwo skarbowe, a ustawowy wymóg braku skazania za ten rodzaj czynu karalnego	175
<i>Voluntary entering a guilty plea to a tax offence versus regulatory</i> <i>requirement of no conviction for such tax offence</i>	185
dr Grzegorz Krysztofiuk, sędzia Sądu Rejonowego dla m. st. Warszawy	
Perspektywy Współpracy Sądowej w sprawach karnych w Unii Europejskiej	186
<i>Perspectives for judicial cooperation in criminal matters</i> <i>in the EU</i>	205
dr Michał Mistygacz, Zastępca Prokuratora Rejonowego Warszawa-Śródmieście, dr Małgorzata Szeroczyńska, Prokurator Rejonowy Warszawa-Mokotów	
Regulamin wewnętrznego urzędowania powszechnych jednostek organizacyjnych prokuratury z dnia 11 września 2014 r. – analiza krytyczna wybranych zagadnień	206
<i>The regulation on functioning of prosecution dated on</i> <i>11th of September 2014 – critical analysis of selected issues</i>	232
Materiały szkoleniowe/Training materials	
Mateusz Filipczak, student V roku Uniwersytetu Łódzkiego	
Przygotowanie i usiłowanie w polskim prawie karnym	233
<i>Preparation and attempt in Polish criminal law</i>	254

Recenzje/Reviews

monografii D. Tarnowskiej, Instytucja przedstawienia zarzutów w polskim procesie karnym, Szczecin 2013 – oprac. dr hab. Jacek Kosonoga	256
<i>Of monograph by D. Tarnowska, Statute of limitations for charges in the Polish criminal procedure, Szczecin 2013 – by Jacek Kosonoga, Ph.D.</i>	256

Glosy/Commentaries

do wyroku Trybunału Konstytucyjnego z dnia 17 lipca 2014 r., sygn. SK 35/12 (dot. podżegania do popełnienia czynu zabronionego) – oprac. prof. dr hab. Leon Tyszkiewicz	268
<i>to the Constitutional Tribunal judgement of 17 July 2014, file no. SK 35/12 (concerns incitement to unlawful action) – by prof. Leon Tyszkiewicz</i>	272
do wyroku Trybunału Konstytucyjnego z dnia 18 grudnia 2013 r., sygn. P 43/12 (dot. broni i amunicji) – oprac. dr Bolesław Kurzępa ...	273
<i>to the Constitutional Tribunal judgement of 18 December 2013, file no. P 43/12 (concerns firearms and ammunition) – by Bolesław Kurzępa, Ph.D.</i>	285
do wyroku Sądu Najwyższego z dnia 29 stycznia 2014 r., IV KK 425/13 (dot. uznania pisma za prawidłowo doręczone) – oprac. Dariusz Drajewicz	286
<i>to the Supreme Court judgement of 29 January 2014, IV KK 425/13 (concerns due service of process) – by Dariusz Drajewicz</i>	291

Sprawozdania i informacje/Reports and information

XVII Światowy Kongres Kryminologii (Monterrey, Meksyk, 10–13 sierpnia 2014 r.) – oprac. prof. zw. dr hab. Emil W. Pływaczewski	292
<i>17th World Congress of Criminology (Monterrey, Mexico, 10–13 August 2014) – by prof. Emil W. Pływaczewski</i>	292
Międzynarodowa Konferencja Naukowa nt. „Zasada legalizmu w procesie karnym” (Nałęczów, 15–16 maja 2014 r.) – oprac. dr Jakub Kosowski	301
<i>International Scientific Conference on the Principle of Legality in Criminal Procedure (Nałęczów, 15–16 May 2014) – by Jakub Kosowski, Ph.D.</i>	301

Seminarium Porównawczego Prawa Dowodowego „Admissibility of Illegally Obtained Evidence” (Wrocław, 20 listopada 2014 r.) –	
oprac. Dominika Czerniak, Dorota Czerwińska	304
<i>Seminar on Comparative Criminal Procedure: Admissibility of Illegally Obtained Evidence (Wrocław, 20 November 2014) –</i>	
<i>by Dominika Czerniak, Dorota Czerwińska</i>	304
Prokurator roku 2014	309
<i>Prosecutor of the Year 2014</i>	309

ARTYKUŁY

Wojciech Jasiński

Prawo do nieobciążania się w procesie karnym w świetle standardów strasburskich¹

Streszczenie

W artykule omówiono problematykę prawa do nieobciążania się w orzecznictwie Europejskiego Trybunału Praw Człowieka. Autor analizuje, w jakich okolicznościach jednostka może powołać się na ochronę gwarantowaną przez to prawo, a także, co należy rozumieć pod pojęciem dostarczania dowodów na swoją niekorzyść. Zwraca także uwagę na kluczowe dla rozumienia zakresu prawa do niedostarczania dowodów na swoją niekorzyść zagadnienie stosowania niedopuszczalnego przymusu w celu uzyskania dowodu. W artykule krytycznie oceniono brak spójności w orzecznictwie Trybunału, a także unikanie wyraźnej odpowiedzi na pytanie o zakres dopuszczalnego limitowania prawa do nieobciążania się. Zaakcentowano również, że sposób oceny wpływu określonych czynników na naruszenie istoty prawa do nieobciążania się nie jest jednolity we wszystkich sprawach, co wydatnie ogranicza przewidywalność wydawanych przez Trybunał rozstrzygnięć.

Wprowadzenie

Jak słusznie wskazuje się w literaturze, prawo do nieobciążania się (prawo do niedostarczania dowodów na swoją niekorzyść) stanowi jedną z naj-

¹ Niniejszy artykuł powstał w ramach projektu badawczego sfinansowanego ze środków Narodowego Centrum Nauki przyznanych na podstawie decyzji nr DEC-2013/08/A/HS5/00642.

bardziej złożonych gwarancji pozycji oskarżonego w procesie karnym². Nie zaskakuje więc, że sporny jest przede wszystkim zakres tego uprawnienia. W tym kontekście bodaj najwięcej kontrowersji oraz zainteresowania, także w debacie publicznej, budzi prawo do nieobciążania się w sprawach dotyczących przestępstw o charakterze terrorystycznym³. Warto jednak odnotować, że dyskusja dotycząca uprawnienia do niedostarczania dowodów na swoją niekorzyść koncentruje się również na wątpliwościach dotyczących genezy tego prawa⁴ oraz na celu i sensie jego istnienia. W odniesieniu do tej ostatniej kwestii zwracają uwagę choćby interesujące uwagi S. Summers, która wskazuje, że prawo do nieobciążania się i jego współczesna rola w kontradiktoryjnym modelu procesu karnego ściśle wiążą się z charakterem postępowania przygotowawczego. Jak zauważa bowiem autorka, prawo do niedostarczania dowodów na swoją niekorzyść stanowi w istocie swoiste remedium na brak kontradiktoryjności tego etapu postępowania. Remedium to trudno jednak zdaniem S. Summers uznać z perspektywy założeń modelu procesu kontradiktoryjnego za satysfakcjonujące i nie powinno ono zastępować mechanizmów umożliwiających zaangażowanie stron w dokonywane czynności już na etapie postępowania przygotowawczego⁵. Niezależnie od oceny trafności powyższego stanowiska, jego analiza uwidacznia poważne wątpliwości związane z właściwym miejscem prawa do nieobciążania się w hierarchii gwarancji procesowych, a w konsekwencji rzutuje także na sposób postrzegania jego optymalnego kształtu⁶.

² S. Trechsel, *Human Rights in Criminal Proceedings*, Oxford 2006, s. 341.

³ Por. w szczególności A. M. Dershowitz, *Is There a Right to Remain Silent? Coercive Interrogation and the Fifth Amendment After 9/11*, Oxford–Nowy Jork 2008, *passim*.

⁴ Por. S. Trechsel, *Human Rights...*, *ibidem*, i cytowaną tam literaturę.

⁵ Por. S. Summers, *Fair Trials. The European Criminal Procedural Tradition and the European Court of Human Rights*, Oxford–Portland 2007, s. 161–163. Należy pamiętać, że uwagi te poczyniono w kontekście prawa państw *common law*. Wydaje się jednak, że w wymiarze praktycznym są one w dużej mierze trafne także w odniesieniu do procesu karnego w państwach Europy kontynentalnej.

⁶ W polskiej literaturze zagadnienie prawa do nieobciążania się było przedmiotem kompleksowej analizy na gruncie kodeksu z 1969 r. (por. Z. Sobolewski, *Samooskarżenie w świetle prawa karnego (nemo se ipsum accusare tenetur)*, Warszawa 1982. Na gruncie obecnej kodyfikacji karnoprosesowej brakuje takiego ujęcia, choć dużo uwagi poświęca się poszczególnym aspektom związanym z prawem do nieobciążania się – por. m.in.: J. Czabański, M. Warchoń, *Prawo do milczenia czy prawo do kłamstwa*, *Prok. i Pr.* 2007, nr 12, s. 35–50; A. Jaskuła, *Zasada nemo se ipsum accusare tenetur a odpowiedzialność za składanie fałszywych zeznań*, *Kwartalnik Krajowej Szkoły Sądownictwa i Prokuratury* 2012, nr 2, s. 5–18; C. P. Kłak, „Osoba podejrzana” oraz „potencjalnie podejrzana” w polskim procesie karnym a zasada *nemo se ipsum accusare tenetur*, *Ius Novum* 2012, nr 4, s. 56–77; R. Kmiecik, *Prawo do milczenia zatrzymanej osoby podejrzanej (w świetle reguły nemo tenetur)*, *Prok. i Pr.* 2000, nr 7–8, s. 17–22; A. Lach, *Granice badań oskarżonego w celach dowodowych. Studium w świetle reguły nemo se ipsum accusare tenetur i prawa do prywatności*, Toruń 2010; B. Nita, *Konstytucyjne zakorzenienie zasady nemo tenetur se ipsum accusare*, (w:) J. Skorupka (red.), *Rzetelny proces karny. Księga jubileuszowa Profesor Zofii Świdy*,

Mając powyższe na względzie, warto przyjrzeć się jak w świetle licznych kontrowersji związanych z rozumieniem prawa do nieobciążania się kształtuje się orzecznictwo Europejskiego Trybunału Praw Człowieka dotyczące tego uprawnienia. Refleksja ta wydaje się pożądana nie tylko dlatego, że Trybunał musi zająć określone stanowisko dotyczące rozumienia prawa do niedostarczania dowodów na swoją niekorzyść, ale także dlatego, że czyni to w szczególnym kontekście – kreowania europejskiego standardu⁷ w omawianej materii. Ten ostatni zaś w istotny sposób wpływa na kształt porządków prawnych państw należących do Rady Europy. Dodatkowo nie sposób nie dostrzec, że orzecznictwo Trybunału strasburskiego dotyczące prawa do nieobciążania się dość powszechnie oceniane jest jako niejednolite, niespójne i rodzące wiele kontrowersji⁸. Warto zatem zweryfikować te oceny i zastanowić się, czy rzeczywiście Trybunał strasburski zasługuje na taką krytykę.

Zagadnienie prawa do nieobciążania się w orzecznictwie Europejskiego Trybunału Praw Człowieka nie doczekało się do tej pory wyczerpujących opracowań doktrynalnych. W polskiej doktrynie procesu karnego jest ono często, choć dość ogólnie, poruszane na marginesie rozważań o unormowaniach krajowych⁹. Tylko sporadycznie było ono natomiast przedmiotem odrębnych opracowań¹⁰. Biorąc zatem i ten fakt pod uwagę, warto kompleksowo przyjrzeć się standardom w zakresie prawa do niedostarczania dowodów na swoją niekorzyść kreowanym przez Europejski Trybunał¹¹.

Warszawa 2009, s. 220–234; A. Sakowicz, Zasada prawdy materialnej a prawo do milczenia, (w:) P. Hofmański (red.), Węzłowe problemy procesu karnego, Warszawa 2010, s. 645–665; Z. Sobolewski, Osoba podejrzana oraz potencjalnie podejrzana w znowelizowanym (2003) kodeksie postępowania karnego a gwarancje konstytucyjne, (w:) Z. Sobolewski, G. Artymiak i C. P. Kłak (red.), Problemy znowelizowanej procedury karnej, Kraków 2004, s. 329–338; P. K. Sowiński, Prawo oskarżonego do milczenia oraz reguła *nemo se ipsum accusare tenetur* na tle dążenia organów procesowych do poznania prawdy materialnej w procesie karnym, Kraków 2006, s. 171–180.

⁷ Termin „europejski standard prawa do nieobciążania się” w kontekście niniejszego artykułu odnosi się wyłącznie do dorobku orzeczniczego ETPC powstałego na gruncie art. 6 EKPC. Poza zakresem zainteresowania pozostawiam zatem wnioski dotyczące prawa do nieobciążania się wynikające z prawa unijnego oraz orzecznictwa Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej.

⁸ Tak np. M. Wąsek-Wiaderek, *Nemo se ipsum accusare tenetur* w orzecznictwie Europejskiego Trybunału Praw Człowieka, (w:) L. Gardocki, J. Godyń, M. Hudzik, L. K. Paprzycki, Orzecznictwo sądowe w sprawach karnych. Aspekty europejskie i unijne, Warszawa 2008, s. 182 i cytowana tam literatura.

⁹ Por. literaturę przytoczoną w przypisie 6.

¹⁰ Por.: B. Gronowska, Prawo oskarżonego do milczenia oraz wolność od samooskarżenia w ocenie Europejskiego Trybunału Praw Człowieka, Prok. i Pr. 2009, nr 7–8, s. 7–24; M. Wąsek-Wiaderek, *Nemo se ipsum...*, *ibidem*, s. 181–198.

¹¹ W przeprowadzonej analizie skupiono się na tych orzeczeniach, w których zarzut naruszenia prawa do nieobciążania się nie pozostawał w ścisłym zbiegu z naruszeniem innych aspektów prawa do rzetelnego procesu karnego albo innych praw konwencyjnych. Pominięto za-

Prawo do nieobciążania się w Europejskiej Konwencji o Ochronie Praw Człowieka i Podstawowych Wolności

Prawo do nieobciążania się (prawo do niedostarczania dowodów na swoją niekorzyść) nie zostało wprost uregulowane w Europejskiej Konwencji o Ochronie Praw Człowieka i Podstawowych Wolności (dalej: EKPC). Odróżnia to zatem EKPC od Międzynarodowego Paktu Praw Obywatelskich i Politycznych, który w art. 14 ust. 3 lit. g przewiduje prawo do bycia nieprzymuszonym do zeznawania przeciwko sobie lub do przyznania się do winy, a także Amerykańskiej Konwencji Praw Człowieka, której art. 8 ust. 3 stanowi, że przyznanie się przez oskarżonego do winy będzie ważne tylko wtedy, gdy jest uczynione bez jakiegokolwiek przymusu. Pomimo jednak tego, że EKPC nie zawiera wprost wyartykułowanego prawa do niedostarczania dowodów na swoją niekorzyść, Europejski Trybunał Praw Człowieka wskazuje w swoim orzecznictwie, iż prawo to jest niebudzącym wątpliwości standardem międzynarodowym, a także nieodłącznym elementem prawa do rzetelnego procesu karnego uregulowanego w art. 6 EPKC¹². Jest to zatem prawo, które w sposób dorozumiany (tzw. *implied right*) składa się na standard rzetelnego procesu karnego. Jak podnosi się w doktrynie, dowodem akceptacji stanowiska, że prawo do nieobciążania się wynika *implicite* z art. 6 EKPC jest zaniechanie uregulowania tego uprawnienia wprost

tem problematykę łącznego rozpatrywania przez Trybunał strasburski zarzutów dotyczących naruszenia prawa do nieobciążania się oraz do korzystania z pomocy obrońcy. W tych sprawach kluczową kwestią jest bowiem zapewnienie kontaktu z obrońcą, a złożenie inkryminujących oświadczeń jest najczęściej po prostu wynikiem braku możliwości skorzystania z pomocy prawnej. Co do zasady nie poddano analizie także zbiegu zarzutu naruszenia prawa do nieobciążania się z zarzutem dopuszczenia w procesie dowodów z wyjaśnień uzyskanych z naruszeniem art. 3 EKPC. W tych bowiem sytuacjach pierwszoplanowe znaczenie ma właśnie ta ostatnia kwestia, a nie naruszenie prawa do nieobciążania się. Dla porządku należy jednak zauważyć, że Trybunał podchodzi do wskazanego zbiegu zarzutów w zróżnicowany sposób. W przypadku stwierdzenia, że doszło do naruszenia rzetelności postępowania w związku z dopuszczeniem dowodów, które naruszają zakaz tortur i niehumanitarnego lub poniżającego traktowania, Trybunał albo nie rozważa, czy zostało naruszone także prawo oskarżonego do nieobciążania się (por. np. wyrok ETPC z dnia 30 czerwca 2009 r. w sprawie Gladyshev przeciwko Rosji, skarga nr 2807/04, § 80), albo też stwierdzając naruszenie art. 6 ust. 1 EKPC w związku z dopuszczeniem dowodu z tortur albo niehumanitarnego lub poniżającego traktowania, wskazuje jedynie, że dopuszczenie takiego dowodu niweczy zarazem prawo oskarżonego do nieobciążania się (por. np. wyrok ETPC z dnia 21 kwietnia 2011 r. w sprawie Nechiporuk i Yonkalo przeciwko Ukrainie, skarga nr 42310/04, § 260). Jedynie w wyroku Jalloh przeciwko Niemcom Trybunał szeroko i odrębnie odniósł się do obu omawianych zarzutów. Ten wyrok został omówiony w niniejszym artykule.

¹² Por. np. wyrok ETPC z dnia 8 lutego 1996 r. w sprawie John Murray przeciwko Zjednoczonemu Królestwu, skarga nr 18731/91, § 45.

w Protokole 7 do EKPC, który uzupełnia jej treść o kilka najistotniejszych uprawnień z zakresu prawa karnego¹³.

Wzorcem kontroli w przypadku podnoszonych w skargach do Trybunału strasburskiego zarzutów odnośnie do przymusowego uzyskania dowodów winy jest – jak zostało to wspomniane powyżej – statuujący prawo do rzetelnego procesu karnego przepis art. 6 EKPC. Warto jednak sprecyzować, że chodzi o ustęp 1 tego artykułu. Pomimo więc tego, że Trybunał strasburski wskazuje w swoim orzecznictwie na ścisłe związki prawa do nieobciążania się z domniemaniem niewinności¹⁴, to jednak za zbędną uznaje ocenę naruszenia tego prawa także z perspektywy art. 6 ust. 2 EKPC¹⁵.

Warto również zauważyć, że w orzecznictwie Europejskiego Trybunału Praw Człowieka, poza terminem prawo do nieobciążania się (*right not to incriminate oneself*), funkcjonuje również termin prawo do milczenia (*right to silence*). Najczęściej uwagi ogólne formułowane przez składy orzekające odnoszą się łącznie do obu tych praw. Dla porządku należy jednak zauważyć, że nie można stawiać znaku równości między prawem do nieobciążania się a prawem do milczenia. Ich zakresy znaczeniowe krzyżują się. Z jednej strony prawo do milczenia stanowi element prawa do nieobciążania się. To ostatnie obejmuje bowiem nie tylko niedostarczanie oświadczeń, które mają charakter obciążający, ale także niedostarczanie inkryminujących dowodów rzeczowych. Z drugiej natomiast strony prawo do milczenia obejmuje swoim zakresem nie tylko oświadczenia, które mają charakter obciążający¹⁶.

Rola prawa do nieobciążania się w sprawach karnych

Europejski Trybunał Praw Człowieka akcentuje w swoim orzecznictwie, że prawo do nieobciążania się ma centralne znaczenie z perspektywy rzetelności postępowania karnego. Jego celem jest, jak stwierdza, m.in. ochrona oskarżonego przed niedopuszczalnym przymusem stosowanym przez władzę, uniknięcie pomyłek wymiaru sprawiedliwości oraz realizacja celów art. 6 EKPC¹⁷. Znaczenie dwóch pierwszych celów nie budzi większych wą-

¹³ Por. S. Trechsel, *Human Rights...*, *op. cit.*, s. 340.

¹⁴ Por. np. wyrok ETPC z dnia 17 grudnia 1996 r. w sprawie Saunders przeciwko Zjednoczonemu Królestwu, skarga nr 19187/91, § 68. Zob. też wyroki ETPC: z dnia 18 lutego 2010 r. w sprawie Aleksandr Zaichenko przeciwko Rosji, skarga nr 39660/02, § 38; z dnia 10 marca 2009 r. w sprawie Bykov przeciwko Rosji, skarga nr 4378/02, § 92; z dnia 11 lipca 2006 r. w sprawie Jalloh przeciwko Niemcom, skarga nr 54810/00, § 100; z dnia 5 listopada 2002 r. w sprawie Allan przeciwko Zjednoczonemu Królestwu, skarga nr 48539/99, § 44.

¹⁵ Por. np. wyrok ETPC z dnia 25 lutego 1993 r. w sprawie Funke przeciwko Francji, skarga nr 10828/84, § 45.

¹⁶ Tak słusznie S. Trechsel, *Human Rights...*, *op. cit.*, s. 342.

¹⁷ Tak w licznych orzeczeniach; por. np. wyrok ETPC z dnia 17 grudnia 1996 r. w sprawie Saunders przeciwko Zjednoczonemu Królestwu.

pliwości. Trzeci brzmi jednak dość enigmatycznie i należy zgodzić się z S. Treschelem, że wnosi on niewiele do wyjaśnienia racji istnienia prawa do nieobciążania się¹⁸. Warto zauważyć, że Europejski Trybunał Praw Człowieka, wskazując na cele prawa do nieobciążania się, nie przedstawia ich wyczerpującego katalogu. Zastrzega bowiem, że chodzi między innymi o cele wskazane powyżej. W tym kontekście zwraca uwagę zdanie odrębne sędziego Martensa złożone do wyroku w sprawie Saunders przeciwko Zjednoczonemu Królestwu¹⁹. Wskazano w nim słusznie, że choć Trybunał nie wyraził tego wprost, to jednak można przyjąć, iż opiera on swoje stanowisko w kwestii prawa do nieobciążania się na założeniu, że ma ono swoje zakorzenienie w poszanowaniu godności i autonomii człowieka. Trybunał strasburski zarówno w sprawie Saunders przeciwko Zjednoczonemu Królestwu, jak i późniejszym swoim orzecznictwie²⁰, nawiązuje do obowiązku poszanowania woli oskarżonego niedostarczania dowodów na swoją niekorzyść, a także konieczności udowodnienia winy oskarżonego przez oskarżyciela bez odwoływania się do dowodów uzyskanych przemocą lub pod przymusem, sprzecznie z wolą tego pierwszego²¹. Zaakcentowanie wskazanych powyżej racji nie jest bez znaczenia. Nawiązanie do centralnej roli prawa do nieobciążania się w kontekście rzetelności procesowej, a także położenie *implicite* nacisku na godność i autonomię jednostki są ważnymi czynnikami decydującymi nie tylko o randze omawianego uprawnienia, ale także wpływającymi na ustalanie zakresu obowiązywania prawa do nieobciążania się²².

Prawo do nieobciążania się a oskarżenie w sprawie karnej

Przepis art. 6 ust. 1 EKPC w części odnoszącej się do oskarżenia w sprawie karnej interpretowany jest przez Trybunał jako obejmujący swoim zakresem nie tylko postępowania, które mają charakter karny w prawie krajowym, ale także takie, które mają ten charakter w autonomicznym rozumieniu konwencyjnym. Gwarancje rzetelności karnoprosesowej wynikające z art. 6 ust. 1 EKPC dotyczą więc postępowań karnych w klasycznym tego słowa znaczeniu, a także innych postępowań, np. dyscyplinarnych czy nie-

¹⁸ S. Trechsel, *Human Rights...*, *op. cit.*, s. 347–348.

¹⁹ Wyrok ETPC z dnia 17 grudnia 1996 r. w sprawie Saunders przeciwko Zjednoczonemu Królestwu.

²⁰ Por. np. wyroki ETPC wskazane w przypisie 14.

²¹ Wyrok ETPC z dnia 17 grudnia 1996 r., § 68.

²² Warto dostrzec, że związek prawa do nieobciążania się z godnością i autonomią jednostki widoczny jest także na gruncie krajowych porządków prawnych. W tej materii por. uwagi B. Nity, *Konstytucyjne zakorzenienie zasady...*, (w:) J. Skorupka (red.), *Rzetelny proces...*, *op. cit.*, s. 220–234.

których postępowań administracyjnych²³. Ochrona gwarantowana przez art. 6 ust. 1 ETPC jest zatem szersza, niż na pierwszy rzut oka mogłoby się wydawać. W kontekście prawa do nieobciążania się należy dostrzec, że poza postępowaniami karnymi w szerokim tego słowa znaczeniu, a więc obejmującymi także postępowanie o wykroczenia²⁴, czy w polskim kontekście postępowanie karne skarbowe, Trybunał uznawał, iż prawo do nieobciążania znajduje również zastosowanie np. w postępowaniu dotyczącym wyjaśnienia kwestii transakcji finansowych prowadzonym na podstawie francuskiego kodeksu celnego (sprawa Funke przeciwko Francji²⁵) oraz postępowaniu podatkowym prowadzonym w sprawie unikania płacenia podatków (sprawa J. B. przeciwko Szwajcarii²⁶).

W świetle przytoczonych uwag warto jednak zaakcentować istotną kwestię. Trybunał strasburski konsekwentnie uznaje, że problematyczna z perspektywy prawa do nieobciążania może okazać się nie tylko sytuacja, w której w toku postępowania, do którego zastosowanie ma art. 6 ust. 1 EKPC, dana osoba została zmuszona dostarczyć inkryminujący dowód, ale także sytuacja, w której w postępowaniu tym jest albo mógłby być wykorzystany dowód uzyskany pod przymusem w innym postępowaniu. Jako oczywista nasuwa się konkluzja, że to ostatnie powinno być postępowaniem, w którym art. 6 ust. 1 EKPC nie ma zastosowania. Jeżeli bowiem byłoby to postępowanie objęte gwarancją z art. 6 ust. 1 EKPC, to już samo przymusowe uzyskanie dowodu, a nie dopiero jego późniejsze wykorzystanie w innym postępowaniu, byłoby naruszeniem prawa do nieobciążania się. Trybunał strasburski nie zawsze jednak wprost rozstrzyga status postępowania, w którym dowód uzyskiwany jest przymusowo. Niekiedy, ze względu na zarzuty podniesione w sprawie, skład orzekający nie bada kwestii stosowania art. 6

²³ Szerzej o zakresie zastosowania art. 6 ust. 1 EKPC w jego prawnokarnym wymiarze por. np. D. Vitkauskas, G. Dikov, Protecting the right to a fair trial under the European Convention on Human Rights, Strasbourg 2012, s. 16–22.

²⁴ Wyrok ETPC z dnia 8 kwietnia 2004 r. w sprawie Weh przeciwko Austrii, skarga nr 38544/97; wyrok ETPC z dnia 24 marca 2005 r. w sprawie Rieg przeciwko Austrii, skarga nr 63207/00; wyrok ETPC z dnia 29 czerwca 2007 r. w sprawie O'Halloran i Francis przeciwko Zjednoczonemu Królestwu, skarga nr 15809/02 i 25624/02.

²⁵ Warto zauważyć, że Trybunał nie przeprowadził żadnego wyводу w kwestii stosowania art. 6 ust. 1 EKPC do tego postępowania. Po prostu stwierdził, że przepis art. 6 ust. 1 EKPC został naruszony (por. § 44). Problemатyczne jest jednak to, dlaczego tak uznał. Jak się wydaje racją dla takiego wniosku, było przyjęcie *implicite*, że wskazany przepis ma zastosowanie do postępowania toczącego się na podstawie przepisów kodeksu celnego. Wniosek ten jawi się jako zasadny, jeżeli zważyć, że Trybunał odrzucił pogląd, jakoby specyfika omawianego postępowania mogła decydować o tym, że ograniczone zostanie prawo do nieobciążania się. Uczynił to zaś, odwołując się do prawa każdego oskarżonego w „sprawie karnej” w autonomicznym rozumieniu art. 6 ust. 1 EKPC.

²⁶ Wyrok ETPC z dnia 3 maja 2001 r. w sprawie J. B. przeciwko Szwajcarii, skarga nr 31827/96.

ust. 1 EKPC do postępowania, w którym zmuszono skarżącego do przedstawienia inkryminujących dowodów, a uwagę skupia jedynie na fakcie rzeczywistego albo potencjalnego wykorzystania materiału tak uzyskanego w postępowaniu karnym. Sytuacja taka miała miejsce choćby w sprawie Saunders przeciwko Zjednoczonemu Królestwu, w której problemem analizowanym przez Trybunał było wykorzystanie w postępowaniu karnym przeciwko Saundersowi protokołów z jego przesłuchań złożonych w postępowaniu prowadzonym przez inspektorów Wydziału ds. Handlu i Przemysłu. Postępowanie to było prowadzone w celu ustalenia, czy doszło do manipulacji kursem akcji Guinness PLC, co miało pomóc tej spółce w przejściu innej spółki – Distillers Company PLC. W trakcie przesłuchań Saunders był zobowiązany zeznawać zgodnie z prawdą. Trybunał, analizując sprawę, stwierdził, że przedmiotem jego rozważań będzie nie sama możliwość zobowiązania Saundersa do złożenia zeznań w toku postępowania, które toczyło się przed inspektorami Wydziału ds. Handlu i Przemysłu, ale, w związku ze sformułowanymi w sprawie zarzutami stron, wykorzystanie tych materiałów w późniejszym procesie karnym. Trybunał nie rozstrzygał zatem, czy postępowanie administracyjne prowadzone przez wspomnianych inspektorów objęte jest gwarancjami z art. 6 EKPC²⁷. Również w sprawie Kansal przeciwko Zjednoczonemu Królestwu przedmiotem analizy Trybunału była sytuacja zbliżona do opisanej powyżej. W postępowaniu karnym przeciwko skarżącemu, w którym zarzucono mu popełnienie oszustwa oraz ukrywanie majątku przed wierzycielami, wykorzystano protokoły jego zeznań złożone w trakcie przesłuchań w postępowaniu upadłościowym, w toku którego miał on prawny obowiązek zeznawania. Trybunał uznał, że sytuacja jest analogiczna do tej ze sprawy Saunders przeciwko Zjednoczonemu Królestwu i tak też ją analizował²⁸. Jak zatem widać na powyższych przykładach, Trybunał nie zawsze wypowiada się w kwestii kwalifikowania danego postępowania jako karne w rozumieniu EKPC. W sytuacji bowiem, gdy takie postępowanie poprzedza inne o niewątpliwie karnym charakterze, w którym wykorzystywane są inkryminujące dowody, Trybunał strasburski skupia się na analizie tej ostatniej kwestii, nie rozstrzygając jednoznacznie pozostałych wątków danej sprawy.

Ustalenie, że określone postępowanie jest kwalifikowane jako karne w rozumieniu art. 6 ust. 1 EKPC i możliwe jest powołanie się w nim na prawo do nieobciążania się, nie rozstrzyga całości problematyki związanej z funk-

²⁷ Warto jednak zauważyć, że sędziowie de Meyer, Repik oraz Pettiti w swoich zdaniach równoległych wyraźnie stwierdzili, że prawo do nieobciążania się obejmuje swoim zakresem także i takie postępowanie. Nie różni się ono bowiem z perspektywy celu – zebrania materiału dowodowego – od postępowania przygotowawczego w procesie karnym.

²⁸ Wyrok ETPC z dnia 27 kwietnia 2004 r. w sprawie Kansal przeciwko Zjednoczonemu Królestwu, skarga nr 21413/02, § 26–29.

cjonowaniem uprawnienia do niedostarczania dowodów na swoją niekorzyść. Poza bowiem kwestią charakteru danego postępowania istotne znaczenie ma także rozumienie, jak konwencyjne sformułowanie „oskarżenie w sprawie karnej” funkcjonuje w odniesieniu do podmiotu, który chciałby skorzystać z uprawnienia do niedostarczania dowodów na swoją niekorzyść. Co oczywiste, omawianą gwarancją objęty jest oskarżony (w rozumieniu przepisów prawa krajowego). Należy jednak odnotować, że Trybunał nie-rzadko stwierdza naruszenie EKPC w przypadkach, w których dana osoba nie ma statusu oskarżonego, a nawet w sytuacji, gdy nie toczy się przeciwko niej żadne postępowanie. Na gruncie literalnej wykładni EKPC takie podejście może na pierwszy rzut oka wydawać się nieuzasadnione. Skoro bowiem art. 6 ust. 1 EKPC stanowi o oskarżeniu w sprawie karnej, to należałoby założyć, że warunkiem możliwości powołania się na prawo do nieobciążania się jest postawienie danej osoby w stan oskarżenia, a to możliwe jest tylko w toczącym się postępowaniu karnym. Trybunał jednak dokonuje w swoim orzecznictwie autonomicznej wykładni terminu oskarżenie w sprawie karnej, rozszerzając istotnie katalog sytuacji, w których dana osoba zdaniem Trybunału jest oskarżona w rozumieniu konwencyjnym. Zasadniczo można mówić o dwóch rodzajach takich sytuacji.

Po pierwsze, i ta kwestia nie wydaje się szczególnie kontrowersyjna, Trybunał uznaje, że oskarżenie w sprawie karnej należy rozumieć także jako przypuszczenie organów procesowych, iż dana osoba może być sprawcą przestępstwa. Może ono manifestować się zwłaszcza w dokonaniu czynności, które co prawda mają charakter przedprocesowy (np. zatrzymanie, kontrola osobista), ale które wyraźnie świadczą o tym, że dana osoba jest podejrzewana o popełnienie przestępstwa (wykroczenia), a zarazem zmierzają w istocie do zabezpieczenia materiału dowodowego, który pozwoli formalnie daną osobę postawić w stan oskarżenia (przedstawić zarzuty). Bardzo dobrą egzemplifikacją omawianego przypadku jest sprawa Zaichenko przeciwko Rosji. Aleksandr Zaichenko został zatrzymany do kontroli drogowej, którą policja przeprowadzała w celu ustalenia, czy podejrzenia dotyczące kradzieży paliwa z baków samochodów służbowych zgłoszone policji przez prywatnego przedsiębiorcę są uzasadnione. W trakcie kontroli ujawniono, że w samochodzie służbowym Zaichenki znajdują się kanistry z benzyną. Zanim Zaichenko został pouczone o prawie do nieobciążania się, przyznał, że znalezione w samochodzie kanistry zawierają benzynę, która została przelana z baku pojazdu służbowego i którą Zaichenko zamierzał użyć do prywatnych celów. Trybunał, analizując powyższy stan faktyczny, uznał, że w związku z faktem, iż kontrola drogowa odbywała się w kontekście podejrzenia kradzieży paliwa oraz w jej trakcie skarżący nie był w stanie wykazać, że nabył paliwo legalnie (nie dysponował bowiem dowodem jego zakupu), należy uznać, iż doszło do zaistnienia „oskarżenia w sprawie karnej” w rozumieniu

art. 6 Konwencji Europejskiej. Trybunał zwrócił także uwagę, że w związku z faktem, iż oświadczenia skarżącego zostały wykorzystane w toku skierowanego przeciwko niemu postępowania karnego o kradzież, to art. 6 EKPC ma w tej sprawie zastosowanie²⁹. Skład orzekający podkreślił ponadto, że za przedstawionym powyżej wnioskiem przemawia to, iż funkcjonariusz dokonujący przeszukania pojazdu i rozpytujący Zaichenkę uznał za celowe pouczenie go o prawie do nieobciążania się³⁰.

Fakt, że prawo do nieobciążania się może chronić osobę, zanim zostanie przeciwko niej wszczęte postępowanie karne, potwierdza także sprawa Shabelnik przeciwko Ukrainie. W sprawie tej skarżący w toku postępowania przeciwko niemu o porwanie oraz zabójstwo oświadczył, że chce zeznawać na okoliczność innego zabójstwa. Przesłuchany jako świadek przyznał się do niego. Trybunał, analizując ten stan faktyczny, uznał, że Shabelnik nie zeznawał w tej sytuacji jako zwykły świadek zabójstwa, ale po prostu przyznał się do niego jako sprawca. Dlatego też w momencie zeznawania był on „oskarżony w sprawie karnej” w rozumieniu art. 6 Konwencji Europejskiej. Organy procesowe podejrzewały go bowiem o popełnienie przestępstwa³¹.

Za sytuację, w której istnieje podejrzenie, że dana osoba popełniła przestępstwo zostały uznane także okoliczności sprawy Serves przeciwko Francji. Skarżący został oskarżony o popełnienie zabójstwa w trakcie misji wojskowej w Afryce. Postępowanie zostało jednak z przyczyn proceduralnych unieważnione. Po usunięciu wadliwości Serves został wezwany przez sędziego śledczego na świadka, pomimo tego, że jego zdaniem w świetle zebranych dowodów i okoliczności sprawy znanych w związku z wcześniejszym oskarżeniem powinien być mu zostać przedstawiony zarzut popełnienia przestępstwa. Po stawieniu się na przesłuchanie Serves odmówił złożenia przysięgi i został za to ukarany karą finansową. Trybunał, pomimo tego, że skarżący nie został formalnie oskarżony, przeanalizował sprawę pod kątem potencjalnego naruszenia prawa do nieobciążania się³².

Wskazane powyżej orzecznictwo Trybunału strasburskiego jasno dowodzi, że o istnieniu oskarżenia w sprawie karnej nie decyduje nabycie statusu oskarżonego zgodnie z przepisami prawa krajowego (np. poprzez przedstawienie zarzutów), ale kontekst sytuacji, w której dana osoba jest zmuszana do dostarczenia inkryminujących dowodów. Jeżeli wynika z niego, że dana osoba jest podejrzewana albo okoliczności wskazują, że rozsądne jest założenie, iż powinna być traktowana jako podejrzewana o popełnienie prze-

²⁹ Wyrok ETPC z dnia 18 lutego 2010 r. w sprawie Aleksandr Zaichenko przeciwko Rosji, § 42–43.

³⁰ Tamże, § 52.

³¹ Wyrok ETPC z dnia 19 lutego 2009 r. w sprawie Shabelnik przeciwko Ukrainie, § 56–60.

³² Wyrok ETPC z dnia 20 października 1997 r. w sprawie Serves przeciwko Francji, skarga nr 20225/92, § 40–47.

stępstwa (wykroczenia), to osoba taka korzysta z gwarancji prawa do nieobciążania się przewidzianej w art. 6 ust. 1 EKPC.

Po drugie, i ta kwestia rodzi dużo więcej kontrowersji, Trybunał strasburski uznaje, że osobą oskarżoną w rozumieniu EKPC może być osoba, która zmuszana jest w postępowaniu innym niż karne do dostarczenia inkryminujących dowodów, a materiał ten może zostać potencjalnie wykorzystany w postępowaniu karnym przeciwko niej. W tym kontekście w pierwszej kolejności przytoczenia wymaga sprawa Shannon przeciwko Zjednoczonemu Królestwu. Przedmiotem refleksji Trybunału był w niej przymusowy i inkryminujący charakter obowiązku złożenia zeznań przed inspektorem finansowym w postępowaniu toczącym się w celu odzyskania przedmiotów pochodzących z przestępstwa. Skarżący został oskarżony o przestępstwa gospodarcze. W toku tego postępowania został wezwany przez inspektora finansowego do złożenia zeznań dotyczących zysków, które osiągnął z przestępczej działalności. Oskarżony, powołując się na toczące się przeciwko niemu postępowanie karne oraz wskazując na jego związek z pytaniami, które miałyby mu zostać zadane, powołał się na prawo do nieobciążania się i odmówił zeznawania. W wyniku odmowy został skazany na karę pieniężną w wysokości 200 funtów. Trybunał, odnosząc się do stanowiska stron procesowych, stwierdził, że nie musi dojść do wykorzystania w postępowaniu karnym oświadczeń oskarżonego złożonych pod przymusem w innym postępowaniu (albo wykorzystania faktu jego milczenia), aby możliwe było stwierdzenie naruszenia prawa do nieobciążania się. W kontekście badanej sprawy, w związku z faktem, że oskarżony został wezwany i zeznawałby na okoliczności mające znaczenie także dla toczącego się przeciwko niemu postępowania karnego, Trybunał uznał, iż przemawia to za stwierdzeniem naruszenia konwencyjnego prawa do nieobciążania się. Skład orzekający podniósł również, że w prawie angielskim nie istniały żadne gwarancje proceduralne, które chroniłyby przed wykorzystaniem przekazanych inspektorowi informacji w postępowaniu karnym przeciwko skarżącemu. To potwierdza, że doszło do naruszenia prawa oskarżonego do nieobciążania się³³. Co warto podkreślić, w omawianej sprawie, Trybunał strasburski nie poddał analizie, czy przepis art. 6 EKPC ma zastosowanie do postępowania w kwestii odzyskania przedmiotów pochodzących z przestępstwa. Podstawą zatem rozstrzygnięcia była potencjalna możliwość wykorzystania oświadczeń składanych w toku postępowania zmierzającego do odzyskania przedmiotów pochodzących z przestępstwa w postępowaniu karnym toczącym się przeciwko skarżącemu.

³³ Wyrok ETPC z dnia 4 października 2005 r. w sprawie Shannon przeciwko Zjednoczonemu Królestwu, skarga nr 6563/03, § 34–41.

Podobny stan faktyczny Trybunał analizował w sprawie *Marttinen przeciwko Finlandii*. W tym przypadku kluczową kwestią było ukaranie skarżącego karą administracyjną za odmowę ujawnienia majątku w postępowaniu egzekucyjnym, w sytuacji, gdy równolegle toczyło się postępowanie karne dotyczące działania na szkodę wierzycieli. Trybunał uznał, że w niniejszej sprawie doszło do naruszenia prawa do nieobciążania się, ponieważ oskarżony został zobowiązany do dostarczenia potencjalnie inkryminujących dowodów, które mogły zostać wykorzystane przeciwko niemu w postępowaniu karnym³⁴. Sprawa *Marttinen przeciwko Finlandii* potwierdza zatem, że nie tylko wykorzystanie dowodu w postępowaniu karnym może naruszyć prawo do nieobciążania się. Do naruszenia takiego może dojść także, gdy tylko taki dowód uzyskano i potencjalnie mógłby on zostać wykorzystany w innym postępowaniu. Wyrok w sprawie *Marttinen przeciwko Finlandii* nie rozstrzyga jednak jednoznacznie zasadniczej kwestii. Chodzi mianowicie o główną rację stwierdzenia naruszenia EKPC. W kontekście omawianej sprawy, gdy nie dochodzi do wykorzystania inkryminujących materiałów w postępowaniu karnym, o naruszeniu art. 6 ust. 1 EKPC mogą decydować dwojakiego rodzaju okoliczności. Albo jest to fakt, że do postępowania egzekucyjnego stosuje się art. 6 EKPC i w konsekwencji samo zmuszenie danej osoby do złożenia zeznań zgodnych z prawdą powoduje naruszenie prawa do nieobciążania się, albo też o naruszeniu decyduje to, że zebrany w tym postępowaniu przymusowo dowód potencjalnie mógł zostać wykorzystany w postępowaniu karnym. Analiza omawianego wyroku wskazuje, że Trybunał poszedł tą drugą drogą, gdyż skarżący został uznany za oskarżonego w rozumieniu EKPC ze względu na toczące się przeciwko niemu postępowanie karne (które jednak nie zostało rozstrzygnięte merytorycznie do czasu wydania orzeczenia przez Trybunał). Trybunał strasburski nie wskazał jednak, które ze wskazanych powyżej kryteriów ma priorytet w toku analizy zawisłych przed nim spraw.

W omawianym kontekście należy również przyjrzeć się bliżej rozstrzygnięciu Europejskiego Trybunału Praw Człowieka w sprawie *Allen przeciwko Zjednoczonemu Królestwu*. Trybunał stwierdził w nim, że prawo do nieobciążania się nie ma zastosowania do każdego rodzaju postępowania, w którym istnieje obowiązek dostarczenia organom państwa potencjalnie inkryminujących informacji. W analizowanej zatem sprawie konieczność złożenia oświadczenia organom podatkowym nie stanowiła zagadnienia rodzącego wątpliwości z perspektywy art. 6 EKPC, nawet pomimo tego, że jego niezłożenie mogło spotkać się z wymierzeniem sankcji. Trybunał podkreślił także, że skarżący nie wykazał, aby informacja przekazana organom skarbowym

³⁴ Wyrok ETPC z dnia 21 kwietnia 2009 r. w sprawie *Marttinen przeciwko Finlandii*, skarga nr 19235/03, § 58–76.

została wykorzystana przeciwko niemu w postępowaniu karnym. Nie zostało ono nawet przeciwko niemu wszczęte. Skład orzekający podniósł ponadto, że nie groziła skarżącemu odpowiedzialność karna za niezłożenie oświadczenia. To, że został on pociągnięty do odpowiedzialności karnej, wiązało się z faktem, że złożył on fałszywe oświadczenie. Tym samym wszczęte postępowanie karne nie było sankcją za niedopełnienie obowiązku, ale wdrożeniem odpowiedzialności karnej za inne przestępstwo – przeciwko wiarygodności dokumentów. Trybunał strasburski nie wykluczył, że mogło być tak, że skarżący skłamał w celu ochrony przed pociągnięciem do odpowiedzialności karnej. Zdaniem składu orzekającego prawo do nieobciążania się nie może jednak być interpretowane jako zapewniające ogólną ochronę przed wszelkimi działaniami motywowanymi chęcią uniknięcia dochodzenia prowadzonego przez organy skarbowe. Trybunał wskazał też – choć nie określił, jakie to miało dla rozstrzygnięcia znaczenie – że skarżącemu groziła kara finansowa do 300 funtów, w przeciwieństwie do kary pozbawienia wolności, jaka groziła skarżącemu w sprawie Saunders przeciwko Zjednoczonemu Królestwu³⁵.

W kontekście omawianej problematyki należy poddać analizie także sprawę Weh przeciwko Austrii³⁶. Trybunał rozważał w niej sytuację, w której właściciel pojazdu został w postępowaniu administracyjnym pod groźbą grzywny zobowiązany do ujawnienia tożsamości osoby prowadzącej jego pojazd utrwalony na zdjęciu, gdy przekroczone nim dopuszczalną prędkość. Przekazał on dane osoby mieszkającej w Stanach Zjednoczonych. Oświadczenie to zostało uznane za niewiarygodne i w konsekwencji skarżącego skazano na karę grzywny za podanie nieprawdziwych danych. Trybunał analizując, czy w sprawie nie doszło do naruszenia prawa do nieobciążania się, wskazał w pierwszej kolejności, że w kontekście tego prawa można wyróżnić dwa rodzaje spraw. Chodzi albo o sytuacje, gdy dana osoba w toku postępowania karnego jest zmuszana do dostarczenia dowodów na swoją niekorzyść, albo o przypadki, gdy w postępowaniu karnym – toczącym się albo antycypowanym – wykorzystywane są informacje uzyskane przymusowo w innego rodzaju postępowaniu. Z orzecnictwa Trybunału wynika, że nie zawsze wymuszenie dostarczenia określonych informacji musi oznaczać naruszenie prawa do nieobciążania się. Trybunał wskazał bowiem, że obowiązki dostarczenia informacji w postępowaniach niebędących karnymi w sytuacji, gdy danej osobie nie groziło lub nie było prowadzone postępowanie karne, jako takie nie naruszają EKPC. Przechodząc do analizy niniejszej sprawy, skład orzekający podniósł, że w czasie, gdy zobowiązano skarżącego do przedstawienia danych osoby, która prowadziła pojazd, nie toczy-

³⁵ Decyzja ETPC z dnia 10 września 2002 r. w sprawie Allen przeciwko Zjednoczonemu Królestwu, skarga nr 76574/01.

³⁶ Wyrok ETPC z dnia 8 kwietnia 2004 r. w sprawie Weh przeciwko Austrii.

ło się przeciwko oskarżonemu żadne postępowanie karne. Nie można było również antycypować takiego postępowania, skoro organy ścigania nie były w posiadaniu jakiegokolwiek dowodu, że łamiącym przepisy drogowe był skarżący. Nie był on zatem oskarżonym w rozumieniu EKPC. Trybunał podniósł ponadto, że skarżącego zobowiązano do podania wyłącznie danych osoby, która prowadziła pojazd, co samo w sobie nie było inkryminujące. Związek zaś między postępowaniem o podanie danych osoby prowadzącej pojazd i potencjalnym postępowaniem przeciwko osobie naruszającej przepisy drogowe jest daleki i hipotetyczny. W związku z powyższym nie doszło do naruszenia prawa do nieobciążania się³⁷.

Wskazane orzeczenie zapadło większością głosów cztery do trzech. Sędziowie Lorenzen, Levits i Hajiyev w zdaniu odrębnym nie zgodzili się z większością i uznali, że postępowanie dotyczące ujawnienia danych prowadzącego pojazd oraz postępowanie w sprawie o wykroczenie są ściśle ze sobą związane i z tego względu należy uznać, że skarżący był osobą oskarżoną w rozumieniu art. 6 EKPC. Sędziowie ci wskazali także, że nie ma znaczenia, czy właściciel pojazdu odmawia podania danych, czy też podaje informacje nieprawdziwe albo niepełne. Czyni to bowiem w celu uniknięcia pociągnięcia do odpowiedzialności karnej. Właściciel pojazdu jest ponadto zmuszany do dostarczenia oskarżeniu decydującego dowodu jego winy, co mocno ogranicza szanse jakiegokolwiek skutecznej obrony. Sędziowie zgłaszający zdanie odrębne uznali również, że wymiar grożącej skarżącemu grzywny za niewskazanie kierującego pojazdem był na tyle poważny, że stosowanie takiego przymusu naruszyło prawo do nieobciążania się. W zdaniu odrębnym podniesiono także, że interes społeczny, jakim jest ściganie naruszeń prawa drogowego, nawet jeśli uznać go za uzasadniony, nie może być racją do wyłączenia stosowania jednego z podstawowych praw proceduralnych jednostki³⁸.

Na zakończenie warto przyjrzeć się sprawie Heaney and McGuinness przeciwko Zjednoczonemu Królestwu³⁹. Skarżący podnosili w niej, że zostali zatrzymani i przesłuchani w związku z podejrzeniem zamachu na brytyjskie wojska stacjonujące w Irlandii Płn. Na podstawie sekcji 52 ustawy o przestępstwach przeciwko państwu z 1939 r. zostali w toku przesłuchania zobowiązani do złożenia prawdziwych zeznań dotyczących ich zachowania w czasie, w którym dokonano zamachu. Niepodporządkowanie się obowiązкови zagrożone było karą do sześciu miesięcy pozbawienia wolności. W związku z odmową zeznań, skarżący zostali skazani na taką karę. Nie

³⁷ Tamże, § 39–57.

³⁸ Por. zdanie odrębne sędziów Lorenzena, Levitsa oraz Hajiyeva.

³⁹ Wyrok ETPC z dnia 21 grudnia 2000 r. w sprawie Heaney and McGuinness przeciwko Zjednoczonemu Królestwu, skarga nr 34720/97. Por. też podobnie rozstrzygniętą sprawę Quinn przeciwko Irlandii w wyroku ETPC z dnia 21 grudnia 2000 r., skarga nr 36887/97.

zostali jednak skazani za jakiekolwiek inne przestępstwo w późniejszym postępowaniu karnym. Trybunał, rozpoznając sprawę, stwierdził, że ta ostatnia kwestia nie ma znaczenia oraz że przepis art. 6 ust. 1 EKPC ma zastosowanie w omawianej sprawie. Skład orzekający uznał, że doszło do naruszenia Konwencji, o czym świadczyła możliwość wymierzenia sankcji za niezłożenie zeznań, a także brak jasnego unormowania w prawie brytyjskim wykluczającego możliwość użycia protokołów zeznań w postępowaniu karnym przeciwko skarżącym⁴⁰. W sprawie tej jednak Trybunał nie określił wprost z jakiego powodu uznał, że przepis art. 6 ust. 1 EKPC znajduje zastosowanie, ograniczając się do stwierdzenia, że skarżący byli oskarżeni w rozumieniu tego przepisu. Można sugerować, że wiązało się to z przyjęciem, iż przepis ten ma zastosowanie do postępowania toczącego się na podstawie ustawy o przestępstwach przeciwko państwu z 1939 r. Trybunał wskazał bowiem w wyroku, że nie jest jego rolą w tej sprawie ocena wpływu, jaki na prawo do nieobciążania się mogłoby mieć bezpośrednie lub pośrednie wykorzystanie oświadczeń oskarżonych w późniejszym postępowaniu karnym. Przy takiej zatem interpretacji sprawę tę należałoby zaklasyfikować jako identyczną ze sprawami *Funke przeciwko Francji*⁴¹ oraz *J. B. przeciwko Szwajcarii*⁴². W omawianej konfiguracji nie jest jednak wykluczone także wyinterpretowanie istnienia oskarżenia w sprawie karnej z potencjalnej możliwości wykorzystania oświadczeń skarżących w antycypowanym postępowaniu karnym przeciwko nim. Orzeczenie to nie daje zatem jasnej odpowiedzi na pytanie, jak należy rozstrzygać stosowanie standardów z art. 6 ust. 1 EKPC w sytuacji, gdy dana osoba jest wzywana do dostarczenia inkryminujących dowodów w postępowaniu innym niż karne, a postępowanie karne wszczęte później nie kończy się skazaniem tej osoby albo nie jest nawet w ogóle wszczynane.

Podsumowując, należy zauważyć, że z orzecznictwa Trybunału strasburskiego wynika, iż możliwość powołania się na ochronę gwarantowaną przez prawo do niedostarczania dowodów na swoją niekorzyść aktualizuje się przede wszystkim w sytuacji, gdy w postępowaniu karnym przeciwko danej osobie jest ona zobowiązana do dostarczenia inkryminujących dowodów albo też takie dowody uzyskane w innym postępowaniu są w postępowaniu karnym wykorzystywane. Zauważyć jednak należy, że Trybunał rozszerza zakres oddziaływania prawa do nieobciążania, wskazując, że może ono mieć także zastosowanie w tych sytuacjach, w których postępowanie karne się nie toczy, ale dana osoba jest oskarżona w autonomicznym rozumieniu EKPC. Chodzi przede wszystkim o dokonywanie czynności przed formalnym wszczęciem postępowania przeciwko osobie, które pozwalają uznać, że jest

⁴⁰ Wyrok ETPC z dnia 21 grudnia 2000 r., § 47–59.

⁴¹ Wyrok ETPC z dnia 25 lutego 1993 r. w sprawie *Funke przeciwko Francji*.

⁴² Wyrok ETPC z dnia 3 maja 2001 r. w sprawie *J. B. przeciwko Szwajcarii*.

ona traktowana jako osoba podejrzana (np. utrwalenie oświadczeń zatrzymanego, ale także w szczególnych okolicznościach przesłuchanie w charakterze świadka). W grę wchodzi jednak także sytuacja, w której osoba zobowiązana jest do dostarczenia obciążających dowodów w postępowaniu o charakterze innym niż karne, a informacje te mogą zostać wykorzystane w toczącym się równolegle lub mogącym zostać wszczętym postępowaniem karnym. Ścisłe jednak określenie, w jakich sytuacjach mamy do czynienia z antycypowanym postępowaniem karnym, jawi się jako problematyczne. Trybunał bowiem – w sposób daleki od precyzji i bazując na okolicznościach danej sprawy – określa, czy w danej sprawie potencjalna możliwość wszczęcia postępowania karnego uzasadnia przyjęcie, że naruszono prawo do nieobciążania się.

Rozumienie terminu dostarczanie dowodów na swoją niekorzyść

Po ustaleniu, w jakich sytuacjach prawo do nieobciążania się chroni jednostkę, kolejną istotną kwestią jest sprecyzowanie, co należy rozumieć jako dostarczanie dowodów na swoją niekorzyść. W tym kontekście Trybunał strasburski nie uznaje, że inkryminującymi dowodami są wyłącznie dowody, które wprost wskazują na niekorzystne dla oskarżonego okoliczności rzutuujące na przypisanie mu odpowiedzialności karnej. Nie chodzi więc tylko o przyznanie się czy potwierdzenie okoliczności znamionujących przestępstwo. Trybunał zaznacza, że każda wypowiedź, która może zostać wykorzystana przeciwko oskarżonemu, objęta jest zakresem prawa do nieobciążania się. Nawet bowiem oświadczenia, w których dana osoba zaprzecza swojemu sprawstwu albo wyłącznie relacjonuje określone okoliczności sprawy mogą w praktyce zostać wykorzystane przez oskarżyciela jako dowód obciążający, na przykład podważający wiarygodność albo kwestionujący okoliczności, które oskarżony powołuje na swoją obronę⁴³. Dobrze obrazuje to przytaczana już powyżej sprawa Saunders przeciwko Zjednoczonemu Królestwu. Choć wypowiedzi skarżącego złożone przed inspektorami Departamentu ds. Handlu i Przemysłu nie były inkryminujące, to w postępowaniu karnym przeciwko skarżącemu użyto ich w celu wykazania, że kłamał on w trakcie przesłuchań, a w konsekwencji, że jest on osobą niewiarygodną.

Z perspektywy zakresu prawa do nieobciążania się, poza treścią czy potencjalnym „kierunkiem” danego dowodu, nie ma znaczenia także charakter

⁴³ Por. wyrok ETPC z dnia 17 grudnia 1996 r. w sprawie Saunders przeciwko Zjednoczonemu Królestwu, § 71; wyrok ETPC z dnia 18 lutego 2010 r. w sprawie Aleksandr Zaichenko przeciwko Rosji, § 54.

danego dowodu. Może to zatem być każdy dowód osobowy (zeznania, wyjaśnienia) czy dowód rzeczowy.

Przymus dostarczenia dowodu na swoją niekorzyść

S. Treschel trafnie wskazuje, że kluczowe znaczenie na gruncie orzecznictwa strasburskiego ma pytanie o rozumienie terminu niedopuszczalny przymus (*improper compulsion*), który prowadzi do uzyskania dowodu, i jak stwierdza Trybunał, zniweczenia istoty prawa do nieobciążania się (*extinguishes the very essence of the applicant's rights to silence and against self-incrimination*). Ogólnie można powiedzieć, że chodzi o wszelkie środki (tak bezpośrednie, jak i pośrednie), których rolą jest przymuszenie danej osoby do dostarczenia oczekiwanych przez organy państwa dowodów. Warto podkreślić, że nie ma znaczenia to, czy w danej sprawie środek przymusu został zastosowany. Wystarczające może okazać się jedynie istnienie groźby jego użycia⁴⁴. Trybunał zawsze jednak dokonuje analizy konkretnych okoliczności danej sprawy i na tej podstawie ustala, czy doszło do naruszenia istoty prawa do nieobciążania się. Przedmiotem weryfikacji jest przede wszystkim charakter i stopień stosowanego przymusu, istnienie stosownych gwarancji procesowych dla osoby dostarczającej dowód oraz to, czy dowód uzyskany w wyniku stosowanego przymusu został wykorzystany⁴⁵. Warto jednak dostrzec, że w sprawie Jalloh przeciwko Niemcom Trybunał dodał także jeszcze jedno kryterium do powyższej listy, a mianowicie wagę interesu publicznego w ściganiu określonych rodzajów przestępstw⁴⁶. Już zatem na poziomie ogólnych kryteriów weryfikacji naruszenia prawa do niedostarczania dowodów na swoją niekorzyść dochodzi do rozbieżności w orzecznictwie Trybunału. W wyroku w sprawie Jalloh przeciwko Niemcom skład orzekający nie odniósł się niestety do tego, z jakich powodów kryterium interesu publicznego zostało akurat w tej sprawie uwzględnione, ani też nie wskazał, czy jest to kryterium, które także w innych sprawach powinno być każdorazowo brane pod uwagę.

Przechodząc do analizy poszczególnych spraw, w których Trybunał strasburski badał wpływ powyższych kryteriów na kwestię przestrzegania prawa do nieobciążania się, należy w pierwszej kolejności zauważyć, że o stwierdzeniu naruszenia EKPC decyduje przede wszystkim istnienie bezpośredniej sankcji za niedostarczenie inkryminującego dowodu, a także wy-

⁴⁴ S. Summers, *Fair Trials...*, *op. cit.*, s. 157.

⁴⁵ Por. np. wyrok ETPC z dnia 5 listopada 2002 r. w sprawie Allan przeciwko Zjednoczonemu Królestwu, § 44.

⁴⁶ Wyrok ETPC z dnia 11 lipca 2006 r. w sprawie Jalloh przeciwko Niemcom, § 117.

korzystanie takiego dowodu jako decydującego o winie oskarżonego w skierowanym przeciwko niemu postępowaniu.

W sprawie Saunders przeciwko Zjednoczonemu Królestwu Trybunał uznał, że oskarżony miał obowiązek złożenia zeznań przed inspektorami Wydziału ds. Handlu i Przemysłu. Odmowa groziła nałożeniem grzywny lub pozbawieniem wolności do 2 lat. Dodatkowo nie można było skorzystać z prawa odmowy odpowiedzi na pytanie, gdy odpowiedź miałaby inkryminujący charakter. W konsekwencji Trybunał stwierdził naruszenie Konwencji Europejskiej⁴⁷.

W sprawie Shannon przeciwko Zjednoczonemu Królestwu przedmiotem refleksji Trybunału była kwestia obowiązku złożenia zeznań przed inspektorem finansowym w postępowaniu toczącym się w celu odzyskania przedmiotów pochodzących z przestępstwa. Skarżący, powołując się na prawo do nieobciążania się, odmówił zeznawania, za co został skazany na karę pieniężną w wysokości 200 funtów. Trybunał, analizując sprawę, stwierdził, że wzięcia pod uwagę wymaga to, jakiego rodzaju środek przymusu został zastosowany w celu uzyskania zeznań danej osoby. Nie każda bowiem sytuacja, w której stosowany jest środek przymusu, automatycznie powoduje, że dochodzi do naruszenia rzetelności procesowej. W omawianym jednak przypadku, w związku z faktem, że oskarżony został zobowiązany do zeznawania i zeznawałby na okoliczności mające znaczenie także dla toczącego się przeciwko niemu postępowania karnego, Trybunał stwierdził naruszenie prawa do niedostarczania dowodów na swoją niekorzyść. Skład orzekający zauważył także, że nie było żadnych rozwiązań proceduralnych gwarantujących, iż przekazane informacje nie zostaną wykorzystane w postępowaniu karnym przeciwko skarżącemu⁴⁸.

W sprawie Heaney i McGuinness przeciwko Zjednoczonemu Królestwu skarżący zostali zatrzymani i przesłuchani w związku z podejrzeniem zamachu na brytyjskie wojska stacjonujące w Irlandii Płn. Na podstawie sekcji 52 ustawy o przestępstwach przeciwko państwu z 1939 r. zostali zobowiązani do złożenia prawdziwych zeznań w toku przesłuchania dotyczących tego, co robili w momencie zamachu. Niepodporządkowanie się obowiązkowi groziło karą nieprzekraczającą sześciu miesięcy pozbawienia wolności. W związku z niespełnieniem obowiązku oskarżeni zostali na taką karę skazani. Trybunał uznał, że doszło w tym przypadku do naruszenia Konwencji Europejskiej, gdyż wymierzono skarżącym sankcję za niezłożenie zeznań, a ponadto brak

⁴⁷ Wyrok ETPC z dnia 17 grudnia 1996 r. w sprawie Saunders przeciwko Zjednoczonemu Królestwu, § 70.

⁴⁸ Wyrok ETPC z dnia 4 października 2005 r. w sprawie Shannon przeciwko Zjednoczonemu Królestwu, § 34–41.

było w prawie brytyjskim jasnego unormowania wykluczającego możliwość użycia takiego zeznania w postępowaniu karnym przeciwko skarżącemu⁴⁹.

Dla kontrastu warto jednak zwrócić uwagę na dwie inne sprawy, w których Trybunał nie stwierdzał naruszenia Konwencji. W sprawie *Serves* przeciwko Francji skarżący został wezwany przez sędziego śledczego na świadka, pomimo tego, że jego zdaniem powinien mu być, w świetle zebranych dowodów, zostać przedstawiony zarzut popełnienia przestępstwa. *Serves* omówił złożenia przysięgi i za to został ukarany karą finansową. Trybunał stwierdził, że skarżący słusznie obawiał się, że udzielenie odpowiedzi na pytania sędziego śledczego mogłoby okazać się inkryminujące. Dopuszczalne byłoby zatem, gdyby odmówił on odpowiedzi na pytania, które mogłyby doprowadzić do tego, że obciążyłby się. Skarżący odmówił jednak złożenia przysięgi i za to został ukarany. Kara ta, zdaniem Trybunału, nie miała na celu przymuszenia go do zeznawania, ale wyegzekwowanie obowiązku gwarantującego prawdziwości składanych zeznań. Tym samym nie doszło do naruszenia prawa do nieobciążania się⁵⁰. Wyrok ten zapadł jednak większością głosów, a w zdaniu odrębnym sędziowie Pekkanen, Wildhaber i Markarczyk wskazali, że zobowiązanie skarżącego do złożenia przysięgi należy w okolicznościach sprawy traktować jako przymus naruszający prawo do nieobciążania się. Skarżący bowiem mógł czuć się zobowiązany do zeznania zgodnie z prawdą po jej złożeniu. Sędzia śledczy, nalegając na złożenie przysięgi i nie dając skarżącemu możliwości uzasadnienia jej niezłożenia, doprowadził do tego, że znalazł się on w sytuacji naruszającej prawo do nieobciążania się.

W sprawie *Allen* przeciwko Zjednoczonemu Królestwu skarżący został zobowiązany przez organy skarbowe do złożenia deklaracji dotyczącej jego majątku. Oświadczenie takie pod groźbą zastosowania sankcji o charakterze finansowym złożył, ale okazało się ono niezgodne z prawdą. Trybunał podkreślił, że w badanej sprawie skarżący nie wykazał, że informacja przekazana organom skarbowym została wykorzystana przeciwko niemu w postępowaniu karnym. Nie zostało także wszczęte przeciwko niemu postępowanie karne i nie groziła mu odpowiedzialność karna za niezłożenie oświadczenia. Został natomiast pociągnięty do odpowiedzialności za złożenie fałszywego zeznania. Postępowanie karne zostało zatem wszczęte, ale o inne przestępstwo niż przestępstwo niedostarczenia informacji, które miałyby być inkryminujące. Trybunał nie wykluczył, że mogło być tak, że skarżący skłamał w celu ochrony siebie przed postępowaniem karnym. Zarazem jednak uznał, że prawo do nieobciążania się nie może być interpretowane jako zapewnia-

⁴⁹ Wyrok ETPC z dnia 21 grudnia 2000 r. w sprawie *Heaney and McGuinness* przeciwko Zjednoczonemu Królestwu, skarga nr 34720/97, § 47–59. Por. też podobnie rozstrzygniętą sprawę *Quinn* przeciwko Irlandii w wyroku ETPC z dnia 21 grudnia 2000 r.

⁵⁰ Wyrok ETPC z dnia 20 października 1997 r. w sprawie *Serves* przeciwko Francji, § 47.

jące ogólną ochronę przed każdego rodzaju działaniami motywowanymi chęcią uniknięcia dochodzenia prowadzonego przez organy skarbowe. Trybunał zaznaczył także – choć nie określił, jakie to ma dla rozstrzygnięcia znaczenie – że skarżącemu groziła kara finansowa do 300 funtów za niezłożenie deklaracji, w przeciwieństwie do kary pozbawienia wolności, która groziła skarżącemu w sprawie Saunders przeciwko Zjednoczonemu Królestwu⁵¹.

Analizowane powyżej sprawy nie dają jasnej odpowiedzi na pytanie, jakiego rodzaju przymus jest przez Trybunał uznawany za naruszający istotę prawa do nieobciążania. Bez wątpienia nie jest to każdego rodzaju przymus. Niejasne jest jednak odwołanie się przez Trybunał do wysokości kary pieniężnej za niezłożenie oświadczenia o stanie majątkowym w sprawie Allen przeciwko Zjednoczonemu Królestwu. Rodzi to bowiem pytanie, czy wymiar potencjalnej sankcji może mieć decydujący wpływ na stwierdzenie naruszenia EKPC. Ponadto, wątpliwości budzi to, jakie zachowanie jednostki sprawia, że będzie ona później mogła powołać się na ochronę gwarantowaną przez prawo do nieobciążania się. Ze sprawy *Serves* przeciwko Francji wynika bowiem, że skarżący powinien był złożyć przysięgę przed przesłuchaniem a następnie odmówić odpowiedzi na pytania, które mogłyby prowadzić do samooskarżenia się. W związku z faktem, że odmówił już złożenia przysięgi, to na prawo do nieobciążania się nie mógł się skutecznie powołać. Zróżnicowanie powyższe jest jednak wątpliwe, czego dowodzi uzasadnienie zdania odrębnego złożonego do wyroku w omawianej sprawie. W konsekwencji nie sposób wskazać precyzyjnie kryteriów, które decydowałyby o uznaniu określonego rodzaju sankcji za naruszającą prawo do nieobciążania się. Można jedynie, jak się wydaje, zaryzykować stwierdzenie, że uznanie przez Trybunał strasburski, iż prawo do nieobciążania się zostało naruszone, jest najbardziej prawdopodobne w tych sytuacjach, w których dana osoba wyłącznie odmawia dostarczenia inkryminujących informacji (a nie np. dostarcza informacje nieprawdziwe czy podejmuje działania zmierzające do niemożności zadania stosownych pytań w trakcie przesłuchania) i grozi za to wprost sankcja o charakterze finansowym albo pozbawienie wolności.

Obok przypadków, w których stosowane są sankcje za niedostarczenie potencjalnie inkryminującego dowodu, Trybunał stwierdzał także naruszenie EKPC w tych sytuacjach, w których organy państwa nie zmuszały oskarżonego do przedstawienia obciążających dowodów, ale podstępnie usiłowały takowe uzyskać. Obrazuje to sprawa *Allan* przeciwko Zjednoczonemu Królestwu, w której skarżący w toku postępowania karnego toczącego się przeciwko niemu konsekwentnie odmawiał wyjaśnień. Inkryminujący go materiał

⁵¹ Decyzja ETPC z dnia 10 września 2002 r. w sprawie *Allen* przeciwko Zjednoczonemu Królestwu.

udało się policji uzyskać dzięki dokonaniu potajemnych nagrań rozmów skarżącego z innymi osobami odwiedzającymi go w izbie zatrzymań oraz w zakładzie karnym, a przede wszystkim z informatorem policyjnym, który został umieszczony w celi skarżącego w celu wydobywania od niego przyznania się do popełnienia przestępstwa zabójstwa. Dowody te, jak ustalił Trybunał, stanowiły później trzon materiału, który został użyty przeciwko Allanowi w toku postępowania przed sądem. Trybunał strasburski, analizując, czy doszło do naruszenia prawa do milczenia wskazał, że żadne z utrwalonych wypowiedzi skarżącego nie zostały wymuszone. Co więcej, był on świadomy, że jego rozmowy, choć tylko te na komisariacie policji, mogą być potajemnie nagrywane. Trybunał zauważył jednak, że prawo do nieobciążania się nie może być limitowane wyłącznie do tych sytuacji, w których stosowano przymus albo wola oskarżonego nieujawniania danego dowodu została wprost przełamana. Dotyczy ono także tych przypadków, w których za pomocą podstępnych metod organy ścigania dążą do wydobywania informacji, których nie mogą uzyskać w toku przesłuchania ze względu na skorzystanie przez oskarżonego z prawa do milczenia. Trybunał, odwołując się do orzecznictwa kanadyjskiego Sądu Najwyższego, uznał jednak, że to, czy w danej sprawie dojdzie do naruszenia prawa do nieobciążania się, zależy od szczególnych jej okoliczności. Przyjął zatem, że, po pierwsze, w związku z działaniem w omawianej sprawie osoby prywatnej (informatora policyjnego), konieczne jest wykazanie, że działała ona w porozumieniu z organami państwa. Ważne jest również, jaka była rola tej osoby w pozyskiwaniu informacji. Znaczenie ma bowiem to, czy miała ona charakter aktywny, czy pasywny. Wzięcia pod uwagę wymaga ponadto, to w jakich relacjach pozostają ze sobą oskarżony i informator. Trybunał zwrócił uwagę, że w sprawie Allana oświadczenia złożone informatorowi policyjnemu nie były spontaniczne, ale wynikały z dążenia informatora do wydobywania informacji od skarżącego. Skład orzekający wskazał zatem, że w istocie funkcjonalnie odpowiadały one czynności przesłuchania. Podniósł on ponadto, że choć nie doszło do stosowania przymusu ani też nie było szczególnej relacji między informatorem a skarżącym, to jednak wiadomości te ze względu na presję psychologiczną, w jakiej znajdował się skarżący (co sprawiało, że był podatny na dążenie do zdobycia zaufania przez informatora), doszło do naruszenia prawa do milczenia oraz prawa do nieobciążania się⁵².

Podstępne działanie nie zawsze jednak kwalifikowane jest przez Trybunał jako naruszenie prawa do nieobciążania się. W sprawie Bykov przeciwko Rosji jednym z dowodów obciążających oskarżonego było nagranie dokonane potajemnie w domu skarżącego przez osobę prywatną, która działała na

⁵² Wyrok ETPC z dnia 5 listopada 2002 r. w sprawie Allan przeciwko Zjednoczonemu Królestwu, § 50–53.

polecenie policji i została przez organy ścigania wyposażona w urządzenie do nagrywania. Trybunał zauważył, że w badanej sprawie skarżący nie był zmuszony do rozmowy z informatorem policyjnym. W odróżnieniu od sprawy Allan przeciwko Zjednoczonemu Królestwu nie był on też pozbawiony wolności. Ponadto, relacja między obiema wspomnianymi osobami (podległości informatora w stosunku do skarżącego) nie wymuszała jakiegokolwiek zachowania ze strony skarżącego. W związku z powyższym nie wystąpił żaden element przymusu, który naruszyłby prawo skarżącego do nieobciążania się⁵³. Dodatkowo Trybunał wskazał, że dowód w postaci nagrania rozmowy był tylko jednym spośród wielu innych przemawiających za winą skarżącego⁵⁴. Warto jednak zwrócić uwagę, że powyższe rozumowanie zakwestionował w swoim zdaniu odrębnym sędzia Costa. Stwierdził on, że rozmowa pomiędzy skarżącym a informatorem została zainspirowana przez tego ostatniego i skarżący został w nią wciągnięty. Sytuacja zatem w tym sensie nie różniła się od tej ze sprawy Allan przeciwko Zjednoczonemu Królestwu. Dodatkowo sędzia Costa zwrócił uwagę, że dowód z nagrania miał decydujące znaczenie dla skazania skarżącego. To jego zdaniem wskazuje, że art. 6 Konwencji Europejskiej został jednak naruszony⁵⁵. Identyfikując do tej kwestii podszedł w swoim zdaniu odrębnym sędzia Spielmann (zdanie odrębne zostało podzielone także przez sędziów: Rozakisa, Tulkens, Casadevallę oraz Mijović), który wskazał, że podobnie jak w sprawie Allan przeciwko Zjednoczonemu Królestwu, należy uznać, iż potajemne nagranie stanowiło ekwiwalent przesłuchania. Zmierało ono bowiem do wydobycia przyznania się, od osoby podejrzewanej o popełnienie przestępstwa, która nie chciała przyznać się do winy. W tym kontekście trudno uznać, zdaniem sędziego Spielmanna, że wypowiedzi skarżącego były dobrowolne i spontaniczne⁵⁶. Przytoczone powyżej zdania odrębne wyraźnie wskazują, że okoliczności sprawy Bykov przeciwko Rosji mogą być interpretowane przynajmniej w dwojaki sposób. Jeżeli decydujące znaczenie dla ustalenia naruszenia EKPC miałyby mieć podstępne wydobycie inkryminujących oświadczeń, to omawiana sprawa, jak się wydaje, powinna być zostać potraktowana identycznie jak sprawa Allan przeciwko Zjednoczonemu Królestwu. Trybunał uznał jednak, że decydujące znaczenie ma raczej kontekst, w jakim podstępnie uzyskane wypowiedzi padły (dobrowolność, dom jako miejsce rozmowy), niż sam fakt posłużenia się podstępem dla ich uzyskania.

W omawianym kontekście rozważenia wymaga również stanowisko Trybunału w sprawie Jalloh przeciwko Niemcom. Skład orzekający wskazał

⁵³ Wyrok ETPC z dnia 10 marca 2009 r. w sprawie Bykov przeciwko Rosji, skarga nr 4378/02, § 102.

⁵⁴ Tamże, § 103.

⁵⁵ Por. punkty 9–13 zdania odrębnego.

⁵⁶ Por. część II zdania odrębnego.

w niej, że istotne znaczenie dla analizy naruszenia prawa do nieobciążania się może mieć poza zagadnieniami związanymi z kontekstem stosowanych sankcji przymuszających, także interes publiczny w ściganiu określonego rodzaju przestępstw. W sprawie tej stan faktyczny przedstawiał się następująco. Skarżący w trakcie zatrzymania przez Policję, pod zarzutem handlu środkami odurzającymi, połknął woreczek z nieznaną substancją. W wyniku przymusowego podania mu emetyków Jalloh wymiotował woreczek, który, jak się okazało, zawierał 0,2182 grama kokainy. Dowód z zawartości woreczka został dopuszczony w toku postępowania przed sądami niemieckimi. Rozstrzygając zarzut naruszenia prawa do nieobciążania się, Trybunał strasburski wskazał, że Jalloh był wyłącznie drobnym ulicznym dealerem, a więc użycie tak poważnego środka jak przymusowe podanie emetyków w celu odzyskania woreczka z narkotykami, który połknął w trakcie zatrzymania, nie było w stosunku do niego proporcjonalne. *A contrario* można zatem wnioskować, że środek ten mógłby być proporcjonalny w przypadku osoby, której znaczenie w obrocie narkotykami byłoby bardziej znaczące. Warto jednak dostrzec, że stanowisko powyższe kontrastuje z często powtarzanym w innych orzeczeniach Trybunału stwierdzeniem, że interes publiczny nie może być argumentem przemawiającym za odstępieniem od ochrony gwarantowanej przez prawo obrony, w tym prawo do niedostarczania dowodów na swoją niekorzyść⁵⁷.

Stanowisko wyrażone w sprawie Jalloh przeciwko Niemcom trudno ocenić jednoznacznie. Z jednej strony można byłoby uznać je za jednostkowe odstępstwo od ukształtowanej linii orzeczniczej Trybunału. Z drugiej jednak należy wziąć pod uwagę, że choć nie zawsze wprost, interes publiczny jest istotną przesłanką, na której opiera się orzecznictwo Trybunału, uznające, iż nałożenie na właściciela pojazdu pod groźbą sankcji finansowych obowiązku ujawnienia tożsamości osoby prowadzącej pojazd, jeżeli zarejestrowano, że popełniono nim wykroczenie, nie stanowi naruszenia prawa do nieobciążania się. Stosowany przymus wynika bowiem ze szczególnego reżimu regulacyjnego związanego z posiadaniem pojazdu, którego używanie może prowadzić do uszczerbku na zdrowiu innych osób. Właściciel pojazdu musi zatem zaakceptować ograniczenia wynikające z tego reżimu⁵⁸. W tym jednak świetle można zasadnie postawić pytanie, czy akceptacja stanowiska Trybunału nie oznacza *de facto*, że w pewnych sprawach karnych prawo do

⁵⁷ Por. np. wyrok ETPC z dnia 17 grudnia 1996 r. w sprawie Saunders przeciwko Zjednoczonemu Królestwu, § 74; wyrok ETPC z dnia 18 lutego 2010 r. w sprawie Aleksandr Zaichenko przeciwko Rosji, § 39; wyrok ETPC z dnia 10 marca 2009 r. w sprawie Bykov przeciwko Rosji, § 93.

⁵⁸ Wyrok ETPC z dnia 29 czerwca 2007 r. w sprawie O'Halloran and Francis przeciwko Zjednoczonemu Królestwu, skarga nr 15809/02 i 25624/02, § 53–63.

nieobciążania się po prostu nie obowiązuje. Otwartą i wątpliwą kwestią pozostaje także wskazanie katalogu takich spraw.

Podsumowując, należy stwierdzić, że niedopuszczalnym przymusem jest nie tylko stosowanie prawnych sankcji za niedostarczenie obciążającego dowodu, ale także potencjalnie te sytuacje, gdy organ procesowy stosuje podstępne metody w celu obejścia milczenia oskarżonego. W tym ostatnim jednak przypadku decydujące znaczenie mają okoliczności i charakter stosowanych metod⁵⁹. Zasadnicze wątpliwości budzi natomiast stanowisko Trybunału, który podnosi, że o naruszeniu prawa do nieobciążania się może decydować także analiza przesłanki interesu publicznego w ściganiu określonego rodzaju przestępczości. Takie bowiem podejście relatywizuje standard rzetelności proceduralnej i otwiera mogącą rodzić obawy dyskusję nad zakresem spraw, w których jakaś forma przymusu w dostarczaniu dowodów będzie usprawiedliwiona interesem publicznym, a w konsekwencji nie będzie prowadzić do naruszenia prawa do nieobciążania się.

Dowody istniejące niezależnie od woli oskarżonego

Analiza orzecznictwa Europejskiego Trybunału Praw Człowieka prowadzi do wniosku, że nie każde przymusowe uzyskanie dowodu prowadzi do stwierdzenia naruszenia prawa do nieobciążania się. Poza omówioną powyżej oceną stosowanego przymusu warto także podkreślić, że Trybunał pewne dowody uzyskane przymusowo *a priori* traktuje jako nienaruszające prawa do nieobciążania się. Orzecznictwo strasburskie ewoluowało jednak w tym aspekcie. Początkowo, Trybunał, w sprawie Funke przeciwko Szwajcarii, krótko i jednoznacznie wypowiedział się, że przymuszenie skarżącego do dostarczenia organom celnym dokumentów dotyczących jego transakcji finansowych jest sprzeczne z prawem do nieobciążania się⁶⁰. W dalszym jednak swoim orzecznictwie Trybunał strasburski stanął konsekwentnie na stanowisku, że kategorią dowodów, które już w rozważaniach ogólnych są *en bloc* uznawane za nieobjęte prawem do nieobciążania się, są dowody rzeczowe uzyskane od oskarżonego pod przymusem, ale których istnienie jest, jak określa to Trybunał, niezależne od jego woli. Chodzi np. o dokumenty zatrzymane w wyniku przeszukania, próbki wydychanego powietrza, krwi,

⁵⁹ W przeprowadzonej analizie pominąłem zagadnienie dopuszczalności istnienia rozwiązań prawnych pozwalającego wyciągać niekorzystne wnioski z milczenia oskarżonego (*adverse inferences from silence*), ponieważ instytucja ta charakterystyczna jest dla niektórych państw *common law*. Jej szczegółowe rozważenie nie ma zatem bezpośredniego wpływu na wnioski płynące z orzecznictwa strasburskiego w kontekście polskiego porządku prawnego.

⁶⁰ Trybunał w jednym krótkim paragrafie odniósł się do powyższej kwestii. Por. wyrok ETPC z dnia 25 lutego 1993 r. w sprawie Funke przeciwko Francji, § 44.

moczu czy DNA⁶¹. Jak bowiem zaznacza Trybunał, prawo do nieobciążania się dotyczy głównie poszanowania woli milczenia oskarżonego. Nie oznacza to jednak, że prawo to nie znajduje w ogóle zastosowania do dowodów rzeczowych. Zmuszenie bowiem do dostarczenia dokumentów, w przeciwieństwie do ich zatrzymania w toku przeszukania, narusza prawo do nieobciążania się⁶².

Znaczenie terminu „istniejące niezależnie od woli oskarżonego” rodzi jednak wątpliwości. Pojawiające się dylematy doskonale obrazuje sprawa Jalloh przeciwko Niemcom. Skład orzekający rozważając tę sprawę wskazał, że zgodnie z orzecznictwem Trybunału prawo do nieobciążania się nie obejmuje wykorzystania w postępowaniu karnym materiału uzyskanego w wyniku stosowania przymusu, ale którego istnienie jest niezależne od woli oskarżonego⁶³. Odnosząc się do zwymiotowanego przez Jalloha woreczka z narkotykami Trybunał uznał, że *prima vista* należałoby zaliczyć go do powyższej kategorii. Niemniej jednak skład orzekający wskazał, że trzy aspekty odróżniają go od innych dowodów „istniejących niezależnie od woli oskarżonego” wymienianych w dotychczasowym orzecznictwie. Po pierwsze, zaaplikowanie emetyków miało na celu odzyskanie narkotyków sprzecznie z wolą oskarżonego, a zatem inaczej niż w sytuacji np. pobrania próbek wydzielin i wydaliny organizmu, które są efektem fizjologicznej, a nie patologicznej reakcji organizmu. Po drugie, skala użytego przymusu była nieporównywalna do sytuacji pozyskiwania innych dowodów. Dodatkowo organy ścigania, aby uzyskać woreczek z narkotykami, musiały wywoływać niestandardową reakcję organizmu, a nie korzystać z efektów jego normalnego funkcjonowania (jak w przypadku próbek wydychanego powietrza, moczu czy pobrania próbki głośu). Po trzecie, w sprawie Jalloh przeciwko Niemcom ustalono, że w toku uzyskiwania dowodu doszło do naruszenia art. 3 EKPC. Powyższe różnice sprawiły, że Trybunał uznał, iż prawo do nieobciążania się miało jednak w omawianej sprawie zastosowanie⁶⁴.

Przytoczone rozważania Trybunału dobitnie wskazują na mglistość kategorii „istnienia niezależnie od woli oskarżonego”. Nie może budzić wątpliwości, że dowód uzyskany z ciała Jalloha istniał niezależnie od jego woli w takim samym sensie, jak niezależnie od jego woli np. w jego żyłach krążyła krew. Orzekając zatem, że Jalloh może powołać się na prawo do nieobciążania się, skład orzekający zaprzeczył wcześniejszym dość kategorycznym stwierdzeniom, że prawo to nie ma zastosowania w przypadku dowodów

⁶¹ Wyrok ETPC z dnia 17 grudnia 1996 r. w sprawie Saunders przeciwko Zjednoczonemu Królestwu, § 69. Pogląd ten jest konsekwentnie powtarzany w późniejszym orzecznictwie Trybunału.

⁶² Zob. sprawy Saunders przeciwko Szwajcarii i J. B. przeciwko Szwajcarii.

⁶³ Wyrok ETPC z dnia 11 lipca 2006 r. w sprawie Jalloh przeciwko Niemcom, § 102.

⁶⁴ Tamże, § 110–116.

„istniejących niezależnie od woli oskarżonego”. Podkreślenie przez Trybunał, że decydujące znaczenie miały trzy wymienione powyżej okoliczności, prowadzi do wniosku, że termin „istnienie niezależne od woli oskarżonego” jest mylący i to nie wskazany w nim czynnik – wola oskarżonego – ma w istocie decydujące znaczenie. To zaś sprawia, że stanowisko Trybunału staje się niejasne i mało przewidywalne. Okazuje się bowiem, że o przynależności do kategorii dowodów rzeczowych istniejących niezależnie od woli oskarżonego decydują wskazywane w konkretnej sprawie okoliczności, a nie relacja istnienia dowodu do woli oskarżonego.

W powyższym kontekście warto zauważyć, że problematyczność stosowanej przez Trybunał terminologii była podnoszona już w sprawie Saunders przeciwko Zjednoczonemu Królestwu. Zgłaszający w niej zdanie odrębne sędzia Martens wskazywał, że sformułowanie „niezależne od woli oskarżonego” jest przynajmniej wątpliwe, skoro zarówno w przypadku przymuszenia do zeznania, jak i przymuszenia do wydania dokumentów w toku przesłuchania mamy do czynienia z działaniami niezgodnymi z wolą oskarżonego. Dodatkowo postawił on pytanie, czy rzeczywiście można zasadnie twierdzić, że przeprowadzenie dowodu na zawartość alkoholu w wydychanym powietrzu odbywa się niezależnie od woli oskarżonego⁶⁵.

Podsumowanie

Podsumowując przeprowadzoną analizę, w pierwszej kolejności, należy zauważyć, że możliwość powołania się na ochronę gwarantowaną przez prawo do niedostarczania dowodów na swoją niekorzyść aktualizuje się generalnie w trzech sytuacjach. Pierwszą jest dość oczywisty przypadek, gdy w postępowaniu karnym (w rozumieniu EKPC) oskarżony jest zobowiązany do dostarczenia inkryminujących dowodów albo też takie dowody uzyskane przymusowo w innym postępowaniu są w postępowaniu karnym przeciwko niemu wykorzystywane. Prawo do nieobciążania się przysługuje jednostce także w przypadku, gdy postępowanie karne co prawda się nie toczy, ale dana osoba jest oskarżonym w autonomicznym rozumieniu Konwencji (np. w sytuacji, gdy zostanie zatrzymana, a także w szczególnych okolicznościach, gdy jest przesłuchana w charakterze świadka). Ponadto, prawo do nieobciążania się może chronić jednostkę także wtedy, gdy zobowiązana jest ona dostarczyć obciążający dowód w postępowaniu o charakterze innym niż karne, a informacje te zostały albo mogą zostać wykorzystane w toczącym się równolegle lub mogącym zostać wszczętym postępowaniu karnym. W tym ostatnim jednak wypadku ocena Trybunału zależy od oko-

⁶⁵ Por. zdanie odrębne sędziego Martensa w sprawie Saunders przeciwko Zjednoczonemu Królestwu.

liczności danej sprawy i trudno przedstawić jednoznaczne wnioski dotyczące czynników, którymi kieruje się Trybunał, podejmując w tej materii rozstrzygnięcia.

Drugą ważną kwestią jest ustalenie, jakie dowody należy uznać za inkryminujące w kontekście prawa do nieobciążania się. W pierwszej kolejności należy zauważyć, że może chodzić o dostarczenie każdego rodzaju dowodu. W grę wchodzi zatem zarówno dowody osobowe, jak i rzeczowe. Dowodami obciążającymi są ponadto nie tylko te, które jednoznacznie potwierdzają okoliczności niekorzystne dla oskarżonego wpływające na ustalenie jego odpowiedzialności karnej, ale także inne, które mogą zostać w jakikolwiek sposób wykorzystane na niekorzyść oskarżonego (np. fakt jego milczenia). Decyduje zatem nie „treść” określonego dowodu, ale sposób jego wykorzystania przez oskarżenie.

Po trzecie, ustalenia wymaga, kiedy mamy do czynienia ze stosowaniem niedopuszczalnego przymusu, który godzi w istotę prawa do nieobciążania się. Nie każde bowiem sięgnięcie po środki przymusu w celu pozyskania potencjalnie inkryminującego dowodu narusza prawo do nieobciążania się. Generalnie Trybunał wskazuje, że kwestia ta powinna być analizowana z uwzględnieniem okoliczności danej sprawy. W najbardziej ogólnym znaczeniu jednak stosowanie niedopuszczalnego przymusu implikuje istnienie przynajmniej możliwości sięgnięcia po środki (tak bezpośrednie, jak i pośrednie), których zadaniem jest przymuszenie danej osoby do dostarczenia potencjalnie inkryminujących dowodów. Nie jest konieczne, aby w danej sprawie środek niedopuszczalnego przymusu został zastosowany. Wystarczająca jest groźba jego stosowania. W ustalaniu istnienia niedopuszczalnego przymusu decydujące znaczenie mają czynniki, takie jak: charakter i stopień stosowanego przymusu, istnienie stosownych gwarancji procesowych oraz wykorzystanie materiałów uzyskanych w wyniku stosowanego przymusu przeciwko oskarżonemu. O naruszeniu Konwencji najczęściej decyduje po prostu istnienie sankcji za niedostarczenie inkryminującego dowodu. Zakaz stosowania takich sankcji zdaje się mieć charakter absolutny, niezależnie od ich charakteru (grzywna, pozbawienie wolności). Ze spraw rozpoznawanych przez Trybunał można także wnioskować, że niedopuszczalnym przymusem może być oprócz stosowania sankcji przymuszających, także podstępne działanie organów ścigania mające na celu uzyskanie danego dowodu. Trudno jednak w tej materii o jednoznaczne wnioski odnoszące się do warunków, w jakich podstęp taki ma nastąpić. W niektórych orzeczeniach Trybunał akcentuje, że znaczenie dla ustalenia naruszenia prawa do nieobciążania się, poza wskazanymi powyżej kryteriami, może mieć także interes publiczny w ściganiu określonych rodzajów przestępstw. Posłużenie się jednak tą kategorią zmusza do postawienia pytania, czy Trybunał nie popada w swoim orzecznictwie w sprzeczność, wskazując z jednej strony na

centralne znaczenie prawa do nieobciążania się w kontekście rzetelności procesowej, a z drugiej relatywizując je w zależności od rodzaju sprawy, w której dana osoba jest zobowiązana do dostarczania potencjalnie inkryminującego dowodu. Trudno ponadto zaakceptować zasadność analizy uwzględniającej wagę interesu publicznego w ściganiu określonych rodzajów przestępstw, skoro prowadzi ona *de facto* do różnicowania poziomu gwarancji karnoprosesowych w zależności od wagi danej sprawy.

Po czwarte, należy odnotować, że kategorią dowodów, która nie jest objęta ochroną przed samooskarżeniem, są dowody rzeczowe, które Trybunał określa jako istniejące niezależnie od woli oskarżonego. Znaczenie tego terminu nie jest jednak jasne, czego wyraźnie dowodzi sprawa Jalloh przeciwko Niemcom. Ustalenie bowiem, czy dany dowód istnieje niezależnie od woli oskarżonego, okazuje się być uzależnione od relacji między uzyskaniem dowodu a wolą oskarżonego, ale także od tego, w jakich okolicznościach dochodzi do tego uzyskania.

Przedstawione powyżej wnioski dowodzą, że zasadniczo trafne są uwagi krytyczne wskazujące, iż orzecznictwo Trybunału odnoszące się do problematyki prawa do nieobciążania się jest dalekie od jasności i jednolitości, a także rodzi wiele kontrowersji. Słusznie A. L.-T. Choo podnosi, że nie daje ono jasnej odpowiedzi nawet na kluczowe w kontekście prawa do nieobciążania się pytanie o znaczenie sformułowania „uzyskanie dowodu sprzeczne z wolą oskarżonego”. Wyraźnie widać też, że Trybunał preferuje indywidualne podejście do każdej sprawy, co jednak skutecznie ogranicza przewidywalność wydawanych rozstrzygnięć. Unika on również wyraźnej i zdecydowanej odpowiedzi na pytanie dotyczące dopuszczalnego limitowania prawa do nieobciążania się. Zamiast tego Trybunał strasburski stosuje mechanizm analizowania wpływu ustalonych przez siebie czynników na naruszenie istoty prawa do nieobciążania się. Katalog tych ostatnich też zresztą budzi wątpliwości. Trafnie krytykuje się takie podejście, gdyż biorąc pod uwagę jego nieprzewidywalność i kontrowersyjność, rodzi ono niebezpieczeństwo, że sądy krajowe – pozbawione jasnych wskazówek odnośnie do roli prawa do nieobciążania się w sprawach karnych – nie będą traktować tego uprawnienia z należną mu uwagą⁶⁶.

⁶⁶ A. L.-T. Choo, 'Give Us What You Have' – Information, Compulsion and the Privilege Against Self-Incrimination as a Human Right, (w:) P. Roberts, J. Hunter (red.), *Criminal Evidence and Human Rights. Reimagining Common Law Procedural Tradition*, Oxford–Portland 2012, s. 253.

Right to non-self-incrimination in criminal proceedings in view of Strasbourg standards

Abstract

This contribution discusses issues pertaining to the right to non-self-incrimination with regard to decisions of the European Court of Human Rights. Examined are the circumstances entitling an individual to resort to protection provided under law. Clarified is also what should be understood by 'giving incriminating evidence'. Highlighted is the prohibited use of coercive methods to obtain evidence, which is of key importance as far as the right to non-self-incrimination is concerned. Criticized is incoherence in Court decisions as well as the Court showing reluctance to clearly define the permitted limitation on the right to non-self-incrimination. Attention is also paid to the mechanism for analysing the impact of certain factors on the violation of the very essence of the right of non-self-incrimination, which mechanism is not applied consistently to all cases, thereby effectively reducing foreseeability in Court decisions.

Jeszcze raz o ekspertyzach pozasądowych

Streszczenie

Artykuł dotyczy problemu opinii prywatnych, które dopuszcza kodeks postępowania karnego znowelizowany ustawą z dnia 27 września 2013 r. Kwestia ta niewątpliwie będzie stwarzać trudności w praktyce, a zatem Autor, omawiając wątpliwości, jakie nasuwa zmiana art. 393 § 3 k.p.k., równocześnie wskazuje kierunki rozwiązań.

Zagadnienie ekspertyz pozasądowych, zwanych także opiniami prywatnymi lub opiniami pozaprocesowymi, wielokrotnie było rozważane przez doktrynę i orzecznictwo pod rządami dotąd obowiązujących ustaw procesowych¹. Powróciło po ogłoszeniu projektu nowelizacji kodeksu postępowania karnego, już dokonanej i oczekującej na wejście w życie².

Asumpt dała zmiana art. 393 § 3 k.p.k., który stanowił, że dokumenty prywatne, powstałe poza postępowaniem karnym, a dla jego celów, nie mogą być odczytywane/ujawniane, a zatem nie można ich zaliczać w poczet materiału dowodowego. Nowelizując Kodeks, koniunktywnie pomieszczony fragment o treści „...i nie dla jego celów” usunięto.

Rzeczywiście, przepis w pierwotnej wersji uwierał. Tu rozważany fragment pojawił się w zbożnych intencjach, bo miał zapobiegać przenikaniu do postępowania karnego dokumentów wytworzonych w ramach postępowania operacyjno-rozpoznawczego, np. tamże wykonanych ekspertyz. W kodeksie postępowania karnego z 1928 r. rolę tę spełniało osobne uregulowanie w art. 337 § 2. Ale w pierwotnej postaci art. 393 § 3 k.p.k. utrudniał działania ofiar przestępstw ściganych z oskarżenia prywatnego, np. pobić i innych naruszeń nietykalności cielesnej, o których mowa w art. 157 k.k. lub art. 217 k.k. Ofiary tych czynów często udają się do lekarzy sądowych i dopiero z tak uzyskanymi świadectwami obdukcji występują z prywatnym aktem oskarżenia do sądu. Ofiary anonimografii (art. 212 k.k. lub art. 216 k.k.) najpierw udają się do biegłych, a dopiero, gdy tak uzyskana ekspertyza potwierdzi ich podejrzenia, podejmują działania procesowe. Ostrożność to uzasadniona,

¹ Zob. np.: M. Lipczyńska, O tzw. opinii prywatnej w procesie karnym, *Palestra* 1976, nr 3; T. Tomaszewski, Czy korzystać z opinii prywatnych, *Przegląd Sądowy* 1997, nr 2; T. Widła, Ekspertyza pozasądowa, *Problemy Praworządności* 1989, nr 7 i in.

² Ustawa z dnia 27 września 2013 r. o zmianie ustawy – Kodeks postępowania karnego oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. z 2013 r., poz. 1247).

bo minimalizuje ryzyko narażenia na odpowiedzialność z art. 234 k.k., a także na niesnaski środowiskowe, zaistniałe w efekcie upublicznienia niesłusznych podejrzeń. Nowelizacja prawa karnego do zbioru czynów zabronionych dorzuciła stalking (art. 190a k.k.). W takich przypadkach ofiara nie dysponująca wcześniej uzyskanymi audiodokumentami bądź wiodokumentami, uznawanymi za tzw. twarde dowody, rzadko może liczyć na adekwatną aktywność organów ochrony prawnej. W podobnej sytuacji bywają właściciele sklepów, którzy zainwestowali w wideomonitoring, licząc, że w ten sposób łatwiej będzie im sądowo dochodzić swych racji. Stąd i oczekiwania, którym naprzeciw wyszedł ten zabieg legislacyjny, odczytywany także jako dopuszczenie w procesie ekspertyz wykonanych pozaprocesowo³. Czy słusznie?

Powszechną zasadą współczesnych procedur karnych jest insubstytucyjność biegłych. Polega ona na tym, że:

- Kwestię, której poznanie wymaga posiadania wiadomości specjalnych, decydują procesowo poznawać może tylko korzystając z pośrednika, jakim jest podmiot posiadający takie wiadomości. Organ procesowy musi tak czynić nawet wtedy, gdyby sam miał takie kwalifikacje.
- Pośrednikiem w takim poznawaniu może być tylko podmiot, który do tej roli został procesowo ustanowiony – w krajach systemu kontynentalnego przez decydenta procesowego, a w krajach systemu angloamerykańskiego osoby do tej roli powołane przez strony procesowe⁴.

W konsekwencji: w kwestiach, w których konieczne jest zasięgnięcie opinii biegłych, luki poznawczej nie można zapełniać wiedzą płynącą z innego źródła, np. zeznań świadków, dokumentów. Te dowody, jeżeli zostaną przeprowadzone, dostarczyć mogą jedynie wiedzy komplementarnej. Procesowo skutecznie dowodu z opinii biegłego nie mogą więc zastąpić ani teksty dokumentujące ekspertyzy wykonane pozasądowo, ani też w postępowaniu operacyjno-rozpoznawczym lub dla zespołów powypadkowych, a także raporty tych zespołów⁵. Nie mogą ich nawet zastąpić opinie biegłych powołanych przez organy procesowe, ale do innych spraw⁶.

³ Zob. np. stanowisko Naczelnej Rady Adwokackiej, <http://adwokatura.pl/?p=2511>.

⁴ Zob. np. Federal Rules of Evidence, Juli 1, 1975, title 28 USC (art. VII, rule 701–706), <http://www.law.cornell.edu/rules/fre>.

⁵ Bliżej o tym zob. T. Wiśniewski, Ocena dowodu z opinii biegłego, Katowice 1992, s. 18 i nast. Por. też np. postanowienie SN w sprawie o sygn. IV KK 81/83, w którym Sąd Najwyższy stwierdził m.in., że „wypowiedź (opinia) osoby posiadającej wiadomości specjalne udzielona w sprawie co do okoliczności istotnych do rozstrzygnięcia o odpowiedzialności oskarżonego bez uprzedniego powołania tej osoby do pełnienia funkcji biegłego nie jest wypowiedzią (opinią) w sensie karnoprocesowym. Nie można więc tym wypowiedziom nadawać znaczenia procesowego i dokonywać ich oceny w zestawieniu dowodami przeprowadzonymi w sprawie w zgodzie z regułami prawa dowodowego”.

⁶ Zob. np. postanowienie SN w sprawie o sygn. II KKN 69/96 lub wyrok SN w sprawie o sygn. III KKN 459/97.

Polska przynależy do grona krajów o kontynentalnym systemie procesu karnego. Stąd rolę procesowego dostarczyciela dowodu w postaci opinii spełniać może tylko podmiot ustanowiony przez organ procesowy. Tak głosi art. 193 k.p.k. i tak stanowiły art. 176 k.p.k. z 1969 r. (dalej d.k.p.k.) i art. 124 k.p.k. z 1928 r. (dalej d.d.k.p.k.). W tej kwestii współbrzmia stanowiska doktryny i orzecznictwo⁷. *De lege futura* – tj. według tej postaci kodeksu postępowania karnego, która wejdzie w życie (dalej n.k.p.k.) – stan ten nie ulegnie zmianie, bo nie zmieniła się treść art. 193 k.p.k.

Zatem jedyną postacią, w jakiej w procesie wystąpić może tekst zawierający ekspertyzę wykonaną pozasądowo, jest dokument. Na jego treść składać się będą informacje o zlecającym i wykonawcy ekspertyzy, postawionym mu problemie i sposobie jego rozwiązywania oraz o wynikającym z tego stanowisku eksperta.

Ale powyżej opisane uregulowania ustawowe zaowocowały orzecznictwem uznającym dokumenty zawierające ekspertyzy pozasądowe za niemożliwe do zaliczenia w poczet materiału dowodowego. Taką linię orzeczniczą wyznaczył Sąd Najwyższy orzekając po wprowadzeniu d.d.k.p.k. z 1928 r.⁸. Podobnie w orzecznictwie interpretowano i stosowano art. 176 d.k.p.k.⁹. *De lege lata* linia ta jest podtrzymywana¹⁰. Współgra z nią stanowisko doktryny¹¹. Takie

⁷ Zob. np. T. Widła, Ocena dowodu..., *op. cit.* Por. także postanowienia Sądu Apelacyjnego w Katowicach w sprawach: o sygn. II AKa 395/01 („Pozaprocessowa opinia biegłego, zgodnie z ustaloną praktyką sądową, nie może stanowić dowodu będącego podstawą oceny, bowiem taki dowód nie został przeprowadzony w sposób przewidziany przez Kodeks postępowania karnego. Biegli powoływani są jedynie przez organ prowadzący postępowanie, przy czym dla ich ustanowienia potrzebne jest wydanie postanowienia. Dopiero takie formalne powołanie konstytuuje zaistnienie biegłych w procesie. Organ procesowy też decyduje o osobie biegłego i przedmiocie ekspertyzy”) i o sygn. II AKa 392/03 („Strony nie mają prawa samodzielnie powoływać biegłych. Może to jedynie zrobić organ procesowy prowadzący postępowanie, przy czym dla ich ustanowienia potrzebne jest wydanie postanowienia”).

⁸ Zob. uchwałę siedmioosobowego składu SN w sprawie II K 99/30, głoszącą, że „Pozasądowe pisemne opinie biegłych (...) nie mogą być zaliczone do innych dokumentów (art. 339), jeżeli nie ma nastąpić przekreślenie zasady art. 338”; cyt. za: L. Peiper, Komentarz do Kodeksu Postępowania Karnego, Kraków 1932, s. 392. Podobnie też w uchwale składu siedmioosobowego, w sprawie o sygn. II 2 K 184/30, Sąd Najwyższy stwierdził, że „Pisemne pozasądowe opinie biegłych, będących osobami fizycznymi, nie mogą być odczytane w celach dowodowych, w myśl art. 339 k.p.k.”; cyt. za: L. K. Paprzycki, Opiniowanie psychiatryczne i psychologiczne w procesie karnym. Orzecznictwo i piśmiennictwo, Kraków 2006, s. 38 (z tego zbioru pochodzą też pozostałe orzeczenia, których sygnatury powoływane są niniejszym tekście).

⁹ Zob. np. wyrok w sprawie o sygn. I KR 105/85, głoszący m.in., że „pozaprocessowa opinia biegłego zgodnie z ustaloną praktyką sądową nie może stanowić dowodu będącego podstawą oceny, bowiem dowód ten nie został przeprowadzony w sposób przewidziany przez kodeks postępowania karnego”.

¹⁰ Zob. np. postanowienie Sądu Apelacyjnego w Katowicach w sprawie o sygn. II AKa 395/01, w którym stwierdzono m.in., że „pozaprocessowa opinia biegłego, zgodnie z ustaloną praktyką sądową, nie może stanowić dowodu będącego podstawą oceny (...), opinia taka nie mo-

samo stanowisko ugruntowało się w orzecznictwie cywilnym, choć tam (art. 278 § 1 k.p.c.) ustawodawca posłużył się problematycznym wykładnikiem modalności¹².

W procesie karnym *de lege futura* to właśnie ma się zmienić. Skoro tak, to należy się przyrzeć spodziewanemu przeprowadzaniu swego dowodu, jakim ma być dokument zawierający ekspertyzę pozasądową.

Analiza stanu prawnego *de lege futura* wskazuje, że przeprowadzanie dowodu z ekspertyzy pozasądowej nie będzie różnić się od przeprowadzania dowodu z innych dokumentów, tj. następować będzie przez ujawnienie/odczytanie. Kontrowersyjna jest jednak praktyka wzywania wykonawców takich ekspertyz do roli świadków. Skoro informacje o ekspertyzach wykonanych pozasądowo w postępowaniu pojawiać się mogą jedynie jako dokumenty, nie jest więc możliwa ich prezentacja ustna – inaczej niż ma to miejsce z opiniami pozyskiwanymi procesowo, które mogą przybrać postać ustną lub pisemną (art. 200 § 1 k.p.k.). Zatem wzywanie wykonawców ekspertyz pozasądowych jako świadków zdaje się kłócić z zasadą racjonalności. Bo i co do sprawy może wnieść taki świadek? Może zeznać, że:

- dany dokument, tj. tekst opisujący ekspertyzę pozasądową, sporządził¹³,
- działał na zlecenie osoby X,
- sporządzenie tego tekstu oraz czynności go poprzedzające miały postać odpłatną bądź nieodpłatną (takie ekspertyzy też się zdarzają!).

Innymi słowy, taki świadek dostarczy decydentowi procesowemu informacji, które relewantne procesowo będą tylko w zakresie opisanym w samym dokumencie – zazwyczaj w jego części nagłówkowej. Natomiast nie będzie można takiemu świadkowi postawić pytania o zastosowane kryteria

że również być zaliczona w poczet materiału dowodowego jako dowód z dokumentu”, albo to samo głoszący wyrok Sądu Najwyższego w sprawie III KKN 494/00 („W świetle ustawowej regulacji trybu powoływania biegłego oraz przeprowadzania dowodu z opracowanej opinii – pozaprocesowa opinia biegłego, zgodnie z ustaloną praktyką sądową, nie może stanowić dowodu będącego podstawą oceny”), bądź też postanowienie SN w sprawie o sygn. V KK 388/04, w którym Sąd Najwyższy stwierdził m.in., że „opinia prywatna, czyli pisemne opracowanie zlecone przez uczestnika postępowania, a nie przez uprawniony organ procesowy, nie jest opinią w rozumieniu art. 193 k.p.k. w zw. z art. 200 §1 k.p.k. i nie może stanowić dowodu w sprawie”.

¹¹ Zob. np.: Z. Kwiatkowski, Przeprowadzanie dowodu z dokumentu w polskim procesie karnym, (w:) T. Wiśniewski (red.), Wokół problematyki dokumentu, Katowice, 2005, s. 78 i nast.; T. Tomaszewski, Dowód z opinii biegłego w postępowaniu karnym, Kraków 1998, s. 33 i nast.

¹² Zob. np. wyrok SN w sprawie o sygn. II CR 312/88, w którym Sąd Najwyższy stwierdził m.in., że „opinia pozasądowa – choć sporządzona przez biegłego sądowego – nie stanowi dowodu w rozumieniu art. 278 k.p.c. i nast.”.

¹³ Przy czym w świetle orzecznictwa – w tej kwestii moim zdaniem nietrafne – taki ekspert nie będzie mógł się powoływać na posiadany status biegłego sądowego; zob. np. wyrok NSA w sprawie o sygn. II SA 992/98 lub postanowienie SN w sprawie o sygn. I PRN 30/96.

kwalifikacji materiału do badań, wyboru metod badawczych, samych badań i poczynionych ustaleń oraz o to, na ile te ustalenia uzasadniają powzięte przezeń wnioski. A gdyby takie pytania padły, to odpowiedzi będą dowodowo irrelewantne. Są to bowiem zagadnienia z obszaru wiadomości specjalnych, a zatem miarodajnie w tych kwestiach może w procesie wypowiedzieć się tylko osoba powołana do roli biegłego w danej sprawie.

Natomiast wezwanie takiego wykonawcy zrodzi być może nieoczekiwane skutki procesowe – uniemożliwi powierzenie mu roli biegłego w tej sprawie. Niedopuszczalna jest bowiem konsumpcja ról procesowych – biegłego i świadka – w danej sprawie (art. 196 § 1 k.p.k.). A dotąd, zarówno doktryna, jak i judykatura przyjmowały, że fakt wykonania ekspertyzy pozasądowej nie musi stać na przeszkodzie powierzeniu takiej osobie wykonania opinii postanowionej przez decydenta procesowego¹⁴.

Trzeba też odpowiedzieć na pytanie, co czynić w sytuacji, gdy treść dokumentu zawierającego ekspertyzę pozasądową pozostaje w sprzeczności z opinią pozyskaną procesowo. Zastosowanie art. 201 k.p.k., będzie niewłaściwe. Norma opisana w tym przepisie znaleźć może bowiem zastosowanie wtedy (i tylko wtedy), gdy stwierdzona niezgodność ma postać homotematyczną, tj. dotyczy opinii z tych samych dziedzin i tych samych kwestii. Norma ta nie znajduje więc zastosowania np. wobec niezgody opinii pochodzących od psychiatrów i opinii pochodzących od seksuologów. Z dysonansem poznawczym, jaki zrodziła taka niezgoda, należy uporać się, kierując się wskazaniem swobodnej oceny dowodów.

Niezgodność musi zachodzić między opiniami biegłych, a więc osób powołanych do tej roli postanowieniem organu procesowego.

Zasadny zatem wydaje się wniosek, że w przypadku stwierdzenia takiej niezgodności decydent procesowy jest władny – kierując się swobodą oceny dowodów – jeden z tych dowodów uznać, a drugi zdeprecjonować. I od strony formalnej takiej decyzji nie będzie można postawić zarzutu, o ile zdeprecjonowany zostanie dowód z dokumentu zawierającego ekspertyzę pozasądową. Jeśliby jednak organ procesowy zdeprecjonował pozyskaną procesowo opinię biegłego, wówczas, w miejsce zdeprecjonowanej, będzie musiał uzyskać inną opinię biegłego. Bez tego nie spełniony by został wymóg poznawania przez opiniowanie procesowe, opisany w art. 193 k.p.k.

Artykuł 201 k.p.k. znajdzie jednak zastosowanie, jeżeli lektura dokumentu zawierającego ekspertyzę pozaprosową zrodzi wątpliwości odnośnie jasności lub zupełności opinii pozyskanej procesowo. W takim przypadku, jak głosi art. 201 k.p.k., „można wezwać ponownie tych samych biegłych lub

¹⁴ „Sporządzenie opinii pozaprosowej nie podważa zaufania do wiedzy i bezstronności biegłego. Wydanie opinii pozaprosowej nie przesądza przecież o tym, że opinia procesowa będzie tej samej treści” stwierdził Sąd Najwyższy w postanowieniu w sprawie o sygn. V KK 126/04.

powołać innych”. Zwrot „można” jest wykładnikiem leksykalnym problematyczności modalnej i – jak wskazuje obserwacja praktyki orzeczniczej – jego użycie w tym przepisie nierzadko rodzi problemy interpretacyjne. Jego obecność należy odnosić do alternatywy, jaką jest możliwość wyboru między wzywaniem tych samych biegłych a powoływaniem nowych. Organ procesowy tę alternatywę jednak rozstrzygnąć „musi” (modalność apodyktyczna). Musi skorzystać z którejś z tych form poprawienia opiniowania, bo bez tego nie poznałby danej okoliczności w sposób opisany w art. 193 k.p.k., a ta okoliczność do takiego poznawania się kwalifikuje.

W tym zresztą należy upatrywać wartości użyteczności ekspertyz pozasądowych, że ich lektura skłaniać będzie organy procesowe do rozważania kwestii ewentualnej niejasności lub niepełności opiniowania w trybie procesowym. Ponadto, lektura treści dokumentu, zawierającego ekspertyzę wykonaną pozasądowo, może zrodzić uzasadnione wątpliwości w odniesieniu do wiedzy eksperta, który wydał opinię pozyskaną procesowo. Wtedy – w świetle art. 196 § 3 k.p.k. – konieczne będzie pozyskanie procesowej opinii z innego źródła, bo dokument stanowiący ekspertyzę pozaprocesową tak powstałej luki poznawczej nie będzie mógł zapełnić.

De lege futura możliwości poznawcze eksperta, który ma wykonać ekspertyzę pozasądową, będą bardzo ograniczone. Na mocy art. 156 § 1 k.p.k. będzie mógł mieć wgląd w akta sprawy – o ile prezes sądu wyrazi na to zgodę. Elastycznie interpretując art. 156 § 5 n.k.p.k., przyjąć można, że ekspert będzie mógł pozyskiwać kopie (kserokopie, fotokopie), bo prawo takie przysługuje stronie, w której imieniu i na której rachunek działać będzie ekspert. Możliwe więc będzie wykonanie np. ekspertyzy zmierzającej do ustalenia autora kwestionowanego grafizmu, bo ekspertyzy takie w pewnych okolicznościach mogą być wykonane, gdy ekspert dysponuje kserokopiami. Ale już technicznych badań kwestionowanego dokumentu, zmierzających np. do ujawnienia śladów przerabiania, kwestionowanej jednorodności środka kryjącego itd., nie będzie można wykonać, bo takie ekspertyzy wymagają badań oryginałów. A prawo nie umożliwia wydawania stronom dowodów rzeczowych. Milczy o tym kodeksowy „Dział V. Dowody”. Milczy też rozporządzenie Ministra Sprawiedliwości z dnia 11 września 2014 r. – Regulamin wewnętrznego urzędowania powszechnych jednostek organizacyjnych¹⁵, który w § 79 reguluje sposób postępowania przez prokuratora z dowodami rzeczowymi. W § 81 Regulaminu mowa jest co prawda o wnioskach w sprawie przeprowadzania dowodów, ale nie o ich udostępnianiu. Udostępnianie możliwe jest (§ 75 rzeczonego Regulaminu) tylko w przypadku biegłych, tj. ekspertów procesowo do sprawy powołanych. Na użytek pozaprocesowej ekspertyzy nie można więc wydać narzędzia lub obuwia, by

¹⁵ Dz. U. z 2014 r., poz. 1218.

ekspert mógł wykonać odciski do badań porównawczych, na użytek badań anatomicznych udostępnić wycinków pobranych w trakcie sekcji zwłok itp. Nie ma podstaw do zastosowania art. 74 n.k.p.k. wobec podejrzanego/oskarżonego, by ekspert w sposób tam opisany pobrał włosy, wymazy lub wydzieliny organizmu. Oczywiście podejrzanego/oskarżonego może się temu poddać dobrowolnie, chyba że zastosowano wobec niego areszt, bo i nie ma podstaw do dopuszczania eksperta do aresztowanego podejrzanego/oskarżonego.

Strona, która uzyskała opinię wydaną po przeprowadzeniu pozasądowej ekspertyzy, poniosła koszty. Kwestia ta najwidoczniej uszła uwadze ustawodawcy, bo brak w tej kwestii skorelowanych uregulowań normatywnych. A zaliczanie w poczet kosztów procesu nie umożliwia kodeks postępowania karnego – *de lege lata* i *de lege futura*. Nie zmienił się bowiem art. 618 k.p.k., który w tej kwestii traktuje jedynie o biegłych (a więc ekspertach procesowo powołanych do sprawy), świadkach i specjalistach oraz o kosztach obserwacji. Co prawda, wspomniano tam o kosztach stron (art. 618j k.p.k.), ale tylko wskazując możliwość zwracania im kosztów związanych z ich udziałem w postępowaniu. Nawet rozszerzająca interpretacja tego przepisu nie umożliwia uznania za takowe kosztów ekspertyzy pozasądowej, zwłaszcza że ustawodawca wskazał, iż koszty te można zwracać tylko w wysokości przewidzianej dla świadka.

Należy się więc spodziewać, że ten stan prawny spotka się z zarzutem tworzenia „prawa dla bogaczy”. W pewnym sensie będzie to zarzut trafny, choć oparty na idealistycznych podstawach. I dziś przecież nie ma równości, skoro jednych nie stać nawet na adwokata i polegać mogą tylko na obrońcach z urzędu, a innych stać na dobrze opłacaną, a co za tym idzie, znacznie bardziej zaangażowaną pomoc prawną. Po jednej stronie staje podejrzanego (oskarżonego), z jego prawnie ograniczonymi możliwościami, a po drugiej potężny aparat państwa, tyle że z jego urzędniczą niewydolnością i z budżetowymi ograniczeniami w postaci np. limitów na wydatki przeznaczone na przeprowadzanie dowodu z biegłych itp.

Nie w tym więc należy upatrywać największych słabości omawianych zmian legislacyjnych, ale w ich nieproduktywności. Jeżeli bowiem kierować się Uzasadnieniem projektu ustawy, to legislatorzy spodziewali się, że efektem tych zmian będzie, iż strona „będzie miała możliwość złożenia wniosku o dopuszczenie dowodu z opinii biegłego (który sporządził dla obrony opinię i przesłuchania go przed sądem, jeśli sąd ten dowód dopuści”¹⁶). Przegląd całości stanu prawnego, jaki będzie obowiązywał, wskazuje jednak, że w takim charakterze, jak to przedstawiono w owym Uzasadnieniu, a więc

¹⁶ Uzasadnienie projektu ustawy o zmianie ustawy – Kodeks Postępowania Karnego i niektórych innych ustaw”, <http://bip.ms.gov.pl/pl/dzialalnosc/komisje-kodyfikacyjne/komisja-kodyfikacyjna-prawa-karnego/komisja-kodyfikacyjna-prawa-karnego-2009-2013/projekty-aktow-prawnych/>.

jako opinii biegłego, sąd takiego dowodu jednak nie dopuści, a jedynie uzna go za dokument wspierający stanowisko strony odnośnie opinii uzyskanej w trybie procesowym. Cóż więc osiągnięto przez dokonane zmiany? Wydaje się, że jedynie legitymizację już istniejącej praktyki odnośnie traktowania ekspertyz pozasądowych – tyle że nie powszechnej¹⁷. A przecież legislatorzy, jeżeli chcieli nadać ekspertyzom pozasądowym rangę procesowego obywatelstwa, mogli stworzyć przepis opisujący dowód z opinii uzyskanej przez podejrzanego/oskarżonego – choćby na wzór uregulowań włoskich¹⁸. Zamiast tego zdecydowali się na uchylenie drzwi dla dokumentów opisujących takie ekspertyzy. Chyba nie do końca zdawali sobie sprawę z tego, że jednocześnie drzwi tych uchylają także dla ekspertyz i innych dokumentów wytwarzanych w postępowaniach operacyjno-rozpoznawczych. Chyba też nie zdawali sobie sprawy i z innych konsekwencji przyjętego rozwiązania, o czym świadczy pominięcie kwestii dostępu ekspertów do materiału dowodowego i sposobu rozliczania kosztów itd. W efekcie kwestię pozyskiwania wiedzy od osób posiadających wiadomości specjalne reguluje zbiór niespójny i niekonsekwentny. Powątpiewać więc należy, czy w tym przypadku spełniony jest postulat racjonalności ustawodawcy – ważny, bo przecież domniemywany w toku czynienia wykładni prawa.

Some remarks on out-of-court expert opinions

Abstract

This paper deals with private expert opinions that are permitted under the Code of Criminal Procedure as amended by the Act of 27 September 2013. In practical application, such opinions will surely cause challenges; therefore, while discussing doubts raised over the amended Code of Criminal Procedure, Article 393, § 3, this contribution shows direction for solutions.

¹⁷ W cytowanym już wcześniej postanowieniu, wydanym w sprawie o sygn. V KK 388, Sąd Najwyższy stwierdził m.in., że „opinia opracowana na zlecenie uczestnika postępowania, przedstawiona przez niego sądowi, stanowi jego świadczenie zawierające informacje o dowodzie złożoną na podstawie art. 453 § 2 k.p.k., podlegające ujawnieniu w trybie przewidzianym przez ten przepis”, a w cytowanym już wyroku w sprawie o sygn. II CR 312/88 Sąd Najwyższy stwierdził m.in., że „jeżeli biegły powołany przez sąd opinię pozasądową kwestionuje, rzeczą sądu jest krytyczne rozważenie argumentacji obu opinii”.

¹⁸ Bliżej o tym zob. np.: D. Bielli, *Periti e consulenti nel novo processo penale*, La Giustizia Penale, vol. III, 1991; I. Virota, *La perizia nel processo penale italiano*, Padova 1968.

Tomasz Grajcar

Granice środka odwoławczego w świetle nowelizacji kodeksu postępowania karnego¹

Streszczenie

Artykuł ukazuje wypracowane w doktrynie i orzecznictwie koncepcje postrzegania granic środka odwoławczego oraz zasadniczych elementów współtworzących to pojęcie, z uwzględnieniem postępującej w tym zakresie ewolucji poglądów. Punkt ciężkości analizy teoretycznej przeprowadzonej w niniejszej publikacji został przerzucony na nierozstrzygniętą w dalszym ciągu kwestię granic orzekania sądu ad quem na korzyść i na niekorzyść oskarżonego. W zakończeniu opracowania zestawiono dotychczasowe uregulowania wpływające na kognicję sądu odwoławczego ze zmianami wprowadzonymi do kodeksu postępowania karnego nowelą wrześniową.

Zasada, zgodnie z którą sąd drugiej instancji rozpoznaje sprawę w granicach środka odwoławczego, została ustanowiona w ustawie procesowej z 1969 r.², a następnie przyjęto ją w tym samym brzmieniu do nowego kodeksu postępowania karnego (art. 433 § 1 k.p.k.). Pomimo licznych wypowiedzi doktryny i orzecznictwa w kwestii granic środka odwoławczego do dnia dzisiejszego pojęcie to pozostaje jednym z najbardziej spornych zagadnień prawa procesowego. Ponadto, pod adresem propagowanej w judykaturze trójelementowej koncepcji granic skargi odwoławczej, będącej swoistym kompromisem wypracowanym dla potrzeb orzeczniczych, podnosi się coraz więcej głosów krytycznych. Pozostając niejako w sytuacji bez wyjścia, ustawodawca zdecydował się nowelą wrześniową ostatecznie wyeliminować sporne pojęcie z ustawy procesowej. Wydaje się zatem, że wieloletnia dyskusja w tym przedmiocie, stanowiąca źródło teoretycznych dywergencji, ostatecznie się zakończyła. Konieczne jest przedstawienie pojawiających się na gruncie wykładni art. 433 § 1 k.p.k. poglądów i zweryfikowanie wspierających je argumentów poprzez pryzmat unormowań przyjętych w znowelizo-

¹ Ustawa z dnia 27 września 2013 r. o zmianie ustawy – Kodeks postępowania karnego oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. z 2013 r., poz. 1247), dalej jako nowela wrześniowa lub ustawa nowelizująca.

² Przepis art. 382 d.k.p.k. stanowił, że: „sąd odwoławczy rozpoznaje sprawę w granicach środka odwoławczego, a w zakresie szerszym o tyle, o ile ustawa to przewiduje”. Dla porównania należy wskazać, że kodeks postępowania karnego z 1928 r. (Dz. U. Nr 33, poz. 313) postulował się w art. 485 określeniem „granice apelacji”.

wanej procedurze. Podkreślić należy, że ustawodawca, zmieniając na potrzeby nowego modelu postępowania karnego podstawowe przepisy determinujące rozpoznanie sprawy w drugiej instancji, nie opowiedział się za żadną z wygłaszanych dotychczas koncepcji granic środka odwoławczego, lecz zaproponował nowe rozwiązanie.

Spór co do omawianego pojęcia ogniskuje się wokół składników je wyznaczających. Powszechnie wskazuje się na cztery elementy, które powinny być w tej kwestii brane pod uwagę, tj. zakres zaskarżenia, zarzuty odwoławcze, kierunek środka odwoławczego oraz wnioski odwoławcze.

Zakres zaskarżenia to elementy wyroku pierwszej instancji, przeciwko którym skierowana jest skarga odwoławcza³. W jego ramach wyróżnia się granice podmiotowe i przedmiotowe⁴. Te ostatnie związane są z możliwością zaskarżenia orzeczenia w całości lub w części, jak również zaskarżenia jedynie samego uzasadnienia orzeczenia (art. 425 § 2 k.p.k.)⁵. Skarżący powinien ponadto wskazać w środku odwoławczym zaskarżone rozstrzy-

³ M. Cieślak, Podstawowe pojęcia dotyczące rewizji według k.p.k., *Palestra* 1960, nr 9, s. 33.

⁴ K. Marszał, Znaczenie granic zaskarżenia i podniesionych zarzutów w postępowaniu odwoławczym w sprawach karnych, *Problemy Prawa Karnego*, t. 25, Katowice 2004, s. 108–112. Granice podmiotowe środka odwoławczego wyznacza osoba oskarżonego – zob. szerzej: D. Świecki, *Apelacja w postępowaniu karnym*, Warszawa 2011, s. 220; M. Klejnowska, Ograniczenia sądu odwoławczego orzekającego w sprawie karnej po wniesieniu środka zaskarżenia, *Rzeszów* 2008, s. 62; por. również ciekawe spostrzeżenia: Z. Dody, Konstrukcja granic środka odwoławczego w polskim prawie karnym procesowym, *Krakowskie Studia Prawnicze* 1975, rok VIII, s. 59; M. Cieślaka, Polska procedura karna. Podstawowe założenia teoretyczne, Warszawa 1984, s. 391; S. Zabłockiego, Postępowanie odwoławcze, kasacyjne i wznowieniowe w procesie karnym, Warszawa 1999, s. 79; M. Fingasa, W sprawie przekraczania granic podmiotowych środka odwoławczego w procesie karnym (część 1), *Palestra* 2010, nr 7–8; tegoż, W sprawie przekraczania granic podmiotowych środka odwoławczego w procesie karnym (część 2), *Palestra* 2010, nr 9–10; A. Zachuty, Skorzystanie z cudzej skargi odwoławczej – art. 435 k.p.k., *Prokuratura i Prawo* 2006, nr 11; S. Steinborna, O paradoksach i dobrodziejstwach zmiany lub uchylecia orzeczenia na rzecz współoskarżonych wskutek uwzględnienia cudzego środka odwoławczego (art. 435 k.p.k.), (w:) *Iudicium et scientia*. Księga jubileuszowa Profesora Romualda Kmiecika, pod red. A. Przyborowskiej-Klimczak i A. Taracha, Warszawa 2011, s. 483 i n. Z kolei granice przedmiotowe środka odwoławczego określane są przez skarżącego, który wskazuje, jakie rozstrzygnięcia zawarte w wyroku lub ustalenia zawarte w uzasadnieniu poddaje kontroli odwoławczej [zob. szerzej: D. Świecki, *Apelacja...*, *op. cit.*, s. 220; Z. Muras, Bezzględne przyczyny odwoławcze w polskim procesie karnym, *Toruń* 2004, s. 217; K. Marszał, Zmiana kwalifikacji prawnej czynu w postępowaniu rewizyjnym, *Problemy Prawa Karnego*, t. 15, Katowice 1989, s. 38 i n.; P. Rogoziński, Kilka uwag o stosowaniu art. 440 k.p.k. w toku rozpoznawania zażaleń na postanowienia i zarządzenia, (w:) *Iudicium et scientia*. Księga..., *op. cit.*, s. 457 i n.; P. Kruszyński, Kilka refleksji na temat art. 440 k.p.k., (w:) *Rzetelny proces karny. Księga jubileuszowa Profesora Zofii Świdry*, pod red. J. Skorupki, Warszawa 2009, s. 573 i n.].

⁵ Co do możliwości zaskarżenia samego uzasadnienia zob. szerzej: M. Klejnowska, Ograniczenia sądu odwoławczego..., s. 92–95; D. Świecki, Zaskarżalność uzasadnienia orzeczenia karnego, *Przegląd Sądowy* 2009, nr 4, s. 78 i n.

gnięcie lub ustalenie (art. 427 § 1 k.p.k.). Jeżeli zakres zaskarżenia nie został wyraźnie oznaczony, wydaje się, że można go odczytać na podstawie wniosków i zarzutów odwoławczych, a jeżeli i to nie pozwoli go ustalić, postąpić należy zgodnie z zasadą *in dubio pro reo*⁶.

W stosunku do wyroku wyrażenie „całość zaskarżonego rozstrzygnięcia” może oznaczać zarówno całość wyroku rozumianego jako suma rozstrzygnięć zawartych w treści konkretnego judykatu, jak również całość rozstrzygnięcia wobec określonego oskarżonego lub przypisanego mu czynu⁷. Jeżeli dojdzie natomiast do zaskarżenia orzeczenia jedynie w części, np. co do kary, środka karnego czy powództwa adhezyjnego, w pozostałym zakresie orzeczenie się uprawomocni. Sytuacja ta określana jest mianem prawomocności części orzeczenia. W jej ramach wyróżnia się:

- prawomocność podmiotowych i przedmiotowych części wyroku oraz
- prawomocność wertykalną i horyzontalną części wyroku⁸.

W przypadku apelacji przewidziana została możliwość rozszerzenia zakresu zaskarżenia poprzez ustanowienie w art. 447 k.p.k. niewzruszalnych domniemań, powodujących *ex lege* modyfikację zakresu zaskarżenia określonego przez skarżącego w apelacji⁹. W przypadkach w nich wskazanych ustawodawca przesądził, jak konkretyzować wolę skarżącego, ustalając zakres zaskarżenia środka odwoławczego¹⁰. Pierwsze z nich polega na przyjęciu, że apelację co do winy uważa się za zwróconą przeciwko całości wyroku (§ 1), natomiast domniemanie drugie zakłada, że apelację co do kary uważa się za zwróconą przeciwko całości rozstrzygnięcia o karze i środkach karnych (§ 2). Artykuł 447 § 1 k.p.k. tworzy fikcję prawną, kiedy mimo faktycznego zaskarżenia jednego z elementów orzeczenia uważa się, że apelacja zaskarża orzeczenie w całości¹¹. *Ratio legis* tego uregulowania sprowadza się do stwierdzenia, że skoro wszystkie rozstrzygnięcia zawarte w wyroku są oparte na rozstrzygnięciu o winie, to nie mogą się one ostać, gdy nastąpi zmiana w tym przedmiocie¹². Sens art. 447 § 2 k.p.k. wyraża się z kolei w konieczności zapewnienia wewnętrznej spójności rozstrzygnięcia

⁶ K. Marz a ł, Znaczenie granic zaskarżenia..., *op. cit.*, s. 112.

⁷ D. Świecki, Apelacja..., *op. cit.*, s. 139.

⁸ Zob. szerzej na temat prawomocności części orzeczenia: P. Hofmański, Częściowa prawomocność wyroków w procesie karnym, Problemy Prawa Karnego, t. 17, Katowice 1991; tenże, Horyzontalna prawomocność części wyroku w procesie karnym, Przegląd Sądowy 1998, nr 4; A. Zachu ta, Horyzontalna – pozioma prawomocność przedmiotowej części wyroku, Prokuratura i Prawo 2006, nr 9; S. Steinborn, Prawomocność części orzeczenia w procesie karnym, Warszawa 2011.

⁹ S. Steinborn, *ibidem*, s. 512.

¹⁰ M. Klejnowska, Ograniczenia sądu odwoławczego..., *op. cit.*, s. 89.

¹¹ Tamże, s. 74.

¹² D. Świecki, Apelacja..., *op. cit.*, s. 140.

o środkach reakcji karnej¹³. Przepis art. 447 k.p.k. nie odnosi się natomiast do sytuacji, gdy zaskarżono jedynie orzeczenie co do środka karnego. Należy jednak przyjąć, że oznacza to zaskarżenie tylko co do tego środka i nie można zakresu zaskarżenia rozciągać na całość orzeczenia o środkach karnych, czy tym bardziej o karze¹⁴. Mimo że powyższe stanowisko nie budzi kontrowersji w doktrynie, ustawodawca postanowił dać temu bezpośredni wyraz w ustawie procesowej, zmieniając nowelą wrześnieową dotychczasowe brzmienie art. 447 k.p.k. i dodając w nim uregulowanie odnoszące się do zaskarżenia orzeczenia w zakresie środków karnych¹⁵.

W doktrynie poruszono charakter relacji pomiędzy art. 447 k.p.k. i art. 434 § 1 k.p.k. K. Marszał¹⁶ stoi na stanowisku, zgodnie z którym art. 434 § 1 k.p.k. określa ściśle ramy orzekania na niekorzyść oskarżonego, które nie mogą być poszerzane, a zatem granice zaskarżenia, o których mowa w tym przepisie, nie mogą być objęte regulacją z art. 447 k.p.k. Autor podnosi, że sformułowanie „chyba że ustawa stanowi inaczej” nie odnosi się do art. 447 k.p.k., ale do tych przepisów, które przewidują orzekanie niezależnie od granic zaskarżenia i podniesionych zarzutów¹⁷. Z kolei S. Steinborn¹⁸ wskazuje, że pomiędzy tymi przepisami nie zachodzi relacja *lex specialis* – *lex generalis*, ponieważ dotyczą one dwóch różnych kwestii – art. 434 § 1 k.p.k. odnosi się do zasad orzekania na niekorzyść oskarżonego przez sąd *ad quem*, natomiast art. 447 k.p.k. ma na celu ustalenie zakresu zaskarżenia wyroku. Z powyższego Autor wywodzi, że domniemania, o których mowa w art. 447 § 1 i 2 k.p.k., mają zastosowanie do każdej apelacji niezależnie od jej kierunku¹⁹. Z tym ostatnim poglądem należy się zgodzić, z zastrzeżeniem jedynie takim, że powyższa kwestia w odniesieniu do podmiotów fachowych nie ma znaczenia ponad teoretycznym. Orzekanie na niekorzyść oskarżonego zawsze będzie uzależnione w takiej sytuacji od zaistnienia uchybień podniesionych w środku odwoławczym. Samo zatem „techniczne” poszerzenie zakresu zaskarżenia nie spowoduje dla oskarżonego negatywnych konse-

¹³ Tamże.

¹⁴ A. Gaberle, Glosa do wyroku SN z dnia 19 września 2001 r., sygn. III KKN 168/01, OSP 2002, nr 5, poz. 67; J. Izydorczyk, Granice orzekania sądu odwoławczego w polskiej procedurze karnej, Łódź 2010, s. 77; zob. również szerszy wywód M. Klejnowskiej w tym zakresie (Ograniczenia sądu odwoławczego..., *op. cit.*, s. 78).

¹⁵ Art. 447 § 3 k.p.k. w nowym brzmieniu otrzymał następującą treść: „Apelację co do środka karnego uważa się za zwróconą przeciwko całości rozstrzygnięcia o środkach karnych. Zaskarżyć można również brak rozstrzygnięcia w przedmiocie środka karnego”.

¹⁶ K. Marszał, Znaczenie granic zaskarżenia..., *op. cit.*, s. 115–116; tak również D. Świecki, Rozprawa apelacyjna w polskim procesie karnym, Kraków 2006, s. 30.

¹⁷ K. Marszał, *ibidem*, s. 116.

¹⁸ S. Steinborn, Prawomocność części orzeczenia..., *op. cit.*, s. 513 i n.; tak również J. Izydorczyk, Granice orzekania..., s. 278–279.

¹⁹ S. Steinborn, *ibidem*, s. 517.

kwencji, jeżeli ów poszerzony obszar zaskarżenia nie stanowił przedmiotu zainteresowania skarżącego. Skoro zakres ten nie był oznaczony w skardze odwoławczej, nie mogły być formułowane na tym polu żadne zarzuty, co automatycznie wyłącza możliwość pogorszenia sytuacji oskarżonego w zakresie niezaskarżonym. Inaczej sytuacja przedstawia się w razie zaskarżenia wyroku na niekorzyść oskarżonego przez stronę prywatną. W tej sytuacji wskazany przez nią zakres zaskarżenia zostaje rozszerzony zgodnie z uregulowaniem z art. 447 k.p.k., a sam wyrok poddany kontroli „totalnej” przez przyzmat wszystkich powodów odwoławczych z art. 438 k.p.k.²⁰. Ustawodawca nie uzależnił bowiem stosowania art. 447 k.p.k. od kierunku zaskarżenia lub osoby skarżącego. Wprowadził natomiast regulację szczególną w art. 434 § 1 zd. 2 k.p.k. Nie jest ona jednak powiązana z przepisem art. 447 k.p.k., który w każdym przypadku wniesienia apelacji – czy to na korzyść, czy na niekorzyść oskarżonego – automatycznie modyfikuje zakres zaskarżenia wyroku. Z powyższego wynika, że osoba skarżącego determinuje sytuację oskarżonego w postępowaniu odwoławczym w ten sposób, że w razie zaskarżenia orzeczenia przez podmiot kwalifikowany oskarżony ma wiedzę o zarzutach, które zostały podniesione w środku odwoławczym, natomiast w przypadku apelowania przez stronę prywatną wiedzy takiej może nie posiadać, a o zarzutach dowie się dopiero w toku rozprawy apelacyjnej. Trafnie jednak podnosi W. Kociubiński²¹, że chociaż sytuacja oskarżonego jest zróżnicowana w zależności od podmiotu skarżącego, to co do zakresu orzekania sądu odwoławczego na niekorzyść oskarżonego nie występują żadne różnice, bowiem zakres ten wyznacza zawsze skala i rodzaj uchybień popełnionych przez sąd pierwszej instancji.

Zarzuty to twierdzenia przypisujące komuś lub czemuś jakąś ujemną kwalifikację. W konstrukcji zarzutu można wyróżnić podmiot (autor twierdzenia), przedmiot (to, czego zarzut dotyczy) oraz treść (ujemna kwalifikacja przypisywana przedmiotowi)²². Jeżeli zaś chodzi o zarzuty podnoszone w środku odwoławczym, to należy je ujmować jako zawarte w skardze odwoławczej twierdzenia o uchybieniach, których zdaniem skarżącego dopuścił się sąd pierwszej instancji²³.

Ustawodawca nałożył jedynie na podmioty fachowe (oskarżyciel publiczny, obrońca, pełnomocnik) obowiązek formułowania zarzutów w środku odwoławczym (art. 427 § 2 k.p.k.). Wymóg ten nabiera istotnego znaczenia

²⁰ Por. S. Zabłocki, (w:) Kodeks postępowania karnego. Komentarz. t. III, pod red. R. A. Stefańskiego i S. Zabłockiego, wyd. 2, Warszawa 2004, s. 79–80.

²¹ W. Kociubiński, Procesowe wyznaczniki kontroli odwoławczej. Glosa do postanowienia Sądu Najwyższego z dnia 16 listopada 2009 r., sygn. IV KK 101/09, Przegląd Sądowy 2011, nr 6, s. 137.

²² M. Cieślak, Podstawowe pojęcia dotyczące rewizji..., *op. cit.*, s. 24.

²³ Tamże.

w przypadku skargi odwoławczej wywiezionej przez podmiot kwalifikowany na niekorzyść oskarżonego, bowiem wówczas sąd odwoławczy może orzec na niekorzyść oskarżonego wyłącznie w granicach zaskarżenia i tylko w razie stwierdzenia uchybień podniesionych w środku odwoławczym lub podlegających uwzględnieniu z urzędu (art. 434 § 1 k.p.k.). Od razu należy podkreślić, że pojęcie zarzutu nie jest tożsame z pojęciem uchybienia. Uchybienie ma charakter obiektywny, ponieważ albo występuje, albo też nie, natomiast zarzut ma charakter subiektywny, gdyż jest to jedynie przekonanie skarżącego o powstałym uchybieniu, które jednak może być błędne²⁴. Rozróżnienie to jest relewantne w przypadku nieprawidłowego zakwalifikowania przez podmiot fachowy zarzucanego w środku odwoławczym uchybienia, ponieważ wtedy kwestia orzekania na niekorzyść oskarżonego uzależniona będzie od tego, czy podniesione uchybienie istotnie wystąpiło, a nie od tego, czy zostało ono właściwie nazwane²⁵. Jeżeli zatem prokurator wniósł pisemną apelację na niekorzyść oskarżonego jedynie co do kary, to na rozprawie apelacyjnej nie może on skutecznie wnosić o rozstrzygnięcie na niekorzyść również co do winy²⁶. W razie natomiast wniesienia środka odwoławczego na korzyść oskarżonego orzecznictwo przyjmuje, że sąd odwoławczy nie jest związany granicami podniesionych w apelacji zarzutów, co oznacza, że w granicach zaskarżenia powinien skontrolować wyrok pod kątem wszystkich przyczyn odwoławczych określonych w art. 438 k.p.k.²⁷. W rezultacie, po upływie terminu do złożenia apelacji, mogą być podnoszone dodatkowe zarzuty odwoławcze w granicach zaskarżenia, jak też można wskazywać na uchybienia, które podlegają uwzględnieniu z urzędu i które sąd drugiej instancji powinien rozpoznać i odnieść się do nich w uzasadnieniu wyroku²⁸. Stanowisko Sądu Najwyższego zaprezentowane w postanowieniu z dnia 16 listopada 2009 r. (sygn. IV KK 101/09) wywołało spore kontrowersje

²⁴ J. Izydorczyk, *Granice orzekania...*, *op. cit.*, s. 277.

²⁵ P. Hofmański, S. Zabłocki, *Niektóre zagadnienia związane z granicami orzekania w instancji odwoławczej w procesie karnym*, (w:) *Problemy stosowania prawa sądowego. Księga ofiarowana Profesorowi Edwardowi Skrętowiczowi*, pod red. I. Nowikowskiego, Lublin 2007, s. 191–192; zob. również wyrok SN z dnia 14 listopada 2001 r., sygn. III KKN 250/01 (LEX nr 51944).

²⁶ Wyrok Sądu Najwyższego z dnia 30 stycznia 1990 r., sygn. WR 3/90, OSP 1991, nr 5, poz. 120; tak również Z. Doda, A. Gaberle, *Orzecznictwo Sądu Najwyższego. Komentarz*, t. II: *Kontrola odwoławcza w procesie karnym*, Warszawa 1997, s. 225.

²⁷ Postanowienie Sądu Najwyższego z dnia 16 listopada 2009 r., sygn. IV KK 101/09, OSNKW 2010, nr 1, poz. 8.

²⁸ Tak również Z. Doda, A. Gaberle, *Kontrola odwoławcza...*, *op. cit.*, s. 221; P. Hofmański, E. Sadzik, K. Zgryzek, *Kodeks postępowania karnego. Komentarz*, wyd. 3, t. II, Warszawa 2007, s. 631–632; M. Kondracki, *Rola zarzutów odwoławczych w procesie karnym*, *Palestra* 2009, nr 3–4, s. 91–92.

w doktrynie²⁹. Krytycznie odnieśli się do niego M. Fingas i S. Steinborn, którzy przyjmują, że zarzuty odwoławcze stanowią element wyznaczający granice środka odwoławczego we wszystkich przypadkach, kiedy zostaje on wniesiony przez podmiot zobowiązany do ich wskazania, co ma miejsce także przy środku odwoławczym złożonym na korzyść oskarżonego. Uzasadnienie dla takiego stanowiska ma stanowić art. 433 § 2 k.p.k. ściśle powiązany z § 1 tego przepisu³⁰. Wydaje się jednak, że argument ten został podważony w uzasadnieniu postanowienia Sądu Najwyższego. Gdyby konsekwentnie trzymać się treści art. 433 § 2 k.p.k., należałoby uznać, że również wnioski odwoławcze wyznaczają granice środka odwoławczego. Należy także zauważyć, że powiązanie treściowe nie występuje jedynie na płaszczyźnie art. 433 k.p.k., ale ma miejsce również w relacji pomiędzy art. 433 k.p.k. i art. 434 § 1 k.p.k. Ta ostatnia regulacja normuje możliwość orzekania na niekorzyść oskarżonego i uściśla jego ramy w zależności od wniesienia środka odwoławczego przez profesjonalistę lub inny podmiot, a ponadto określa *a contrario* skutki niepodniesienia w środku odwoławczym uchybień przez pełnomocnika lub oskarżyciela publicznego. Skoro wiedzą oni, w jakich przypadkach sąd odwoławczy będzie mógł orzec na niekorzyść oskarżonego, to chcąc doprowadzić do zmiany lub uchylenia orzeczenia sądu *a quo*, powinni wymogom tym sprostać. W przeciwnym bowiem razie ich środek odwoławczy, nawet jeżeli co do zasady będzie słuszny, nie zostanie uwzględniony z uwagi na ograniczenia kontrolne sądu *ad quem*. M. Fingas i S. Steinborn³¹ wskazali także na wadliwość uzasadnienia Sądu Najwyższego w zakresie odwołania się do wnioskowania *a contrario* z normy określonej w art. 434 § 1 k.p.k. I w tym przypadku wydaje się, że można podjąć polemikę. Kodeks postępowania karnego zakreśla wyraźnie granice orzekania na niekorzyść oskarżonego, nie czyniąc tego przy odwrotnym kierunku zaskarżenia. Przyjąć zatem należy, odmiennie niż czyni to Sąd Najwyższy, że sąd odwoławczy może orzekać na korzyść oskarżonego bez względu na granice środka odwoławczego, za czym przemawia wnioskowanie *a contrario* z art. 434 § 1 zd. 1 k.p.k.³². Granice środka odwoławczego krępują sąd

²⁹ Zob. M. Fingas, S. Steinborn, Glosa do postanowienia Sądu Najwyższego z dnia 16 listopada 2009 r., sygn. IV KK 101/09, Prokuratura i Prawo 2011, nr 3; W. Kociubiński, Procesowe wyznaczniki kontroli odwoławczej..., *op. cit.*, s. 133–138; A. Bojańczyk, Glosa do postanowienia Sądu Najwyższego z dnia 16 września 2009 r., sygn. IV KK 101/09, Państwo i Prawo 2011, nr 11, s. 134–140.

³⁰ M. Fingas, S. Steinborn, Glosa do postanowienia..., s. 165.

³¹ Tamże, s. 166–167.

³² Z. Doda, Konstrukcja granic środka odwoławczego..., *op. cit.*, s. 83; A. Kaftal, O granicach i kierunku środka odwoławczego w świetle nowego k.p.k., *Palestra* 1970, nr 3, s. 46; W. Kociubiński, Możliwości reformacyjnego orzeczenia sądu odwoławczego – wybrane zagadnienia, *Przegląd Sądowy* 2001, nr 7–8, s. 88–89; tenże, Zakres orzekania sądu odwoławczego w nowym kodeksie postępowania karnego, (w:) Nowa kodyfikacja prawa kar-

drugiej instancji jedynie w razie wniesienia skargi odwoławczej na niekorzyść oskarżonego. Skoro art. 434 § 1 k.p.k. ogranicza orzekanie na niekorzyść oskarżonego od wniesienia środka odwoławczego na jego niekorzyść (zd. 1) oraz stwierdzenia uchybień podniesionych w środku odwoławczym (zd. 2) i ustanawia zasadę, zgodnie z którą orzekanie na niekorzyść możliwe jest jedynie w granicach zaskarżenia, to analogicznego ograniczenia ustawodawca nie wprowadza na gruncie art. 434 § 2 k.p.k., czyniąc możliwym korzystne orzekanie na rzecz oskarżonego w każdej sytuacji, niezależnie od zakresu zaskarżenia, zarzutów odwoławczych czy kierunku środka odwoławczego. Jeżeli sąd *ad quem* może orzekać na korzyść oskarżonego nawet wtedy, gdy nie wniesiono środka odwoławczego na jego korzyść, to tym bardziej może to uczynić, gdy środek taki został wniesiony, choćby wadliwie wskazano w nim zakres zaskarżenia lub nie podniesiono rzeczywiście istniejących uchybień³³. Skoro ustawodawca poszedł tak daleko w zakresie wyposażenia sądu *ad quem* w możliwość orzekania na korzyść oskarżonego, nie uzależniając tego od wystąpienia jakiegokolwiek przesłanki, to tym samym nie mógł ograniczyć w innym przepisie takiego orzekania od zaistnienia uchybień podniesionych w środku odwoławczym i traktować analogicznie dwóch zupełnie odmiennych sytuacji. Glosatorzy³⁴ kwestionują ponadto koncepcję tzw. totalnej kontroli odwoławczej. Zgodzić należy się ze stanowiskiem, że podstawą zmiany lub uchylenia orzeczenia w trybie art. 440 k.p.k. nie może być jakiegokolwiek najdrobniejsze uchybienie. Wada podlegająca naprawie powinna być istotna do tego stopnia, że jej niewyeliminowanie powodowałoby utrzymanie w mocy orzeczenia niesprawiedliwego i to w stopniu rażącym. W pozostałym zakresie argumenty glosatorów nie są zasadne. Stwierdzić należy, że pożądaną byłaby sytuacja, w której sąd odwoławczy już *a priori* wiedziałby, które uchybienie jest relewantne, i w konsekwencji mógłby ograniczyć rozpoznanie sprawy wyłącznie do kwestii istotnych. Tak jednak nie jest i aby sąd drugiej instancji mógł uznać, że przesłanki z art. 440 k.p.k. wystąpiły lub nie, najpierw musi dane orzeczenie przez pryzmat rażącej niesprawiedliwości sprawdzić. Właśnie ten mechanizm sprawdzania

nego, pod red. L. Boguń, Wrocław 1997, s. 155. Podobnie kwestię tę ujmuje H. Kempisty, który stwierdza, że użyte w art. 382 d.k.p.k. (obecnie art. 433 § 1 k.p.k.) określenie „chyba, że ustawa stanowi inaczej” należy rozumieć w ten sposób, że w razie rozpoznania rewizji (obecnie apelacji) możliwość orzeczenia na korzyść jest dopuszczalna bez ograniczeń i „ustawa to przewiduje”. Zawężający zaś zakaz zawarty w art. 382 d.k.p.k. (obecnie art. 433 § 1 k.p.k.) odnosi się tylko do środka odwoławczego wniesionego na niekorzyść oskarżonego – zob. tegoż, (w:) Kodeks postępowania karnego. Komentarz, pod red. M. Mazura, Warszawa 1976, s. 544.

³³ Z. Doda, Konstrukcja granic środka odwoławczego..., *op. cit.*, s. 83–84. Podobną wykładnię powołanych przepisów zdają się prezentować M. Fingas i S. Steinborn, aczkolwiek odnoszą się do niej negatywnie (Glosa do postanowienia..., *op. cit.*, s. 170–171).

³⁴ M. Fingas, S. Steinborn, *ibidem*, s. 171–173.

orzeczenia (faza poznawcza) pod kątem przyczyn odwoławczych z art. 438 k.p.k. w powiązaniu z art. 440 k.p.k. określany jest mianem totalnej kontroli odwoławczej, od której nie można uciec. Sąd *ad quem*, aby podjąć decyzję merytoryczną, musi najpierw zbadać orzeczenie, a dopiero później wyniki tego badania odnieść do przesłanki rażącej niesprawiedliwości. Przedmiotowemu postanowieniu zarzucono również nieuprawnione rozciągnięcie na obrońcę zredukowanego formalizmu apelacji wnoszonej osobiście przez stronę, uprzywilejowując go jako podmiot fachowy względem innych pełnomocników i oskarżyciela publicznego³⁵. Wskazać jednak należy, że stawianie w tej sytuacji mniejszych wymogów obrońcy niż oskarżycielowi lub pełnomocnikowi wynika nie z faktu uprzywilejowania tego pierwszego, lecz z odmiennego zakresu orzekania na korzyść i niekorzyść przez sąd odwoławczy. Obrońca działa na korzyść oskarżonego, zatem jego obszar aktywności jest co do zasady nieograniczony³⁶. Ograniczenia takie występują natomiast przy skardze odwoławczej sporządzonej przez podmiot fachowy, który zaskarża orzeczenie na niekorzyść oskarżonego (oskarżyciel publiczny, pełnomocnik). Jeżeli zatem ustawodawca nie uzależnia orzekania na korzyść oskarżonego od zaistnienia uchybienia podniesionego w zarzucie odwoławczym, to rozszerzająca w tym zakresie wykładnia art. 427 § 2 k.p.k. i art. 434 § 1 k.p.k. byłaby nieuprawniona. Prawdą jest, że środkiem odwoławczym pochodzącym od profesjonalistów stawia się większe wymogi niż apelacjom lub zażaleniom formułowanym przez strony osobiście. Niemniej przy środkach odwoławczych wniesionych na niekorzyść oskarżonego wymagania te idą jeszcze dalej, o czym przekonuje treść art. 434 § 1 k.p.k. Przepis ten zmusza bowiem skarżącego profesjonalistę do zwrócenia uwagi sądu *ad quem* na takie uchybienie, które mogłoby skutkować wydaniem orzeczenia kasatoryjnego lub reformatoryjnego. Niezależnie od pojawiających się w doktrynie głosów krytycznych pod adresem omawianego judykatu, należy go zaaprobować z powodów powołanych powyżej³⁷, z tym jednak zastrzeżeniem, że stanowisko Sądu Najwyższego co do związania sądu drugiej instancji granicami zaskarżenia przy skardze odwoławczej wniesionej na korzyść oskarżonego może budzić uzasadnione wątpliwości. Podsumowując, stwierdzić należy, że w razie wniesienia środka odwoławczego na

³⁵ A. Bojańczyk, Glosa do postanowienia..., *op. cit.*, s. 134–135.

³⁶ Por. W. Kociubiński, Zasady rzetelnego procesu w postępowaniu apelacyjnym – wybrane zagadnienia, (w:) Rzetelny proces karny. Księga jubileuszowa Profesor Zofii Świdry, pod red. J. Skorupki, Warszawa 2009, s. 611; odmiennie zdaje się sądzić S. Steinborn, O zakresie orzekania poza granicami środka odwoławczego w świetle zasad i tendencji rozwojowych współczesnego procesu karnego (uwagi *de lege ferenda*), (w:) Z problematyki funkcji procesu karnego, pod red. T. Grzegorzczaka, J. Izydorczyka, R. Olszewskiego, Warszawa 2013, s. 566.

³⁷ Zob. również W. Kociubiński, Procesowe wyznaczniki kontroli odwoławczej..., *op. cit.*, s. 134 i n.

niekorzyść oskarżonego sąd drugiej instancji związany jest zakresem zaskarżenia oraz zarzutami podniesionymi przez podmiot fachowy. W innych sytuacjach związanie instancji odwoławczej zarzutami nie ma miejsca, a sąd *ad quem* obowiązany jest rozpoznać sprawę pod kątem wszystkich przyczyn odwoławczych określonych w art. 438 k.p.k.³⁸

Nowela wrześniowa zmieniła art. 427 § 1 k.p.k. i ustanowiła wymóg formułowania w skardze odwoławczej zarzutów przez każdego skarżącego, a nie – jak to miało miejsce do tej pory – jedynie przez podmioty kwalifikowane. Znowelizowany przepis art. 427 § 1 k.p.k. stanowi, że „odwołujący się powinien wskazać zaskarżone rozstrzygnięcie lub ustalenie, sformułować zarzuty stawiane rozstrzygnięciu, a także podać, czego się domaga”. W uzasadnieniu³⁹ ustawy podkreślono, że unormowanie to ma ograniczyć zakres kontroli odwoławczej i przeprowadzania tzw. kontroli totalnej. Zaznacza się również, że przyjęte rozwiązanie nie ma na celu zobowiązania odwołującego do przedstawienia zarzutów w precyzyjnej formie prawnej poprzez wskazanie enumeratywnie wymienionych przepisów ustawy, a jedynie zmierza do tego, aby odwołujący wyartykułował (choćby „własnymi słowami”) to, jakie jego zdaniem uchybienia obciążają zaskarżone orzeczenie. Przyjęte przez Komisję Kodyfikacyjną Prawa Karnego rozwiązanie, mimo że nie weszło jeszcze w życie, już spotkało się z krytyką doktryny. Wskazuje się bowiem, nie bez racji, że regulacja ta budzi istotne zastrzeżenia z punktu widzenia prawa do sądu, w szczególności interesów stron procesowych, w tym przede wszystkim oskarżonego⁴⁰. Powyższe rozwiązanie pociągnęło za sobą konieczność zmiany art. 434 § 1 k.p.k., w ten sposób, że zniesiono unormowanie ze zdania drugiego, odnoszące się dotychczas jedynie do podmiotów kwalifikowanych. Skoro ustawodawca w znowelizowanym art. 427 § 1 k.p.k. nałożył na każdego skarżącego obowiązek formułowania w skardze odwoławczej zarzutów, to tym samym uzależnił orzekanie na niekorzyść oskarżonego od stwierdzenia uchybień podniesionych w każdym środku odwoławczym. Nowela wrześniowa w znacznym zakresie w odniesieniu do granic kontroli odwoławczej niweluje różnice między środkiem odwoławczym pochodzącym od podmiotu fachowego a skargą odwoławczą wniesioną przez stronę prywatną. Ustawa nowelizująca zmodyfikowała również formułę art. 434 § 2 k.p.k., który obecnie daje możliwości nieskrępowanego przełamania kierunku środka odwoławczego. Zmiana polega na ograniczeniu tej możliwości jedynie w razie zaistnienia przesłanek z art. 440

³⁸ W. Kociubiński, *Możliwości reformacyjnego orzeczenia...*, *op. cit.*, s. 89.

³⁹ Bip.ms.gov.pl/pl/projekty-aktow-prawnych/prawo-karne/download,1649,1.html (dostęp w dniu 20 marca 2014 r.), s. 148–149.

⁴⁰ K. Marszał, *Jeszcze w sprawie pojęcia granic środka odwoławczego w procesie karnym*, (w:) Profesor Marian Cieślak – osoba, dzieło, kontynuacje, pod red. W. Cieślaka i S. Steinborna, Warszawa 2013, s. 945–946.

k.p.k. Powyższe podyktowane było wprowadzaniem nowego kontradyktoryjnego modelu postępowania karnego i ukonstytuowania zasady równości broni również w stadium odwoławczym. Ocenic ją należy pozytywnie, zachowując jednak pewien sceptycyzm wynikający z odchodzenia przez ustawodawcę od tzw. kontroli totalnej. W nowym modelu postępowania sądowego, przerzucającego w zasadzie inicjatywę dowodową na strony i wzmagającego walkę między nimi o wynik procesu, wydaje się, że uregulowanie osłabiające możliwość korzystnego potraktowania oskarżonego w drugiej instancji niejako przy okazji rozpoznawania np. środka odwoławczego wniesionego przez stronę przeciwną, wychodzi naprzeciw założeniom nowego modelu. Pozostawienie art. 434 § 2 k.p.k. w jego dotychczasowej formule wprowadzałoby nieproporcjonalne uprzywilejowanie oskarżonego względem drugiej strony. Zmiana ta krępuje jednak w pewnym zakresie sąd *ad quem* kierunkiem środka odwoławczego w fazie orzekania.

Przez kierunek środka odwoławczego należy rozumieć stosunek środka odwoławczego do interesów procesowych poszczególnych stron⁴¹. K. Marszał⁴² twierdzi z kolei, że jest to cecha środka odwoławczego, która przejawia się w dążeniu do polepszenia lub pogorszenia sytuacji oskarżonego. Kierunek środka odwoławczego zakreśla ramy, w jakich środek ten może być stosowany, biorąc pod uwagę interesy stron procesowych, tzn. orzekanie sądu odwoławczego na korzyść lub niekorzyść określonej strony⁴³. Z. Doda⁴⁴ wskazuje, że kierunek środka odwoławczego funkcjonuje w sposób „asymetryczny”, ponieważ sąd *ad quem* nie jest nim w ogóle skrępowany w razie wniesienia środka odwoławczego na niekorzyść oskarżonego, natomiast jest nim bezwzględnie związany w przypadku zaskarżenia orzeczenia na jego korzyść.

Oceny kierunku środka odwoławczego dokonuje się przez pryzmat *gravamen* skarżącego, gdyż środek odwoławczy powinien zostać wniesiony w kierunku zmierzającym do ochrony praw lub interesów skarżącego, które zostały naruszone wydanym orzeczeniem⁴⁵. Kierunek środka odwoławczego determinuje zatem osoba odwołującego się. Na korzyść oskarżonego środek odwo-

⁴¹ M. Cieślak, Podstawowe pojęcia dotyczące rewizji..., *op. cit.*, s. 30; interesu procesowego nie można utożsamiać z interesem prawnym, gdyż ten pierwszy to obiektywny stan – korzystny lub niekorzystny w odniesieniu do wyników postępowania – dla strony takiego postępowania, natomiast interes prawny stanowi warunek wymagany przez ustawodawcę do stania się stroną (*sensu largo*) danego postępowania (zob. J. Izdorsky, Granice orzekania..., *op. cit.*, s. 260).

⁴² K. Marszał, (w:) Proces karny. Przebieg postępowania, pod red. K. Marszala, Katowice 2008, s. 208.

⁴³ A. Kaftal, System środków odwoławczych w polskim procesie karnym (rozważania modelowe), Warszawa 1972, s. 251.

⁴⁴ Z. Doda, Zażalenie w procesie karnym, Warszawa 1985, s. 299.

⁴⁵ D. Świecki, Apelacja..., *op. cit.*, s. 136–137.

ławczy może wnieść on sam, jego obrońca oraz przedstawiciel ustawowy lub opiekun oskarżonego, natomiast na niekorzyść oskarżonego skarżyć się mogą: oskarżyciel posiłkowy, oskarżyciel prywatny oraz powód cywilny⁴⁶. Oskarżyciel publiczny może złożyć środek odwoławczy zarówno na korzyść, jak i na niekorzyść oskarżonego, ponieważ nie jest ograniczony *gravamen*. Tym samym środek odwoławczy wniesiony przez oskarżyciela publicznego może być dwukierunkowy, a powstały w następstwie jego wniesienia układ procesowy sprowadza się w rzeczywistości do istnienia dwóch środków odwoławczych, a zatem nie ma przeszkód, aby sąd odwoławczy mógł orzekać na niekorzyść oskarżonego w takim zakresie, w jakim dane orzeczenie zostało zaskarżone na jego niekorzyść⁴⁷. Kierunku środka odwoławczego nie ustala się na podstawie sformułowania, że został on wniesiony na korzyść lub niekorzyść oskarżonego, ale na podstawie analizy całokształtu okoliczności zamieszczonych w skardze odwoławczej, a zwłaszcza w podniesionych w niej zarzutach⁴⁸. Z kierunkiem zaskarżenia wiążą się bezpośrednio zakaz *reformationis in peius*, który obowiązuje w przypadku wniesienia środka odwoławczego na korzyść oskarżonego, oraz reguły *ne peius* ograniczające orzekanie sądu odwoławczego w sytuacji wniesienia środka odwoławczego na niekorzyść oskarżonego.

Wniosek odwoławczy to zawarte w skardze odwoławczej żądanie skarżącego, aby sąd odwoławczy wyciągnął określone konsekwencje prawne z uchybień podanych w zarzutach odwoławczych. Innymi słowy, to określenie orzeczenia sądu *ad quem*, którego skarżący się domaga⁴⁹. Wnioski odwoławcze nie wiążą sądu odwoławczego w sposób bezwzględny, jednak zarówno na podmiocie fachowym, jak i na stronie prywatnej ciąży obowiązek ich wskazania w środku odwoławczym (art. 427 § 1 *in fine* k.p.k.). Ponadto, art. 433 § 2 k.p.k. zobowiązuje sąd drugiej instancji do ich rozważenia, chyba że ustawa stanowi inaczej. Wniosek odwoławczy jest pomocny przy dokładnym ustalaniu zakresu zaskarżenia, gdyż wskazuje na elementy orzeczenia, przeciwko którym skarga odwoławcza została skierowana⁵⁰. W uzasadnieniu postanowienia z dnia 10 maja 1995 r. (sygn. I KZP 9/95)⁵¹ Sąd Najwyższy trafnie stwierdził, że nie ma w ustawie procesowej przepisu, który uzależniałby wybór rodzaju orzeczenia sądu odwoławczego od wniosku

⁴⁶ J. Izydorczyk, *Granice orzekania...*, *op. cit.*, s. 260–261.

⁴⁷ Z. Doda, A. Gaberle, *Kontrola odwoławcza...*, *op. cit.*, s. 233; M. Klejnowska, *Ograniczenia sądu odwoławczego...*, *op. cit.*, s. 123–124; D. Świecki, *Apelacja...*, *op. cit.*, s. 138.

⁴⁸ P. Pratkaniecki, *Kierunek środka odwoławczego wniesionego w sprawie karnej*, *Przeгляд Sądowy* 2008, nr 7–8, s. 158.

⁴⁹ M. Cieślak, *Podstawowe pojęcia dotyczące rewizji...*, *op. cit.*, s. 34.

⁵⁰ J. Izydorczyk, *Granice orzekania...*, *op. cit.*, s. 152.

⁵¹ Prokuratura i Prawo 1995, dodatek „Orzecznictwo”, nr 9, poz. 13.

umieszczonego w środku odwoławczym. Rodzaj orzeczenia zależy bowiem od warunków określonych w art. 437 § 2 k.p.k., a nie od żądania odwołującej się strony. W konsekwencji o tym, czy w danej sprawie wymienione w tym przepisie warunki są spełnione, decyduje instancja odwoławcza, a nie ocena skarżącego.

Pojęcie granic środka odwoławczego zostało użyte przez ustawodawcę w art. 433 § 1 k.p.k., który stanowi, że sąd odwoławczy rozpoznaje sprawę w granicach środka odwoławczego, a w zakresie szerszym o tyle, o ile ustawa to przewiduje. Rozpoznanie sprawy w granicach środka odwoławczego oznacza, że sąd *ad quem* jest skrępowany tym, co twierdzi skarżący, i powinien zbadać zasadność tych twierdzeń i niejako przez ich pryzmat skontrolować prawidłowość zaskarżonej decyzji, a zatem można przyjąć, że przez określenie „w granicach środka odwoławczego” rozumie się „w granicach istotnych twierdzeń skargi odwoławczej”⁵². Zakreślenie granic środka odwoławczego stanowi oświadczenie woli autora tego środka, aby sąd odwoławczy skontrolował całe orzeczenie bądź jego część⁵³. Trafny jest więc pogląd Sądu Najwyższego wyrażony w wyroku z dnia 5 stycznia 2011 r. (sygn. V KK 64/10)⁵⁴, że chociaż wymaga się, aby środek odwoławczy był sporządzany w sposób klarowny, tzn. wymieniał w tzw. *petitum* każdy zarzut stawiany skarżonemu orzeczeniu, to granice rozpoznania sprawy w postępowaniu odwoławczym wyznacza treść całego środka odwoławczego. Obejmuje ona nie tylko składniki wyznaczające granice środka odwoławczego, ale również wszelkie inne informacje, oświadczenia czy wnioski formalne zawarte w skardze odwoławczej, co powoduje, że jest to pojęcie szersze od pojęcia granic środka odwoławczego⁵⁵.

Skrępowanie sądu drugiej instancji granicami środka odwoławczego rozpatruje się w aspekcie pozytywnym i negatywnym. Pierwszy z nich polega na zobowiązaniu sądu odwoławczego do rozpoznania sprawy w zakresie oznaczonym przez twierdzenia zawarte w skardze odwoławczej, tj. w granicach środka odwoławczego, natomiast drugi z nich odzwierciedla się w zakazie rozpoznania sprawy przez sąd odwoławczy poza granicami środka odwoławczego, jeżeli ustawa nie przewiduje takiego upoważnienia⁵⁶.

⁵² M. Cieślak, Polska procedura karna..., *op. cit.*, s. 389.

⁵³ S. Zabłocki, (w:) Kodeks postępowania karnego..., *op. cit.*, s. 67.

⁵⁴ OSNKW 2011, nr 2, poz. 14.

⁵⁵ M. Klejnowska, Ograniczenia sądu odwoławczego..., *op. cit.*, s. 61.

⁵⁶ M. Cieślak, Polska procedura karna..., *op. cit.*, s. 390; S. Zabłocki, Postępowanie odwoławcze..., *op. cit.*, s. 56; wskazać należy, że S. Zabłocki stoi na stanowisku, zgodnie z którym art. 433 k.p.k. stanowi *quasi*-definicję legalną granic środka odwoławczego, z kolei M. Klejnowska krytycznie odnosi się do takiego zapatrywania, stwierdzając, że art. 433 k.p.k. co prawda posługuje się pojęciem granic środka odwoławczego, jednak go nie definiuje (zob. szerzej też e, Ograniczenia sądu odwoławczego..., *op. cit.*, s. 48).

W zakresie składników wyznaczających granice środka odwoławczego wyróżnia się w doktrynie procesu karnego cztery podstawowe koncepcje. Różnica między nimi sprowadza się do ilości elementów, które – zdaniem autorów tych koncepcji – owe granice wyznaczają⁵⁷.

Zgodnie z koncepcją czteroelementową⁵⁸ granice środka odwoławczego wyznaczone są przez zakres zaskarżenia, zarzuty odwoławcze, kierunek środka odwoławczego oraz wnioski odwoławcze. Koncepcja trójelementowa⁵⁹ zakłada, że granice te współtworzą zakres zaskarżenia, zarzuty odwoławcze oraz kierunek środka odwoławczego. Zwolennicy koncepcji dwuelementowej przyjmują z kolei, że granice skargi odwoławczej określają zakres zaskarżenia oraz zarzuty odwoławcze⁶⁰ albo też zakres zaskarżenia i podniesione zarzuty z zastrzeżeniem jednak, że zakres zaskarżenia zostaje rozszerzony stosownie do uregulowania z art. 447 § 1 i 2 k.p.k., a zarzuty odwoławcze są składnikiem granic środka odwoławczego tylko w razie wniesienia go na niekorzyść oskarżonego przez podmiot fachowy⁶¹. Kon-

⁵⁷ Spotkać można się również ze stanowiskiem, że nie można jednoznacznie określić, czy konstrukcja granic środka odwoławczego jest cztero-, trzy-, dwu-, czy też jednoelementowa, ponieważ granice te inaczej kształtują się w zależności od tego, czy środek odwoławczy został wniesiony na korzyść, czy na niekorzyść oskarżonego, przez podmiot fachowy czy też niefachowy (zob. P. Hofmański, S. Zabłocki, Niektóre zagadnienia związane z granicami..., *op. cit.*, s. 180–181).

⁵⁸ M. Cieślak, Podstawowe pojęcia dotyczące rewizji..., *op. cit.*, s. 40–42; H. Kempisty, (w:) Kodeks postępowania karnego..., *op. cit.*, s. 541; S. Paweła, Względne przyczyny odwoławcze, Warszawa 1970, s. 9; M. Klejnowska, Ograniczenia sądu odwoławczego..., *op. cit.*, s. 49; M. Cieślak odszedł jednak później od koncepcji czteroelementowej na rzecz trójelementowej, stwierdzając, że wnioski odwoławcze nie wyznaczają granic środka odwoławczego, ale pomagają rozpoznać kierunek środka odwoławczego i zakres zaskarżenia w tych wypadkach, w których skarga odwoławcza nie wskazuje tych elementów wprost (zob. M. Cieślak, Polska procedura karna..., *op. cit.*, s. 389).

⁵⁹ Z. Doda, A. Gaberle, Kontrola odwoławcza..., *op. cit.*, s. 48; Z. Doda, Uwagi na temat kierunku i granic środka odwoławczego w k.p.k. (przyczynek do kwestii rekonstruowania pojęć prawnych na marginesie wypowiedzi W. Mendysa), *Palestra* 1979, nr 4, s. 71; J. Grajewski, Przebieg procesu karnego, wyd. 4, Warszawa 2008, s. 301–302; P. Hofmański, E. Sadzik, K. Zgryzek, Kodeks postępowania karnego..., *op. cit.*, s. 626; S. Zabłocki, Postępowanie odwoławcze w kodeksie postępowania karnego po nowelizacji. Komentarz praktyczny, Warszawa 2003, s. 86–87; Z. Świda, (w:) Postępowanie karne. Część szczególna, pod red. Z. Świdy, Warszawa 2011, s. 264; G. Artymiak, (w:) Proces karny. Część szczególna, pod red. G. Artymiak i M. Rogalskiego, Warszawa 2012, s. 142–143.

⁶⁰ S. Waltoś, Proces karny. Zarys systemu, Warszawa 1985, s. 246; w późniejszym czasie S. Waltoś opowiedział się jednak za koncepcją trójelementową granic środka odwoławczego (zob. tegoż, Proces karny. Zarys systemu, wyd. 10, Warszawa 2009, s. 547–548).

⁶¹ K. Marszał, Zasadnicze składniki granic środka odwoławczego w procesie karnym, (w:) Środki zaskarżenia w procesie karnym. Księga pamiątkowa ku czci prof. Zbigniewa Dody, pod red. A. Gaberle i S. Waltoś, Kraków 2000, s. 51–52; na gruncie ustawy procesowej z 1969 r. K. Marszał opowiadał się za jednoelementową koncepcją granic środka od-

cepcja jednoelementowa⁶² zakłada, że granice środka odwoławczego wyznaczane są przez granice zaskarżenia, natomiast zakres orzekania sądu odwoławczego w granicach środka odwoławczego określony jest dodatkowo przez podniesione zarzuty, kierunek środka odwoławczego i związany z nim zakaz *reformationis in peius* oraz tzw. reguły *ne peius*.

Zwolennicy koncepcji trójelementowej często odwołują się do orzeczenia Sądu Najwyższego z dnia 12 kwietnia 2001 r., sygn. III KKN 354/00⁶³, w którym podkreślono, że chociaż dyskusja w zakresie granic środka odwoławczego toczy się od dawna, to Sąd Najwyższy konsekwentnie ujmuje je jako konstrukcję składającą się z zakresu zaskarżenia, zarzutów odwoławczych i kierunku zaskarżenia. W ostatnim czasie pojawiły się jednak orzeczenia najwyższej instancji sądowej, które odchodzą od tego stanowiska i opowiadają się za dwuelementową konstrukcją granic środka odwoławczego⁶⁴.

Rozważania nad przedstawionymi koncepcjami prowadzą do dwóch wniosków. Po pierwsze, składnikiem, który z pewnością zawsze wyznacza granice środka odwoławczego jest zakres zaskarżenia. Po drugie, elementem, który granic środka odwoławczego nie określa, są wnioski odwoławcze⁶⁵.

woławczego (zob. tegoż, Granice środka odwoławczego w polskim procesie karnym, Problemy Prawa Karnego, t. 14, Katowice 1988, s. 37).

⁶² T. Grzegorzczak, Kodeks postępowania karnego oraz ustawa o świadku koronnym. Komentarz, wyd. 5, Warszawa 2008, s. 913; J. Izydorczyk, Granice orzekania..., *op. cit.*, s. 200; A. Kaftal, System środków odwoławczych..., *op. cit.*, s. 232; A. Bulsiewicz, (w:) A. Bulsiewicz, M. Jeż-Ludwichowska, D. Kala, D. Osowska (red.), Przebieg postępowania karnego, Toruń 1999, s. 203; W. Daszkiewicz, T. Nowak, S. Stachowiak, Proces karny. Część szczególna, Poznań 1996, s. 115; K. Łojewski, Apelacja karna, wyd. 2, Warszawa 2005, 32; Z. Muras, Bezwzględne przyczyny odwoławcze..., *op. cit.*, s. 212; D. Świecki, Rozprawa apelacyjna..., *op. cit.*, s. 26–27, jednak Autor ten zweryfikował później swoje stanowisko i przyjął, że granice środka odwoławczego wyznacza zakres zaskarżenia, a także, w przypadku wniesienia środka odwoławczego na niekorzyść oskarżonego przez podmiot fachowy, zarzuty odwoławcze, a zatem opowiedział się za koncepcją dwuelementową prezentowaną przez K. Marszałka (zob. D. Świecki, Postępowanie odwoławcze w sprawach karnych. Komentarz. Orzecznictwo, Warszawa 2013, s. 84). Wydaje się, że również P. Hofmański i S. Zabłocki zmienili swoje wcześniejsze zapatrywania i opowiadają się za konstrukcją jednoelementową środka odwoławczego, gdyż zgodnie uznają, że zarzuty i kierunek środka odwoławczego nie wpływają na granice skargi odwoławczej (zob. tychże, Niektóre zagadnienia związane z granicami..., *op. cit.*, s. 181–183 i 188).

⁶³ LEX nr 51922.

⁶⁴ Zob. m.in. postanowienie Sądu Najwyższego z dnia 16 listopada 2009 r., sygn. IV KK 101/09 (OSNKW 2010, nr 1, poz. 8), w którego uzasadnieniu wprost stwierdzono, że: „rozpoznanie sprawy w granicach środka odwoławczego (art. 433 § 1 k.p.k.) następuje w granicach zaskarżenia, a nadto w razie wniesienia środka odwoławczego na niekorzyść oskarżonego przez oskarżyciela publicznego lub pełnomocnika także w granicach zarzutów odwoławczych (uchybień) podniesionych w środku odwoławczym, chyba że zachodzą podstawy do orzekania poza granicami zaskarżenia i podniesionymi zarzutami”.

⁶⁵ M. Klejnowska broni jednak tezy o zaliczeniu wniosków odwoławczych do granic środka odwoławczego, podnosząc, że zgodnie z art. 433 § 2 k.p.k. sąd odwoławczy ma obowiązek

Niekiedy w doktrynie rozdziela się granice rozpoznania środka odwoławczego od granic orzekania sądu odwoławczego. Wskazuje się, że rozpoznanie środka odwoławczego (badanie, kontrola) jest czynnością poznawczą, poprzedzającą orzekanie, na co wskazywać ma przepis art. 437 § 1 k.p.k., zgodnie z którym „po rozpoznaniu środka odwoławczego sąd orzeka”⁶⁶. W nawiązaniu do powyższego rozróżnia się pierwotną (art. 433 k.p.k.) i wtórną (art. 434 k.p.k.) funkcję granic środka odwoławczego⁶⁷. Dyferencjację aktywności sądu *ad quem* na dwóch płaszczyznach należy zaaprobować, z tym jednak zastrzeżeniem, że żadna z nich nie jest tożsama pojęciu granic środka odwoławczego. Zgodzić należy się z poglądami tych autorów, którzy wiążą granice rozpoznania środka odwoławczego z tzw. totalną kontrolą odwoławczą⁶⁸. Granice orzekania sądu odwoławczego są z kolei wyznaczone przez granice środka odwoławczego, kierunek środka odwoławczego, który wpływa bezpośrednio na zakaz *reformationis in peius*⁶⁹ lub reguły *ne peius*⁷⁰, a także przez te przypadki, które pozwalają sądowi odwoławczemu orzekać poza granicami zaskarżenia i podniesionych zarzutów⁷¹.

rozważenia wszystkich wniosków odwoławczych wskazanych w skardze odwoławczej, a zatem organ procesowy „porusza się” w trakcie rozpoznawania sprawy karnej w postępowaniu odwoławczym także w granicach wskazanych we wnioskach odwoławczych (tęż e, Ograniczenia sądu odwoławczego..., s. 50). Takie stanowisko nie wydaje się trafne, ponieważ wniosek nie należy do elementów oznaczających granice środka odwoławczego (wyrok Sądu Apelacyjnego w Krakowie z dnia 7 września 2001 r., sygn. II AKA 193/01, KZS 2001, nr 10, poz. 29) i nie wiąże sądu drugiej instancji, a więc np. decyzja sądu *ad quem* o uchyleniu orzeczenia i przekazaniu sprawy do ponownego rozpoznania przy istnieniu wniosku strony o zmianę zaskarżonego orzeczenia nie stanowi naruszenia art. 433 § 1 k.p.k.

⁶⁶ M. Kondracki, Rola zarzutów..., *op. cit.*, s. 89; W. Mendys, W sprawie kierunku i granic środka odwoławczego w k.p.k., *Palestra* 1979, nr 4, s. 51. Z. Dołda krytycznie odniósł się do rozróżnienia sfer rozpoznania i orzekania sądu odwoławczego (Uwagi na temat kierunku i granic środka odwoławczego w k.p.k. Przyczynek do kwestii rekonstruowania pojęć prawnych na marginesie wypowiedzi W. Mendysa, *Palestra* 1979, nr 4, s. 58 i n.).

⁶⁷ W. Mendys, *ibidem*, s. 51.

⁶⁸ Zob. szerzej P. Hofmański, S. Zabłocki, Niektóre zagadnienia związane z granicami..., s. 180–198; M. Kondracki, Rola zarzutów..., *op. cit.*, s. 91; zob. również uwagi krytyczne J. Izydorczyka (Granice orzekania..., *op. cit.*, s. 159) oraz M. Fingasa i S. Steinborna (Głosa do postanowienia..., *op. cit.*, s. 172–173).

⁶⁹ Zob. szerzej K. Marszał, Zakaz *reformationis in peius* w nowym ustawodawstwie karnym procesowym, Warszawa 1970.

⁷⁰ Zob. szerzej W. Grzeszczyk, Reguły *ne peius* w postępowaniu karnym (art. 454 k.p.k.), *Prokuratura i Prawo* 2008, nr 2; P. Hofmański, S. Zabłocki, Reguły *ne peius* a niektóre zasady procesu karnego, (w:) *Iudicium et scientia*. Księga..., *op. cit.*, s. 373 i n.; K. Marszał, Reguły *ne peius* w postępowaniu apelacyjnym w sprawach karnych, (w:) *W kręgu teorii i praktyki prawa karnego*. Księga poświęcona pamięci Profesora Andrzeja Wąska, pod red. L. Leszczyńskiego, E. Skrętowicza i Z. Hołdy, Lublin 2005, s. 661 i n.

⁷¹ Por. J. Izydorczyk, Granice orzekania..., *op. cit.*, s. 200.

Opowiadam się za stanowiskiem K. Marszała, zgodnie z którym granice środka odwoławczego określone są przez zakres zaskarżenia, który może być rozszerzony w sytuacjach opisanych w art. 447 § 1 i 2 k.p.k., oraz – w przypadku obowiązku zawarcia w środku odwoławczym na niekorzyść oskarżonego zarzutów przez podmiot fachowy – przez zarzuty. W konsekwencji przyjąć należy, że wniesienie skargi odwoławczej w kierunku niekorzystnym dla oskarżonego przez podmioty inne niż fachowe, upoważnia je do podnoszenia nowych zarzutów przed sądem odwoławczym, jednak musi mieć to miejsce w granicach zaskarżenia⁷². Argumentem przemawiającym przeciwko zaliczaniu zarzutów odwoławczych w każdym układzie procesowym do granic środka odwoławczego jest przepis art. 434 § 1 k.p.k. Skoro ustawodawca uzależnił orzekanie na niekorzyść oskarżonego od zaistnienia uchybień wskazanych w środku odwoławczym jedynie w wypadkach wywieńdzenia środka odwoławczego na niekorzyść oskarżonego i tylko wówczas, gdy środek ten pochodzi od oskarżyciela publicznego lub pełnomocnika, to *a contrario* we wszystkich pozostałych sytuacjach zależności takiej nie wprowadził⁷³. Sytuacja przedstawiała się inaczej na gruncie ustawy procesowej z 1969 r., która w art. 383 § 1 nie delimitowała możliwości orzekania na niekorzyść oskarżonego wskazaniem uchybień przez podmiot fachowy. Tym samym zarzuty sformułowane w skardze odwoławczej nie wpływały na określenie jej granic, a jedynie oddziaływały na sferę orzekania sądu drugiej instancji. Uprawnione było zatem zapatrywanie, aby ujmować granice środka odwoławczego w ramach koncepcji jednoelementowej i utożsamiać je z granicami zaskarżenia (zakresem zaskarżenia)⁷⁴.

Zwolennicy koncepcji jednoelementowej podnoszą, że trudno byłoby przyjąć, że niektóre środki odwoławcze mają granice określone przez zarzuty, a inne, pochodzące od innych podmiotów, już nie⁷⁵. Tym samym opowiadają się przeciwko zaliczeniu zarzutów do granic środka odwoławczego, uznając je za relewantne dopiero na etapie orzekania sądu drugiej instancji. Składniki wyznaczające granice środka odwoławczego nie są stałe i niezmiennie w każdym układzie procesowym. Są one płynne i uzależnione od kierunku zaskarżenia i podmiotu wnoszącego środek odwoławczy. Skoro ustawodawca wprowadza dodatkowe wymogi dla środków odwoławczych sporządzanych przez podmioty fachowe, tj. nakłada na nie obowiązek sformułowania zarzutów, to tym samym uznaje, że współkształtują one granice środka odwoławczego, choćby podobny wymóg nie został postawiony stro-

⁷² Por. K. Marszał, Zasadnicze składniki granic środka odwoławczego..., *op. cit.*, s. 52–53.

⁷³ P. Hofmański, S. Zabłocki, Niektóre zagadnienia związane z granicami..., *op. cit.*, s. 183.

⁷⁴ Tak A. Kaftal, O granicach i kierunku środka odwoławczego..., *op. cit.*, s. 36–38; K. Marszał, Granice środka odwoławczego..., *op. cit.*, s. 37.

⁷⁵ Tak T. Grzegorzcyk, Kodeks postępowania karnego..., *op. cit.*, s. 913.

nom prywatnym. Wola ustawodawcy w tym zakresie została *expressis verbis* wyrażona w art. 427 § 2 k.p.k. i art. 434 § 1 zd. 2 k.p.k.

Najwięcej kontrowersji w doktrynie wzbudza kwestia zaliczenia kierunku środka odwoławczego do granic środka odwoławczego. Zwolennicy koncepcji trójelementowej jeszcze na gruncie poprzedniego kodeksu postępowania karnego podkreślali, że art. 383 d.k.p.k. stanowi wyraźną podstawę normatywną, aby z rozpoznawaniem sprawy w granicach środka odwoławczego łączyć właśnie kierunek środka odwoławczego, a ponadto wskazywali, że przepis art. 383 d.k.p.k. konkretyzuje zasadę wyrażoną w art. 382 d.k.p.k., że sąd odwoławczy rozpoznaje sprawę w granicach środka odwoławczego, a rozpoznanie takie oznacza m.in. „rozpoznanie zgodnie z kierunkiem środka odwoławczego”⁷⁶. Podnoszono także, że gdyby uznać, że kierunek zaskarżenia nie wyznacza granic środka odwoławczego, to przepis art. 383 § 2 d.k.p.k. byłby po prostu zbędny⁷⁷. Przeciwnicy tej koncepcji zauważają natomiast, że kierunek środka odwoławczego nie może wyznaczać granic środka odwoławczego, ponieważ skarga odwoławcza „ukierunkowana” jest automatycznie w zależności od podmiotu skarżącego, który ją wnosi, a wyjątek stanowi jedynie oskarżyciel publiczny⁷⁸. Ponadto, kierunek środka odwoławczego nie wyznacza ram badania sprawy w drugiej instancji, a zatem nie może decydować o granicach jej rozpoznania – pojawia się dopiero na etapie wydania rozstrzygnięcia⁷⁹. Wskazano wcześniej, że w przypadku wniesienia skargi odwoławczej na korzyść oskarżonego, sąd odwoławczy może orzekać bez względu na granice środka odwoławczego. Jeżeli zatem granice środka odwoławczego są wiążące dla sądu jedynie w razie jego wniesienia na niekorzyść oskarżonego, a ów niekorzystny kierunek może zostać zawsze przełamany na korzyść oskarżonego (art. 434 § 2 k.p.k.), to o żadnych granicach nie może być tutaj mowy. Trafnie zaznacza K. Mar-

⁷⁶ Z. D o d a, Konstrukcja granic środka odwoławczego..., *op. cit.*, s. 72.

⁷⁷ Tamże.

⁷⁸ K. M a r s z a ł, Zasadnicze składniki granic środka odwoławczego..., *op. cit.*, s. 53. W obecnym stanie prawnym ustawodawca posługuje się pojęciem „niezależnie od granic zaskarżenia i podniesionych zarzutów”, które zostało wprowadzone do kodeksu postępowania karnego w te miejsca, w których na gruncie wcześniejszej ustawy procesowej obowiązywało pojęcie „niezależnie od granic środka odwoławczego”, co przemawia za przyjęciem, że na granice środka odwoławczego mają wpływ granice zaskarżenia i zarzuty odwoławcze (w pewnych określonych ustawowo sytuacjach), a nie kierunek środka odwoławczego (zob. tamże, s. 48). Na gruncie kodeksu postępowania karnego z 1969 r., który regulował sytuacje orzekania „niezależnie od granic środka odwoławczego”, podnoszono, że gdyby kierunek środka odwoławczego rzeczywiście zakreślał granice środka odwoławczego, to takie sformułowanie musiałoby tym samym oznaczać „orzeczenie niezależnie od kierunku środka odwoławczego”, co mogło doprowadzić do sytuacji, w której wniesiono skargę odwoławczą na korzyść oskarżonego, ale w wyniku zaistnienia jednej z bezwzględnych przyczyn odwoławczych została ona uchylona na jego niekorzyść (zob. W. M e n d y s, W sprawie kierunku..., *op. cit.*, s. 55–56).

⁷⁹ K. M a r s z a ł, Zasadnicze składniki granic środka odwoławczego..., *op. cit.*, s. 54.

szał⁸⁰, że kierunek środka odwoławczego stanowi odrębną płaszczyznę w porównaniu do zakresu zaskarżenia czy zarzutów odwoławczych i musi być brany pod uwagę zarówno w ramach zakresu zaskarżenia, jak i poza jego granicami. Słusznie podnosi się także, że gdyby kierunek zaskarżenia miał wyznaczać granice środka odwoławczego, to musiałby spełniać podstawowy warunek określony w art. 433 § 1 k.p.k., tj. musiałby posiadać zdolność do współkształtowania granic środka odwoławczego lub powodować z mocy ustawy rozpoznanie sprawy w zakresie szerszym, a tego wymogu kierunek środka odwoławczego nie spełnia⁸¹. Argument przemawiający przeciwko zaliczeniu kierunku środka odwoławczego do granic środka odwoławczego stanowi także moment, w którym kwestia kierunku zaskarżenia staje się istotna. Zauważyć bowiem należy, że na etapie badania skargi odwoławczej wiedza sądu drugiej instancji o kierunku środka odwoławczego w żaden sposób nie ogranicza jego rozpoznania. Sąd *ad quem* obowiązany jest do rozważenia wszystkich zarzutów i wniosków (art. 433 § 2 k.p.k.) niezależnie od tego, czy skarga odwoławcza wniesiona została na korzyść, czy na niekorzyść oskarżonego. Rola kierunku środka odwoławczego, uaktywnia się dopiero na etapie decyzyjnym, kiedy sąd drugiej instancji orzeka co do wniesionej apelacji lub zażalenia. Z powyższego wynika, że kierunek środka odwoławczego nie może współtworzyć granic środka odwoławczego skoro jego charakter zaczyna mieć znaczenie dopiero w fazie orzekania, następującej po fazie „totalnego” zbadania i rozpoznania środka odwoławczego. A. Kaftal⁸² wskazuje ponadto, że pewne wątpliwości mogą powstać, gdy apelację na niekorzyść oskarżonego wnosi oskarżyciel prywatny, ponieważ powstaje wówczas pytanie, z jakich względów kodeks postępowania karnego faworyzuje oskarżonego, a nie oskarżyciela prywatnego, który występując w procesie karnym, realizuje swoje prawa.

Po wejściu w życie noweli wrześniowej sporne pojęcie granic środka odwoławczego zostanie ostatecznie wyeliminowane z prawa procesowego, poprzez modyfikację treści art. 433 § 1 k.p.k. i nadanie mu następującego brzmienia: „Sąd odwoławczy rozpoznaje sprawę w granicach zaskarżenia i podniesionych zarzutów, uwzględniając treść art. 447 § 1–3, a w zakresie szerszym w wypadkach wskazanych w art. 435, art. 439 § 1, art. 440 i art. 455”. Tym samym określenie „granice środka odwoławczego” zostanie zastąpione pojęciami „granice zaskarżenia” i „granice zarzutów”. Zapewniona zostanie dzięki temu spójność terminologiczna pomiędzy przepisem ustanawiającym ogólną zasadę rozpoznania sprawy w granicach zaskarżenia i podniesionych zarzutów a przepisami przewidującymi konieczność rozpo-

⁸⁰ K. Marszał, Granice środka odwoławczego..., *op. cit.*, s. 39.

⁸¹ K. Marszał, Jeszcze w sprawie pojęcia granic środka odwoławczego..., *op. cit.*, s. 951.

⁸² A. Kaftal, System środków odwoławczych..., *op. cit.*, s. 253.

znania jej w zakresie szerszym (niezależnie od granic zaskarżenia i podniesionych zarzutów)⁸³. Zaznaczyć także należy, że ze względu na zmianę art. 427 § 2 k.p.k. i powiązane z nią nowe uregulowanie z art. 434 § 1 k.p.k., polegające na wprowadzeniu obowiązku formułowania zarzutów przez każdego skarżącego, „granice środka odwoławczego” będą współkształtowane przez zarzuty nie tylko w razie zaskarżenia orzeczenia przez podmiot fachowy, ale także w przypadku odwoływania się strony prywatnej od orzeczenia sądu pierwszej instancji.

Próby kompromisowego uregulowania granic środka odwoławczego nie przyniosły pożądaných rezultatów. Czynnikiem wywołującym zasadnicze trudności na tej płaszczyźnie jest *stricte* teoretycznoprawny charakter omawianego pojęcia. Opowiadam się za koncepcją, która przez ostatnie lata nie była uznawana za wiodącą. Zauważyć jednak należy, że uregulowanie przyjęte w znowelizowanym art. 433 § 1 k.p.k. najbliższe jest rozwiązaniu prezentowanemu przez K. Marszał. Niezależnie od wygłaszanych do tej pory poglądów i koncepcji powinno ono uzyskać akceptację doktryny. Z drugiej strony wypada dodać, że chociaż dorobek orzecznictwa i piśmiennictwa w zakresie problematyki kontroli odwoławczej odznacza się niespotykaną wartością dydaktyczno-naukową, to wydaje się, że taki stan rzeczy wynika przede wszystkim z nieporozumień interpretacyjnych rodzących się po lekturze przepisów Działu IX k.p.k. Z tego względu obszerność tego dorobku powinna stanowić przestrożę dla ustawodawcy, aby w przyszłości formułował przepisy prawne w sposób przejrzysty i czytelny. Pozwoli to uniknąć sporów związanych z wykładnią i celami danej regulacji prawnej. Biorąc pod uwagę powyższe, z aprobatą należy odnieść się do zmian przyjętych przez Komisję Kodyfikacyjną w noweli wrześniowej, która eliminuje z kodeksu postępowania karnego sporne pojęcie granic środka odwoławczego, porządkując tym samym nomenklaturę przepisów o postępowaniu odwoławczym.

⁸³ Na gruncie ustawy procesowej z 1969 r. spójność ta zapewniona była poprzez wprowadzenie do kodeksu pojęcia „granice środka odwoławczego” (art. 382 d.k.p.k.) oraz wyrażenia „niezależnie od granic środka odwoławczego” (art. 388, 389, 404 d.k.p.k.). W kodeksie postępowania karnego z 1997 r. konsekwencji tej zabrakło – pomimo przyjęcia w art. 433 § 1 k.p.k. literalnie tej samej zasady co we wcześniejszej ustawie, przepisy, które przewidywały od niej wyjątki, posługiwały się sformułowaniem „niezależnie od granic zaskarżenia i podniesionych zarzutów” (art. 439 § 1, art. 440, art. 455 k.p.k.).

Extent of remedy under the amended Code of Criminal Procedure

Abstract

This paper shows the extent and components of the remedy as viewed by legal academics and commentators, and used in judicial decisions now and in the past. Presented herein, the theoretical analysis is centred around the still open issue of boundaries of jurisdiction of the court ad quem to rule favourably or unfavourably to a defendant. The last part of this paper collates the existing regulations, which affect jurisdiction of courts of appeal, with amendments made to the Code of Criminal Procedure in September.

Marcin Borodziuk

Skazanie za przestępstwo prywatnoskargowe lub wykroczenie na etapie postępowania odwoławczego

Streszczenie

W niniejszej pracy omówiono sposób procedowania sądu odwoławczego wobec stwierdzenia, że opis czynu przypisanego oskarżonemu przez sąd pierwszej instancji nie zawiera wszystkich znamion przestępstwa publicznoskargowego, zaś apelację wniesiono jedynie na korzyść oskarżonego. Rozważony został charakter norm zawartych w art. 399 § 1 k.p.k., art. 400 § 1 k.p.k. oraz art. 455 k.p.k., z uwzględnieniem ich wzajemnego powiązania. O ile pozwala na to wadliwy opis czynu przypisanego, sąd odwoławczy uprzedza obecne na rozprawie strony o możliwości poprawienia jego kwalifikacji prawnej przez przyjęcie, że stanowi on przestępstwo prywatnoskargowe lub wykroczenie. W takim wypadku wyrok może podlegać zmianie w zakresie kwalifikacji prawnej czynu, pod warunkiem że zachodzi tożsamość czynu zarzuconego i nie nastąpiło przedawnienie karalności.

Zagadnienia wstępne

Polska procedura karna na etapie wyrokowania stawia przed sądem pierwszej instancji szereg powinności, których niedopełnienie może doprowadzić do poważnych uchybień, uniemożliwiających niekiedy pociągnięcie oskarżonego do odpowiedzialności karnej. Dzieje się tak na ogół wtedy, gdy nie są one dostrzegane przez oskarżyciela publicznego, który nie wnosi apelacji na niekorzyść oskarżonego. Zaskarżenie wyroku apelacją tylko na korzyść oskarżonego prowadzi bowiem do obowiązywania w toku dalszego postępowania zakazu *reformationis in peius* (art. 434 § 1 i art. 443 k.p.k.).

Należy wskazać, że razie wniesienia przez oskarżonego lub jego obrońcę apelacji zwróconej przeciwko całości wyroku (art. 447 § 1 k.p.k.) uchybienia te muszą zostać rozważone i uwzględnione na korzyść oskarżonego przez sąd odwoławczy w granicach zaskarżenia niezależnie od tego, czy stanowią przedmiot stosownego zarzutu. Wobec braku apelacji na niekorzyść oskarżonego, sąd odwoławczy nie jest wówczas władny dokonywać nowych, niekorzystnych dla oskarżonego ustaleń faktycznych, w tym także w zakresie

opisu przypisanego czynu, np. poprzez uzupełnienie („dookreślenie”) jego znamion¹.

W skrajnych wypadkach oznaczałoby to konieczność uniewinnienia oskarżonego od popełnienia zarzuconego mu czynu z uwagi na treść art. 414 § 1 zd. 2 k.p.k. w zw. z art. 17 § 1 pkt 2 *in principio* k.p.k. W sytuacji, gdy uzasadnienie wyroku zawiera ustalenia wskazujące na wypełnienie wszystkich znamion przestępstwa publicznoskargowego, bądź też gdy brak takich ustaleń, a w sposób niezbity wynikają one jednak ze zgromadzonego w sprawie materiału dowodowego, wyrok sądu pierwszej instancji może być oceniany jako rażąco niesprawiedliwy.

Artykuł 440 k.p.k. stanowi, że jeżeli utrzymanie orzeczenia w mocy byłoby rażąco niesprawiedliwe, podlega ono zmianie na korzyść oskarżonego albo uchyleniu niezależnie od granic zaskarżenia i podniesionych zarzutów. Słusznie podniesiono w orzecznictwie, że „uchylenie wyroku na podstawie art. 440 k.p.k., otwiera w postępowaniu ponownym możliwość poczynienia niekorzystnych dla oskarżonego ustaleń faktycznych i wydania surowszego orzeczenia, w granicy w jakiej nastąpiło przekazanie sprawy do ponownego rozpoznania”². Powyższe wynika z prostego zestawienia zwrotu „zmianie na korzyść oskarżonego” ze słowami „albo uchyleniu”. Gdyby ustawodawca chciał ograniczyć możliwość uchylenia orzeczenia tylko do sytuacji, gdy następowałoby to na korzyść oskarżonego, posłużyłby się alternatywą łączną „podlega ono zmianie lub uchyleniu, na korzyść oskarżonego”.

W tym samym orzeczeniu wskazano jednak, że uchylenie wyroku na podstawie art. 440 k.p.k. może nastąpić poza zakresem zaskarżenia apelacją wniesioną na niekorzyść oskarżonego lub poza zakresem zarzutów wskazanych w takiej apelacji, sporządzonej przez oskarżyciela publicznego lub pełnomocnika. Oznacza to, że uchylenie wyroku na niekorzyść oskarżonego z uwagi na rażąco niesprawiedliwość orzeczenia może nastąpić tylko wówczas, gdy została wniesiona apelacja na niekorzyść oskarżonego, która jednak nie podnosi uchybienia w zakresie opisu czynu.

Przywołany pogląd znajduje uzasadnienie w treści art. 434 § 1 zd. 2 k.p.k., zgodnie z którym sąd odwoławczy może orzec na niekorzyść oskarżonego tylko w razie stwierdzenia uchybień podniesionych w środku odwoławczym wniesionym na jego niekorzyść lub podlegających uwzględnieniu z urzędu. Do tej drugiej kategorii należy rażąca niesprawiedliwość orzeczenia, o której mowa w art. 440 k.p.k. Przepis ten umożliwia uchylenie wyroku niezależnie od granic zaskarżenia i podniesionych zarzutów.

¹ D. Świecki, (w:) B. Augustyniak, K. Eichstaedt, M. Kurowski, D. Świecki (red.), Kodeks postępowania karnego, Komentarz, t. II, Warszawa 2013, s. 369–370.

² Zob. postanowienie Sądu Apelacyjnego we Wrocławiu z dnia 18 grudnia 2008 r., sygn. II AKz 590/08, LEX Polonica nr 2111167; Biuletyn Sądu Apelacyjnego we Wrocławiu 2009, nr 4, poz. 153; KZS 2009, nr 10, poz. 68.

Nie oznacza to jednak że wyłączona zostaje reguła, o której mowa w art. 434 § 1 zd. 1 k.p.k., według której sąd odwoławczy może orzec na niekorzyść oskarżonego tylko wtedy, gdy wniesiono na jego niekorzyść środek odwoławczy. Przepis art. 440 k.p.k. zawiera odmienną regulację tylko w tej części, w której mowa o orzekaniu w granicach zaskarżenia i podniesionych zarzutów. Samo więc uchylenie zaskarżonego orzeczenia na niekorzyść oskarżonego, z przełamaniem korzystnego dla niego kierunku zaskarżenia, jest bezcelowe, gdyż nie może spowodować wyłączenia pośredniego zakazu *reformationis in peius* w postępowaniu ponownym³.

Tym samym, dla uchylenia orzeczenia na niekorzyść oskarżonego poza wspomnianymi granicami wciąż niezbędny jest środek odwoławczy wniesiony na niekorzyść oskarżonego, choć niepodnoszący zarzutów dotyczących uchybień powodujących rażąco niesprawiedliwość orzeczenia. Oznacza to, że konwalidacja wyroku, w którym oskarżonemu przypisano czyn w postaci, która nie odpowiada przyjętej kwalifikacji prawnej, w sytuacji gdy nie wniesiono apelacji na niekorzyść oskarżonego, nie jest możliwa w trybie opisanym w art. 440 k.p.k.

Poprawienie kwalifikacji prawnej i uprzedzenie o takiej możliwości

Słusznie podniesiono więc w orzecznictwie, że w takim wypadku „sprawca w postępowaniu odwoławczym musi zostać uniewinniony lub skazany na podstawie przepisu łagodniejszego. Rozstrzygający jest bowiem opis czynu zawarty w wyroku i przy braku apelacji w tym zakresie na niekorzyść oskarżonego sąd odwoławczy nie może opisu tego uzupełnić o brakujące znamię, nawet gdy jest ono bez wątpliwości ustalone w uzasadnieniu wyroku”⁴.

Jeśli błąd w opisie czynu przypisanego oskarżonemu tkwi w ustaleniach faktycznych przyjętych za podstawę wyroku, sąd odwoławczy, wobec braku apelacji na niekorzyść oskarżonego i stosownego zarzutu w tym zakresie, nie może poczynić ustaleń, które byłyby dla oskarżonego niekorzystne.

Nie ma jednak przeszkód, aby sąd odwoławczy, poruszając się w obrębie opisu czynu przypisanego oskarżonemu w wyroku sądu pierwszej instancji, poprawił jego kwalifikację prawną na korzystniejszą dla oskarżonego, o ile zawiera on znamiona innego czynu zabronionego.

³ Por. D. Świecki, (w:) B. Augustyniak i in., Kodeks..., *op. cit.*, s. 468.

⁴ Zob. wyrok Sądu Apelacyjnego we Wrocławiu z dnia 23 października 2007 r., sygn. II AKa 293/07, LEX Polonica nr 1903212; Biuletyn Sądu Apelacyjnego we Wrocławiu 2008, nr 4, poz. 123; OSA 2008, nr 4, poz. 18, s. 3; por. także wyrok Sądu Najwyższego z dnia 6 lipca 2006 r., sygn. V KK 499/05, OSNKW 2006, nr 10, poz. 94, s. 76; Legalis nr 77561.

Wyrażna treść art. 455 k.p.k. kreuje w tym zakresie wręcz obowiązek, zgodnie z którym, nie zmieniając ustaleń faktycznych, sąd odwoławczy poprawia błędną kwalifikację prawną niezależnie od granic zaskarżenia i podniesionych zarzutów. Jednocześnie zdanie drugie tego przepisu ogranicza możliwość poprawienia kwalifikacji prawnej czynu oskarżonego na jego niekorzyść do sytuacji, gdy wniesiono środek odwoławczy na jego niekorzyść. Obowiązek poprawienia kwalifikacji prawnej na korzyść oskarżonego istnieje więc także wtedy, gdy nie wynika to z zakresu zaskarżenia apelacją (np. jego obrońca skarży wyrok, zarzucając rażąco niewspółmierność kary).

W świetle powyższego wyводу warto przytoczyć pogląd Sądu Najwyższego, zgodnie z którym przepis art. 455 k.p.k. „nie ma (...) zastosowania, gdy sąd odwoławczy dochodzi do wniosku, że przy dokonanych ustaleniach faktycznych, których ani on, ani ewentualnie sąd pierwszej instancji w razie uchylecia wyroku i przekazania sprawy do ponownego rozpoznania, nie mogą już zmienić z uwagi na zakazy wynikające z art. 434 i 443 k.p.k., przypisane oskarżonemu zachowanie nie wyczerpuje wszystkich wymaganych przez prawo materialne znamion przestępstwa i że w związku z tym oskarżonego należy uniewinnić”⁵.

Jeżeli więc ustalenia faktyczne poczynione na etapie postępowania przed sądem pierwszej instancji pozwalają na zakwalifikowanie czynu w postaci przypisanej oskarżonemu w wyroku sądu *ad quo*, przy zastosowaniu łagodniejszego przepisu ustawy karnej, sąd *ad quem* powinien uprzedzić obecne na rozprawie strony o możliwości zmiany tej kwalifikacji w oparciu o przepis art. 399 § 1 k.p.k.

Nie budzi wątpliwości w doktrynie prawa karnego procesowego konieczność uprzedzenia o możliwości zakwalifikowania przypisanego oskarżonemu czynu w ramach jego opisu jako wykroczenie, gdy wypełnione zostały jego znamiona⁶. W orzecznictwie wskazano natomiast, że „jeżeli w toku przewodu sądowego okaże się, że czyn oskarżonego stanowi wykroczenie, sąd powinien uprzedzić strony o możliwości zmiany kwalifikacji prawnej i uznać oskarżonego za winnego popełnienia wykroczenia bez uprzedniego uniewinnienia go od zarzutu popełnienia przestępstwa”⁷.

Powyższe poglądy zasługują na pełną aprobatę. Zgodnie z art. 400 § 1 k.p.k., jeżeli po rozpoczęciu przewodu sądowego ujawni się, że czyn oskarżonego stanowi wykroczenie, sąd, nie przekazując sprawy właściwemu są-

⁵ Zob. postanowienie Sądu Najwyższego z dnia 26 maja 2004 r., sygn. V KK 4/04, LEX Polonica nr 368202; OSNwSK 2004, poz. 938; OSNKW 2004, nr 6 poz. 66.

⁶ P. Hofmański, E. Sadzik, K. Zgryzek, Kodeks postępowania karnego, Komentarz, s. 599; M. Jeż-Ludwichowska, (w:) A. Buśiewicz, M. Jeż-Ludwichowska, D. Kała, D. Osowska, A. Lach, Przebieg procesu karnego, Toruń 2003, s. 152.

⁷ Zob. wyrok Sądu Najwyższego z dnia 15 września 1994 r., sygn. II KRN 169/94, LexisNexis nr 355605, Prokuratura i Prawo 1995, dodatek „Orzecznictwo”, nr 2, poz. 18.

dowi, rozpoznaje ją w tym samym składzie, stosując w dalszym jej toku przepisy Kodeksu postępowania w sprawach o wykroczenia. Oznacza to, że choć zmienia się charakter sprawy, w istocie jest ona sprawą o ten sam czyn, wobec czego nie można rozstrzygać jej na dwa sposoby, uniewinniając od popełnienia przestępstwa i skazując za wykroczenie.

Rozwiązanie to podyktowane zostało względami szybkości postępowania (ogranicza ryzyko upływu krótkiego okresu przedawnienia karalności), a także względami ekonomiki procesowej, przy rozpoznaniu sprawy w reżimie proceduralnym zapewniającym daleko większe gwarancje procesowe, niż to przewidziano w postępowaniu w sprawach o wykroczenie⁸.

Większych trudności nastręcza zagadnienie, czy sąd odwoławczy, nie dostrzegając w ramach opisu czynu znamion przestępstwa ściganego z urzędu, może uprzedzić strony o możliwości zakwalifikowania przypisanego oskarżonemu czynu jako przestępstwa prywatnoskargowego, jeżeli wola ścigania nie została wyrażona przez uprawnione do tego podmioty.

Należy opowiedzieć się za prawidłowością takiego sposobu procedowania. Zarówno prokurator, jak i pokrzywdzony, mogą dopatrywać się w ramach opisu czynu przypisanego oskarżonemu przestępstwa ściganego z oskarżenia publicznego. Z tego tylko powodu mogą nie podejmować procesowych działań mających na celu pociągnięcie sprawcy do odpowiedzialności za przestępstwo prywatnoskargowe, co samo w sobie nie powinno przekreślać ich uprawnień w tym zakresie.

Wola ścigania określonego czynu jako zdarzenia historycznego, niezależnie od jego kwalifikacji prawnej, wynika z wniesionego w sprawie aktu oskarżenia. Zastosowanie instytucji z art. 399 § 1 k.p.k. nie oznacza jeszcze, że sąd wykracza poza kwestię odpowiedzialności karnej oskarżonego za zarzucony mu czyn bądź też, że prowadzi postępowanie pomimo braku skargi uprawnionego oskarżyciela (art. 17 § 1 pkt 9 k.p.k.).

Ma ona bowiem na celu umożliwienie oskarżycielowi podtrzymania wniesionego w sprawie oskarżenia jako prywatnoskargowego, i dopiero gdy wyrazi taką wolę, sąd odwoławczy jest władny poprawić kwalifikację prawną w opisany sposób. Należy przy tym podzielić pogląd Sądu Najwyższego, zgodnie z którym zastosowanie przez sąd odwoławczy art. 399 § 1 k.p.k. w zw. z art. 458 k.p.k. ma charakter obligatoryjny⁹.

Już na gruncie poprzedniego stanu prawnego podniesiono, że „uprzedzenie – w myśl art. 346 d.k.p.k. – stron procesowych o możliwości zmiany kwalifikacji prawnej czynu ściganego z urzędu na czyn zabroniony ścigany z oskarżenia prywatnego ma istotne znaczenie dla prokuratora, gdyż umożli-

⁸ P. Hofmański, E. Sadzik, K. Zgryzek, *Kodeks...*, *op. cit.*, s. 599.

⁹ Por. wyrok Sądu Najwyższego z dnia 2 grudnia 2009 r., sygn. V KK 297/09, *Legalis* nr 303929, OSNwSK 2009, nr 1, poz. 2485.

wia mu skorzystanie z uprawnienia przewidzianego w art. 577 § 2 d.k.p.k., tj. objęcia oskarżeniem z urzędu czynu ściganego z oskarżenia prywatnego¹⁰.

W orzecznictwie podniesiono, że w wypadku przestępstwa prywatnoskargowego sąd odwoławczy powinien nie tylko uprzedzić obecne na rozprawie strony o możliwości zmiany kwalifikacji prawnej czynu, ale i zwrócić się do prokuratora z pytaniem, czy podtrzymuje oskarżenie jako publiczne w wypadku przyjęcia tej kwalifikacji¹¹.

Ponadto wskazano, że prawidłowe postępowanie – w razie ustalenia przez sąd możliwości oceny prawnej czynu zarzucanego jako przestępstwo ścigane z oskarżenia publicznego, według przepisu stanowiącego o jego ściganiu z oskarżenia prywatnego – powinno ujmować odebranie od prokuratora wyraźnego oświadczenia w przedmiocie ewentualnego popierania oskarżenia o taki czyn, a w razie jego rezygnacji, odebranie jednoznacznego stanowiska od pokrzywdzonego¹².

Może budzić wątpliwości, czy uprzedzając strony o możliwości przyjęcia kwalifikacji prawnej z łagodniejszego przepisu, sąd odwoławczy powinien podejmować próbę wyjednaną skargi od oskarżyciela publicznego. Czynienie w jego kierunku sugestii dotyczących czy to możliwości objęcia ściganiem przestępstwa prywatnoskargowego, czy też celowości odstąpienia od ścigania przestępstwa publicznoskargowego, wydaje się niewskazane.

Oskarżyciel publiczny jako podmiot profesjonalny, będąc świadomym, że zmiana kwalifikacji prawnej czynu jest możliwa, powinien samodzielnie rozważyć, czy interes społeczny przemawia za objęciem czynu prywatnoskargowego ściganiem z urzędu. Dokonując sugestii w tym przedmiocie, sąd odwoławczy działa po stronie oskarżenia, narażając się na zarzut obrazy art. 14 § 1 k.p.k. Przepis ten nakazuje mu procedować w oparciu o skargę uprawnionego oskarżyciela, nie daje za to podstaw do ingerowania w jego wolę ścigania przestępstwa czy to w postaci publiczno-, czy prywatnoskargowej.

Należy w tym miejscu przytoczyć pogląd wyrażony w orzecznictwie na gruncie poprzedniego stanu prawnego, zgodnie z którym „inicjatywa ścigania należy wyłącznie do prokuratora i tylko prokurator określa ramy oskarżenia. W razie odmiennej oceny materiałów sprawy sąd może postąpić zgodnie z przepisami art. 344–346 k.p.k. (obecnie: art. 398–399 k.p.k. – uwaga autora), nie może jednak wymuszać na prokuratorze wniesienia skargi ani przeciw osobie, ani o przestępstwo”¹³.

¹⁰ Zob. wyrok Sądu Najwyższego z dnia 11 stycznia 1985 r., sygn. Rw 739/84, LEX Polonica nr 306799, OSNKW 1985, nr 9–10, poz. 81.

¹¹ Zob. wyrok Sądu Najwyższego z dnia 2 grudnia 2009 r., sygn. V KK 297/09, Legalis nr 303929, OSNwSK 2009, nr 1, poz. 2485.

¹² Zob. wyrok Sądu Najwyższego z dnia 21 października 2010 r., sygn. V KK 287/10, LEX Polonica nr 2508612.

¹³ Zob. wyrok Sądu Apelacyjnego w Krakowie z dnia 27 lutego 1992 r., sygn. II AKz 46/92, LEX Polonica nr 419147.

Stosownie wydaje się więc ewentualne zwrócenie się do stron z pytaniem, czy w związku z możliwością zmiany kwalifikacji prawnej czynu chcą złożyć oświadczenia, bez sugerowania im ich treści. Takie procedowanie umożliwiłoby chociażby złożenie wniosku o przerwanie rozprawy w celu umożliwienia oskarżonemu przygotowania się do obrony, o czym traktuje art. 399 § 2 k.p.k.

W razie braku objęcia przestępstwa prywatnoscargowego ściganiem przez prokuratora, sąd może jednak przerwać rozprawę i wezwać na kolejny termin pokrzywdzonego, aby odebrać od niego oświadczenie, czy wyraża wolę ścigania przestępstwa prywatnoscargowego. Inaczej niż w wypadku oskarżyciela publicznego, w razie odpowiedzi twierdzącej nie doszłoby jedynie do zmiany charakteru skargi, ale także podmiotu popierającego oskarżenie. Różnica nie sprowadza się tutaj do statusu podmiotów profesjonalnych i nieposiadających wiedzy fachowej w postępowaniu, choć ta kwestia także ma doniosłe znaczenie. Przede wszystkim jednak pokrzywdzony ma prawo zakładać, że skoro prowadzone jest postępowanie karne o czyn ścigany z urzędu, to wniesienie przez niego oskarżenia prywatnego byłoby bezprzedmiotowe.

Wydanie wyroku uniewinniającego, pomimo nieodebrania takiego oświadczenia, mogłoby rażąco naruszać jego prawa. W sytuacji, gdy pokrzywdzony nie uzyskał statusu oskarżyciela posiłkowego lub powoda cywilnego, nie byłby podmiotem uprawnionym do zaskarżenia takiego orzeczenia. Z kolei, w razie jego uprawomocnienia się, zaistniałby stan powagi rzeczy osądzonej, który, z kolei, spowodowałby niedopuszczalność wszczęcia postępowania prywatnoscargowego co do tego samego czynu tej samej osoby, uniewinnionej od przestępstwa publicznoscargowego.

Mając na uwadze powyższe zastrzeżenia, należy zgodzić się z Sądem Najwyższym, że uniewinnienie oskarżonego w sytuacji, gdy oskarżyciel publiczny i pokrzywdzony nie zostali uprzedzeni o możliwości zmiany kwalifikacji prawnej i w związku z tym nie mieli możliwości wyrażenia woli objęcia ściganiem przestępstwa prywatnoscargowego w oparciu o art. 60 § 1 k.p.k., oznacza rażąco obrazę art. 399 § 1 k.p.k.¹⁴, która w oczywisty sposób ma wpływ na treść zapadłego rozstrzygnięcia, jeżeli skazanie za takie przestępstwo byłoby możliwe.

Należy w tym miejscu nadmienić, że jeżeli przestępstwo prywatnoscargowe godzi w dobra prawne kilku osób, dla wydania wyroku w przedmiocie odpowiedzialności za tak kwalifikowany czyn wystarczające jest wyrażenie woli ścigania przez choćby jednego z pokrzywdzonych.

Wymaga także stwierdzenia, że skoro konstrukcja czynu jest niepodzielna, to osądzenie go na skutek skargi jednego z pokrzywdzonych zamyka

¹⁴ Zob. uzasadnienie wyroku Sądu Najwyższego z dnia 2 grudnia 2009 r., sygn. V KK 297/09, *Legalis* nr 303929, *OSNwSK* 2009, nr 1, poz. 2485.

proces dla innych (art. 17 § 1 pkt 1 k.p.k.), jeżeli na czas nie przyłączyli się do oskarżenia (art. 59 § 2 k.p.k.)¹⁵. Oznacza to, że w razie złożenia stosownego oświadczenia tylko przez niektórych pokrzywdzonych, personalia pozostałych powinny zostać wyeliminowane z opisu czynu przypisanego oskarżonemu. Analogiczne skutki powstaną w razie odstąpienia przez jednego z pokrzywdzonych od wyrażonego przez niego oświadczenia¹⁶.

Zmiana charakteru skargi a tożsamość czynu zarzucanego

Instytucja objęcia przez prokuratora ściganiem z urzędu przestępstwa prywatnoskargowego została przewidziana w art. 60 § 1 k.p.k., stanowiąc wyjątek od ścigania takich czynów przez samego pokrzywdzonego, z uwagi na zaistnienie przesłanki interesu społecznego w objęciu ściganiem z urzędu. Objęcie przestępstwa prywatnoskargowego ściganiem z urzędu może przy tym nastąpić w dowolnej formie (np. w odpowiedzi na apelację) lub ustnie do protokołu rozprawy odwoławczej. Wola ścigania nie może przy tym budzić wątpliwości¹⁷.

W związku z powyższym powstaje pytanie, czy zakwalifikowanie czynu według przepisu penalizującego przestępstwo prywatnoskargowe lub wykroczenie, po uprzednim zastosowaniu art. 399 § 1 k.p.k., nie stanowi wyjścia poza granice aktu oskarżenia.

Problem jedności czynu należy do węzłowych zagadnień prawa karnego, wobec czego ze względu na stopień jego złożoności przypomnienia wymagają formułowane w orzecznictwie i doktrynie prawa karnego kryteria. Należy powołać się w szczególności na pogląd, zgodnie z którym „o tym, czy sąd «utrzymał się» w wyroku skazującym w granicach skargi decyduje ostatecznie tożsamość zdarzenia historycznego objętego czynem przypisanym ze zdarzeniem historycznym zarzucanym przez oskarżyciela w akcie oskarżenia”¹⁸.

Wskazuje się także kryteria szczegółowe, pozwalające ustalić, czy w konkretnej sprawie mamy do czynienia z jednością, czy też z wielością (a zatem i odrębnością) czynów:

- 1) wyodrębnienie zintegrowanych zespołów aktywności sprawcy,
- 2) jedność czasu i miejsca oraz

¹⁵ Zob. wyrok Sądu Okręgowego w Tarnowie z dnia 8 maja 2008 r., sygn. II Ka 157/08, LEX Polonica nr 2014634.

¹⁶ Por. postanowienie Sądu Okręgowego w Tarnowie z dnia 10 maja 2011 r., sygn. II Kz 61/11, Legalis nr 484676.

¹⁷ Por. wyrok Sądu Najwyższego z dnia 23 kwietnia 2008 r., sygn. V KK 5/08, OSNKW 2008, nr 8, poz. 64; LEX Polonica nr 1919486.

¹⁸ Zob. postanowienie Sądu Najwyższego z dnia 29 kwietnia 2010 r., sygn. III KK 368/09, KZS 2010, nr 11, poz. 22; OSNwSK 2010, nr 1, poz. 947; Legalis nr 306357.

3) tożsamość motywacji albo planu sprawcy¹⁹, przy czym najważniejsze znaczenie należy przyznać dwóm pierwszym kryteriom²⁰.

W orzecznictwie sformułowano ponadto dodatkowe kryteria w postaci tożsamości pokrzywdzonego oraz istnienia co najmniej części wspólnych znamion czynu zarzucanego i przypisanego. Chodzi o to, by chociaż część przestępczego zachowania przypisanego sprawcy w wyroku pokrywała się z zarzucanymi mu w akcie oskarżenia zachowaniami, tj. by opisy czynu zarzucanego i przypisanego miały jakiś wspólny obszar, wyznaczony ich znamionami²¹.

Ostatnia z wymienionych przesłanek jedności czynu jest szczególnie istotna dla przedmiotu niniejszych rozważań. *De facto* przesądza ona, że jeżeli „nowa” ocena czynu mieści się w granicach wyznaczonych przez zdarzenie historyczne podane w akcie oskarżenia (postrzegane przez pryzmat znamion zawartych w opisie czynu przypisanego), to wówczas możliwe jest przypisanie tego zachowania oskarżonemu z zastosowaniem łagodniejszej kwalifikacji prawnej²².

Objęcie przestępstwa prywatnoskargowego ściganiem z urzędu nie stanowi o tak dalekim zmodyfikowaniu charakteru skargi, które uzasadniałoby twierdzenie, że jest ona tak naprawdę drugą, odrębną skargą względem wniesionego w sprawie aktu oskarżenia. Jeżeli interes społeczny nie uzasadnia sięgania po instytucję z art. 60 § 1 k.p.k. i prokurator nie obejmuje czynu ściganiem z urzędu, nie będzie wyjściem poza granice oskarżenia skazanie za czyn prywatnoskargowy po uzyskaniu stanowiska od samego pokrzywdzonego²³.

Wola ścigania wyrażona przez oba te podmioty nie odnosi się przecież do żadnego nowego czynu, lecz do zdarzenia faktycznego opisanego w akcie oskarżenia. Zajęcie w tej kwestii innego stanowiska prowadziłoby do konieczności uniewinnienia oskarżonego od popełnienia zarzucanego mu czynu. Niezależnie od kwestii związanych z przedawnieniem, postępowanie karne w sprawie o ten sam czyn tej samej osoby zostałoby wówczas pra-

¹⁹ A. Spotowski, Pomijalny (pozorny) zbieg przepisów ustaw i przestępstw, Warszawa 1976, s. 33 i n.).

²⁰ Tak: A. Wąsek (aktualizacja: M. Kulik), Komentarz do art. 11 Kodeksu karnego, (w:) M. Filar (red.), Kodeks karny. Komentarz, Warszawa 2012.

²¹ Zob. uzasadnienie wyroku Sądu Apelacyjnego w Łodzi z dnia 24 lipca 2013 r., sygn. II AKA 119/13, Legalis nr 736894; por. także postanowienie Sądu Najwyższego z dnia 25 października 2012 r., sygn. IV KK 87/12, LEX Polonica nr 4135033.

²² Por. wyrok Sądu Apelacyjnego w Katowicach z dnia 8 września 2009 r., sygn. II AKA 129/09 KZS 2010, nr 1, poz. 63, LEX Polonica nr 2366622.

²³ Zob. powoływany już wcześniej wyrok Sądu Najwyższego z dnia 21 października 2010 r., sygn. V KK 287/10, LEX Polonica nr 2508612.

womocnie zakończone²⁴. Słusznie więc podniesiono w judykaturze, że konsekwencją takiego wyroku byłoby definitywne, a jednocześnie przedwczesne i bezzasadne pozbawienie wskazanych podmiotów możliwości ścigania sprawcy²⁵.

Podsumowując tę część wyводу, tożsamość czynu zarzucanego i przypisanego oskarżonemu jest istotnym warunkiem opisanych dotychczas postępowań sądu odwoławczego. Z kolei, sama zmiana charakteru skargi nie ma wpływu na bieg postępowania, dopóki tożsamość ta zostaje zachowana.

Problematyka przedawnienia przestępstw prywatnoskargowych i wykroczeń w postępowaniu karnym

Oczywistym jest, że objęcie przestępstwa prywatnoskargowego ściganiem przez prokuratora może skutkować poprawieniem kwalifikacji prawnej tylko wówczas, gdy jego karalność nie uległa jeszcze przedawnieniu. W tym zakresie w doktrynie i orzecznictwie zarysowały się poglądy, do których należy się ustosunkować.

Stwierdzono m.in. że roczny termin przedawnienia karalności przestępstw prywatnoskargowych dotyczy jedynie ścigania ich przez pokrzywdzonego, na co wskazywać ma użyty w art. 101 § 2 *in principio* k.k. zwrot „od czasu, gdy pokrzywdzony dowiedział się o osobie sprawcy”. Do prokuratora miałby mieć zastosowanie wyłącznie 3-letni termin przedawnienia liczony od daty czynu, o którym to terminie mowa w art. 101 § 2 *in fine* k.k.²⁶.

Powyższego stanowiska nie można podzielić, bowiem niedopuszczalne jest założenie, że w stosunku do jednego podmiotu uprawnionego do ścigania (pokrzywdzony) mogłoby dojść do przedawnienia, natomiast drugi taki podmiot (prokurator) nadal mógłby wszcząć i prowadzić śledztwo lub dochodzenie. Przedawnienie dotyczy w pierwszej kolejności oskarżonego i jego czynu. Z uwagi zaś na powagę konsekwencji prawnych podmiot ten powinien mieć pewność co do tego, czy zachodzi możliwość wszczęcia przeciwko niemu postępowania karnego, wobec czego przepis ten należy wyklądać jednolicie niezależnie od kategorii podmiotu, który ma wolę ścigania przestępstwa prywatnoskargowego.

W literaturze podniesiono, że w wypadku wielości pokrzywdzonych jednym przestępstwem ściganym z oskarżenia prywatnego biegnie jednocze-

²⁴ Na ewentualny wpływ przyjęcia jedności czynu na zaistnienie negatywnej przesłanki procesowej w postaci *rei iudicatae* wskazuje S. Waltoś, *op. cit.*, s. 28.

²⁵ Zob. wyrok Sądu Najwyższego z dnia 28 października 2008 r., sygn. V KK 127/08, LEX Polonica nr 1988962.

²⁶ Tak L. Wilk, (w:) Kodeks karny. Komentarz, pod red. O. Górniok, Warszawa 2006, s. 377; A. Zoll, (w:) Kodeks karny. Część ogólna. Komentarz, pod red. A. Zolla, Kraków 2004, t. I, s. 1311.

śnie kilka terminów rocznych – dla każdego z pokrzywdzonych osobno²⁷. Pogląd ten jest w pełni zasadny i tylko pozornie stoi w sprzeczności z poczynionymi wyżej uwagami. W istocie, możliwe jest, że w stosunku do kilku pokrzywdzonych początkowy, a więc i końcowy termin przedawnienia, następuje nierównocześnie. Jednakże, każdy z tych terminów wiąże prokuratora, co oznacza, że może on objąć ściganiem czyn oskarżonego w zakresie dotyczącym tylko tych pokrzywdzonych, względem których termin przedawnienia nie upłynął.

Sąd Najwyższy wyraził w tej kwestii kontrowersyjny pogląd, zgodnie z którym, w sytuacji uprzedzenia stron przez sąd odwoławczy o możliwości zakwalifikowania czynu jako przestępstwa prywatnoskargowego, roczny termin do złożenia wniosku przez prokuratora o wstąpienie do postępowania w trybie art. 60 § 1 k.p.k., należy liczyć od dnia tego uprzedzenia²⁸.

W praktyce oznaczałoby to, że termin ten biegłby dwa razy, a czynność o charakterze czysto procesowym, której zastosowanie, choć obowiązkowe, zależy od uważności sądu, mogłaby mieć wpływ na rozpoczęcie biegu przedawnienia. Pogląd ten nie zasługuje na uwzględnienie z uwagi na niedopuszczalność mnożenia terminów przedawnienia w sprawie o ten sam czyn tej samej osoby (popołniony na szkodę tego samego pokrzywdzonego).

Słusznie więc przytoczonym wcześniej poglądom przeciwstawiono stanowisko, zgodnie z którym „roczny okres przedawnienia karalności przestępstwa prywatnoskargowego, przewidziany w art. 101 § 2 *in principio* k.k. i liczony od momentu dowiedzenia się przez pokrzywdzonego o osobie sprawcy przestępstwa, wiąże także prokuratora”²⁹. Pogląd ten należy w pełni podzielić, bowiem przedawnienie karalności jest instytucją prawa karnego materialnego i nie może być modyfikowane przez prawo procesowe w taki sposób, że prokuratora miałby wiązać wyłącznie termin 3 lat od daty popełnienia czynu.

W kontekście wcześniejszego wyводу należy postawić sobie pytanie o to, jakie konsekwencje w kwestii przedawnienia rodzi przeprowadzenie postępowania karnego o czyn ścigany z oskarżenia publicznego w sytuacji, gdy jego opis ustalony w toku postępowania przekonuje, że może on stanowić wyłącznie przestępstwo prywatnoskargowe.

Podniesiono w piśmiennictwie, że termin 1 roku przedawnienia zostaje zachowany, gdy pokrzywdzony podejmuje jakąkolwiek czynność procesową z której wynika wola ścigania określonego imiennie sprawcy, w tym także

²⁷ M. Kulik, Przedawnienie karalności przestępstw ściganych z oskarżenia prywatnego, *Prokuratura i Prawo* 2013, nr 7–8, s. 127.

²⁸ Zob. postanowienie Sądu Najwyższego z dnia 4 marca 2010 r., sygn. II KK 233/09, LEX Polonica nr 2244778, OSNwSK 2010, poz. 498.

²⁹ Zob. wyrok Sądu Najwyższego z dnia 23 kwietnia 2008 r., sygn. V KK 5/08, LEX Polonica nr 1919486, OSNwSK 2008, poz. 937.

zawiadomienie o przestępstwie publicznoskargowym dokonane ustnie lub na piśmie³⁰.

Z kolei, gdy przeprowadzenie postępowania przygotowawczego nie było skutkiem zawiadomienia złożonego przez pokrzywdzonego, ani też z innych czynności podjętych przez niego we wskazanym terminie nie wynika wola ścigania konkretnej osoby, wówczas decydująca jest data przedstawienia zarzutów w postępowaniu o przestępstwo ścigane z urzędu. Czynność ta jest o tyle istotna, że art. 102 k.k. stanowi, że jeżeli w okresie przewidzianym w art. 101 wszczęto postępowanie przeciwko osobie, karalność popełnionego przez nią przestępstwa określonego w § 1 punkty 1–3 ustaje z upływem 10 lat, a w pozostałych wypadkach – z upływem 5 lat od zakończenia tego okresu.

Trafnie wywodzi Sąd Najwyższy w wyroku z dnia 13 grudnia 2000 r., że „jeżeli sąd przyjmuje, że popełniono przestępstwo ścigane z oskarżenia prywatnego, to – niezależnie od rodzaju skargi i wyrażonej w niej prawnej oceny czynu, a także trybu postępowania – stosuje właściwe dla tego rodzaju przestępstwa przepisy o przedawnieniu. Pięcioletni okres przewidziany w art. 102 k.k. biegnie wówczas od zakończenia okresów przedawnienia wskazanych w art. 101 § 2 k.k.”³¹.

Nie ma przy tym większego znaczenia okoliczność, że postępowanie *in personam* może zostać wszczęte, zanim jeszcze pokrzywdzony dowie się o osobie sprawcy. W takim wypadku zastosowanie będzie znajdował 3-letni termin liczony od daty popełnienia czynu, natomiast w związku z treścią art. 102 k.k. ulegnie on wówczas przedłużeniu o dalsze 5 lat. Późniejsze dowiedzenie się przez pokrzywdzonego o osobie sprawcy w ciągu tego łącznie 8-letniego terminu powoduje, że przedawnienie nastąpi w terminie 6 lat od tej daty (art. 101 § 2 k.k. *in principio* w zw. z art. 102 k.k.), o ile termin związany z datą popełnienia czynu nie zakończy wcześniej biegu.

Można wprawdzie podnieść, że termin roczny nie ulegnie przedłużeniu o 5 lat, skoro art. 102 k.k. traktuje o wszczęciu postępowania *in personam* „w okresie przewidzianym w art. 101 k.p.k.”, który w takiej sytuacji nie rozpoczyna biegu. Abstrahując od rozważań *de lege ferenda*, słusznie poczynionych w piśmiennictwie³², stwierdzić należy, że o ile rażąco niesłuszne dla oskarżonego byłoby przyjęcie, że z mocy art. 102 k.k. przedłużeniu ulega termin przedawnienia już po jego upływie, to wniosku takiego nie można poczynić, gdy termin ten w ogóle nie zaczął biec. Nie można bowiem oczeki-

³⁰ M. Kulik, Przedawnienie karalności..., *op. cit.*, s. 129; tamże zawarto szczegółowe rozważania dotyczące rozpoczęcia biegu przedawnienia w sytuacji, gdy pokrzywdzony jest małoletni.

³¹ Zob. wyrok Sądu Najwyższego z dnia 13 grudnia 2000 r., sygn. II KKN 199/98, LEX Polonica nr 349111, OSNKW 2001, nr 3–4, poz. 19, z aprobowaną glosą K. Marszał, Przegląd Sądowy 2001, nr 11–12, s. 263.

³² M. Kulik, Przedawnienie karalności..., *op. cit.*, s. 137–145.

wać od organów ścigania, aby najpierw informowały pokrzywdzonego o osobie sprawcy, a dopiero później przedstawiały zarzuty podejrzanemu, aby zyskać czas na przeprowadzenie postępowania *in personam*.

W oparciu o powyższe stwierdzić należy, że art. 102 k.k. w żaden sposób nie różnicuje postępowania o przestępstwo publiczno- i prywatnoskargowe, co przekonuje, że w razie wszczęcia któregośkolwiek z nich przeciwko określonej osobie termin przedawnienia ulega przedłużeniu o liczbę lat wynikającą z właściwej kwalifikacji prawnej czynu, niezależnie od trybu, w jakim postępowanie to zostało faktycznie przeprowadzone.

Na tej samej zasadzie przedłużeniu do lat 2 ulega okres przedawnienia karalności wykroczenia, o którym mowa w art. 45 § 1 k.w. Przepis ten traktuje o wszczęciu postępowania, nie różnicując w żaden sposób ani trybu, ani też fazy tego postępowania. Pozornie omawiana reguła mogłaby znajdować zastosowanie nie tylko w razie wszczęcia postępowania o wykroczenie, ale także w razie wszczęcia postępowania karnego *in rem*. Przy interpretacji tego przepisu należy mieć jednak na względzie, że wszczęcie postępowania w sprawie o wykroczenie następuje z mocy decyzji prezesa sądu (art. 59 § 2 k.p.w.), podjętej na podstawie wniosku o ukaranie, który zawiera jednocześnie wskazanie osoby obwinionego oraz określenie zarzucanego mu czynu (art. 57 § 1 i 2 k.p.w.). Skoro więc nie stanowią wszczęcia postępowania o wykroczenie prowadzone na podstawie k.p.w. czynności wyjaśniające, tym bardziej nie następuje ono z mocy postanowienia o wszczęciu postępowania karnego *in rem*.

Zasadnie podniesiono w orzecznictwie, że zagadnienie przedawnienia wykroczeń, w tym kwestię okresu, po upływie którego następuje uchylenie ich karalności, należy oceniać „z tej samej perspektywy, i w sposób prowadzący do takich samych rezultatów – niezależnie od tego, czy ocena czynu, jako wykroczenia, od początku była prawidłowa oraz czy do ustalenia, że stanowi on wykroczenie (a nie przestępstwo), doszło, jak wskazano wyżej, w toku procesu karnego i w jakim jego stadium. (...) Karalność tego samego (tylko początkowo błędnie ocenianego) czynu mogłaby ustawać w różnym czasie w zależności od jego wstępnej, a nie ostatecznej oceny oraz od wstępnie przyjętego trybu postępowania, jaki to efekt byłby zupełnie nie do przyjęcia”³³.

Upływ rocznego terminu przedawnienia pozwala organom właściwym w postępowaniu o wykroczenie na zaniechanie ścigania sprawcy czynu zabronionego. Przedłużenie terminu przedawnienia karalności ma więc na celu umożliwienie przeprowadzenia postępowania w sprawie o ten czyn, gdy w ciągu roku od jego popełnienia zostanie ono skierowane przeciwko kon-

³³ Ta i szersza argumentacja w tym przedmiocie zawarta została w postanowieniu składu 7 sędziów Sądu Najwyższego z dnia 21 października 2003 r., sygn. I KZP 9/03, LEX Polonica nr 363959, OSNwSK 2003, poz. 2180.

kretniej osobie. Przekonuje to, że dla przedłużenia tego terminu konieczne jest skierowanie postępowania przeciwko określonej osobie, natomiast samo tylko wszczęcie *in rem* nie powoduje tego skutku.

Zagadnienia szczegółowe

Skoro tylko skrupulatna ocena opisu czynu przypisanego w wyroku sądu pierwszej instancji doprowadza do przekonania, że w swojej niezmienionej postaci odpowiada on wszystkim znamionom przestępstwa prywatnoskargowego albo wykroczenia oraz można wykluczyć zaistnienie negatywnych przesłanek procesowych w postaci braku skargi uprawnionego oskarżyciela oraz przedawnienia karalności, kwestia odpowiedzialności oskarżonego pozostaje otwarta.

Pozostawienie w kwalifikacji prawnej tak przypisanego czynu recydywy określonej w art. 64 § 1 k.k. jest możliwe na ogół tylko w wypadku, gdy jego opis posługuje się znamieniem „przemocy” lub „działania w celu osiągnięcia korzyści majątkowej”. Przywołać tu należy pogląd orzecznictwa, zgodnie z którym „wykładnia językowa zawartego w przepisie art. 115 § 3 k.k. zwrotu «przestępstwa z zastosowaniem przemocy lub groźby jej użycia» prowadzi do wniosku, że przestępstwami podobnymi są nie tylko przestępstwa, do znamion których należy stosowanie przemocy lub groźby jej użycia, ale również takie czyny, w których zastosowana przemoc lub groźba jej użycia pozostają poza zakresem znamion popełnionych przestępstw, ale faktycznie zostały one zrealizowane w warunkach wystąpienia takiego sposobu działania, który powinien być objęty opisem przypisanego sprawcy czynu”³⁴.

Zmiana kwalifikacji prawnej z przestępstwa publicznie- na prywatnoskargowe każdorazowo może rzutować na wymiar kary, ustawowe zagrożenie karą w wypadku tych drugich jest co do zasady przecieź niższe. W orzecznictwie podniesiono, że sąd odwoławczy z powodu samego tylko wyeliminowania z kwalifikacji prawnej przypisanego przestępstwa jednego z przepisów stanowiącego element kwalifikacji kumulatywnej nie jest zobowiązany do obniżenia wymierzonej kary, w szczególności wówczas, gdy przepis ten nie był podstawą wymiaru kary³⁵.

Uwaga ta znajduje zastosowanie także w wypadku, gdy czyn zostaje zakwalifikowany w ramach jednego przepisu, określającego znamiona przestępstwa prywatnoskargowego. Dopóki wymiar kary orzeczonej przez sąd pierwszej instancji nie przekracza maksymalnego jej wymiaru, wynikającego

³⁴ Zob. wyrok Sądu Najwyższego z dnia 30 czerwca 2009 r., sygn. V KK 71/09, LEX Polonica nr 2141290; KZS 2009, nr 10, poz. 26; OSNwSK 2009, poz. 1441.

³⁵ Zob. postanowienie Sądu Najwyższego z dnia 20 października 2009 r., sygn. II KK 211/09, niepubl.

z ustawowego zagrożenia przewidzianego w danym przepisie, podlegającego ewentualnym modyfikacjom z uwagi na możliwość jej nadzwyczajnego obostrzenia, sąd odwoławczy nie ma obowiązku jej obniżenia.

Z drugiej jednak strony, okoliczność, że oskarżony zostaje skazany za przestępstwo prywatnoskargowe, podczas gdy jego czyn w sposób niewątpliwy stanowił przestępstwo publicznoskargowe, nie powinna być „rekompensowana” na gruncie wymiaru kary. Z tego powodu, sąd odwoławczy, oceniając m.in. społeczną szkodliwość czynu i jego następstwa, powinien mieć na uwadze znamiona czynu zabronionego w postaci oskarżonemu przypisanej, a nie te, które zostały przez niego faktycznie zrealizowane.

Ostatnim zagadnieniem, które trzeba naświetlić w niniejszym opracowaniu, jest kwestia podstawy prawnej rozstrzygnięcia o kosztach procesu w sytuacji, gdy postępowanie karne toczyło się z urzędu, natomiast wyrok sądu odwoławczego zapadł co do wykroczenia lub (po złożeniu odpowiedniego oświadczenia przez pokrzywdzonego) co do przestępstwa prywatnoskargowego.

Zgodnie z obecnym brzmieniem art. 628 pkt 2 k.p.k., od skazanego w sprawach z oskarżenia prywatnego sąd zasądza na rzecz Skarbu Państwa wydatki ustalone na podstawie art. 618, od których uiszczenia oskarżyciel został zwolniony lub w razie rozpoznania sprawy bez ich uiszczenia.

Słusznie, na podstawie treści powołanego przepisu, podniesiono w piśmiennictwie, że na rzecz Skarbu Państwa podlegają zasądzeniu wydatki ustalone na podstawie art. 618, a nie zryczałtowana równowartość wydatków, którą uiszczałby oskarżyciel prywatny, niezależnie od tego, czy realnie wydatki te są wyższe, czy niższe od ryczałtu³⁶. Rozumowanie przeciwne byłoby uprawnione jedynie wówczas, gdyby ustawodawca odwołał się w tym zakresie do art. 621 § 1 i 2 k.p.k., zamiast do art. 618.

Natomiast, jeżeli chodzi o przesłankę w postaci rozpoznania sprawy bez uiszczenia wydatków przez oskarżyciela prywatnego, bez wątpienia ulega ona ziszczeniu, jeżeli wyrok zapadł po przeprowadzeniu postępowania publicznoskargowego. W takiej sytuacji nie jest dopuszczalne wzywianie pokrzywdzonego do uiszczenia zryczałtowanej równowartości wydatków, aby stał się on uprawnionym oskarżycielem. Odpada bowiem cel wyłożenia przewidzianej prawem kwoty, jeżeli konieczne wydatki zostały tymczasowo poniesione przez Skarb Państwa w postępowaniu o przestępstwo ścigane z urzędu.

W sposób nieco bardziej skomplikowany przedstawia się problematyka orzeczenia o kosztach procesu w razie wydania wyroku uniewinniającego lub umarzającego postępowanie. W sprawach z oskarżenia prywatnego

³⁶ P. Hofmański, E. Sadzik, K. Zgryzek, *Kodeks..., op. cit.* (komentarz do art. 628 k.p.k.).

art. 632 pkt 1 k.p.k. formułuje zasadę, że w razie takich rozstrzygnięć koszty procesu ponosi oskarżyciel prywatny.

Obciążenie całością kosztów postępowania, prowadzonego pierwotnie jako publicznoskargowe, byłoby dla pokrzywdzonego nadmiernie dolegliwe, mając na uwadze, że status strony zyskałby dopiero na jego końcowym etapie, niekiedy nawet nie przyczyniając się do powstania tych kosztów. W wypadku umorzenia postępowania względy słuszności mogą w takiej sytuacji przemawiać za poniesieniem kosztów w całości lub w części przez oskarżonego lub Skarb Państwa (art. 632a k.p.k.). Nie można także zapominać o możliwości zwolnienia oskarżonego od ponoszenia kosztów procesu niezależnie od treści rozstrzygnięcia w sprawie (art. 624 § 1 k.p.k.).

Ustawodawca nie przewidział regulacji tożsamej z art. 632a k.p.k., która odnosiłaby się do uniewinnienia. Zwrócić należy jednak uwagę, że takie rozstrzygnięcie nie wymaga zakwalifikowania czynu oskarżonego jako przestępstwa prywatnoskargowego, skoro nie wypełnia on znamion żadnego czynu zabronionego.

Zasadnym jest wobec tego stwierdzenie, że wyrok uniewinniający zawsze zapada w sprawie z oskarżenia publicznego, jeżeli tylko oskarżyciel zarzucił popełnienie przestępstwa ściganego z urzędu, co z kolei powoduje konieczność rozstrzygnięcia o kosztach w oparciu o art. 632 pkt 2 k.p.k.

Skazując oskarżonego w postępowaniu karnym za popełnienie wykroczenia, sąd odwoławczy stosuje przepisy k.p.w. (art. 400 k.p.k.). W takim wypadku w razie skazania obwinionego lub umorzenia postępowania co do jego czynu zastosowanie znajdują regulacje zawarte w art. 118 § 1 i 2 k.p.w. Drugi z tych przepisów będzie także podstawą rozstrzygnięcia o kosztach postępowania w razie uniewinnienia, gdyż art. 400 k.p.k. wyraźnie stanowi o stosowaniu procedury właściwej dla wykroczeń.

Zakończenie – teza opracowania

Podsumowując, stwierdzić należy, że w świetle uregulowań zawartych w art. 399 § 1 k.p.k., art. 400 § 1 k.p.k. oraz art. 455 k.p.k. sąd odwoławczy, dokonując oceny, czy w postaci przypisanej przez sąd pierwszej instancji czyn oskarżonego zawiera znamiona czynu zabronionego w rozumieniu art. 414 § 1 zd. 2 k.p.k. w zw. z art. 17 § 1 pkt 2 *in principio* k.p.k., każdorazowo powinien rozważyć możliwość skazania sprawcy za przestępstwo prywatnoskargowe lub za wykroczenie. Ustawowe definicje czynu zabronionego określone w art. 115 § 1 k.k. i art. 47 § 1 k.w. nie wprowadzają w tym zakresie żadnych rozróżnień, wobec czego negatywna przesłanka procesowa w postaci braku jego znamion nie ulega zrealizowaniu, gdy możliwe jest zakwalifikowanie zachowania oskarżonego z łagodniejszego przepisu.

Conviction for an offence prosecuted on indictment filed by a private individual, or for a petty offence, at the appeal stage

Abstract

This study discusses how a court of appeal proceeds when a description of an offence attributed to a defendant by a court of first instance does not fulfill all criteria of an offence prosecuted on indictment filed by a private individual, and an appeal is only lodged for the defendant. The nature of the regulations set forth in Articles 399, § 1; 400, § 1; and 455 of the Code of Criminal Procedure is examined, with due consideration given to their inter-relations. If the defective description of the attributed offence so allows, the court of appeal informs parties to the proceedings that the possibility exists to improve legal classification of such offence by way of recognizing that it is prosecuted on indictment filed by a private individual, or that it is a minor offence. Legal classification of the offence can be modified provided that sameness of alleged offences occurs and the statute of limitations has not expired.

Czy istnieje „kontratyp zwyczaju”?

Streszczenie

Artykuł poświęcony jest podstawom dogmatycznym braku odpowiedzialności karnej w przypadkach objętych tzw. „kontratypem zwyczaju”. Autor rozważa zastosowanie tej konstrukcji w kontekście przestępstwa łapownictwa i czynności rytualno-obrzędowych. Analizuje konstrukcję kontratypów oraz wskazuje na krytykę kontratypów pozaustawowych, do których należy „kontratyp zwyczaju”. Odrzucając tę figurę jako podstawę usprawiedliwiająca przyjmowanie korzyści majątkowych przez osoby pełniące funkcję publiczną oraz naruszenie dóbr w trakcie czynności obrzędowych, poszukuje innych podstaw legalności takich działań. Rozważa zatem m.in. możliwość skorzystania z aksjologicznego aspektu normy, koncepcji adekwatności społecznej oraz materialnego elementu przestępstwa. Ustalenia w sferze dogmatycznej przenosi na płaszczyznę proceduralną, starając się wskazać podstawy odmowy wszczęcia postępowania w takich sprawach ewentualnie jego umorzenia.

Motto:

Optima est legum interpretatio consuetudo

1. Wprowadzenie

W doktrynie prawniczej powszechnie przyjmuje się, że kontratyp to okoliczność wyłączająca bezprawność, a tym samym odpowiedzialność¹. Często też dokonuje się podziału kontratypów na ustawowe i pozaustawowe. Te pierwsze zostały ujęte w ustawie, która określa ich znamiona (w grupie tej można ponadto wyróżnić tzw. kontratypy kodeksowe, które są skodyfikowane w ustawie karnej). Natomiast kontratypy pozaustawowe – jak sama nazwa wskazuje – nie mają swego ustawowego unormowania, lecz zostały

¹ W najnowszym piśmiennictwie można spotkać również odmienne rozumienie kontratypów. Zob.: M. Bielecki, Koncepcja kontratypów jako okoliczności wyłączających karalność, *Czasopismo Prawa Karnego i Nauk Penalnych* 2010, nr 2, s. 25–50; M. Królikowski, Okoliczności wyłączające bezprawność jako konstrukcja sprawiedliwości korygującej, *Czasopismo Prawa Karnego i Nauk Penalnych* 2010, nr 2, s. 5–24.

opracowane w doktrynie i uznane w orzecznictwie². Ich katalog nie jest więc precyzyjnie określony i podlega zmianie³ (niektóre z takich kontratypów tracą na aktualności, np. kontratyp pojedynku, inne są opracowywane, np. kontratyp dopuszczalnego ryzyka, który w pewnym fragmencie został skodyfikowany w art. 27 k.k. jako kontratyp dozwolonego eksperymentu, albo też kontratyp sztuki⁴). Ze względu na brak ustawowego unormowania przedstawiciele doktryny wskazują różne kontratypy pozaustawowe, odmiennie określając też ich znamiona. Do najczęściej wymienianych tego rodzaju okoliczności należą: czynności lecznicze i kosmetyczne, uprawianie sportu, zgoda pokrzywdzonego, karcenie małoletnich. W grupie tej znajduje się także zwyczaj. Czy w istocie istnieją jednak takie kontratypy, czy nie można znaleźć innych podstaw braku (uwolnienia) odpowiedzialności w sytuacji, w której tradycyjnie przyjmuje się zastosowanie kontratypu pozaustawowego? Przedmiotem niniejszego opracowania będzie próba odpowiedzi na to pytanie w kontekście kontratypu zwyczaju, który zostanie szerzej zaprezentowany jako okoliczność powodująca brak odpowiedzialności w przypadku przyjmowania korzyści majątkowych lub osobistych przez osoby pełniące funkcje publiczne oraz czynności rytualno-obrzędowych, w wyniku których może

² Por. S. Leleńtal, (w:) J. Waszczyński (red.), *Prawo karne w zarysie. Nauka o ustawie karnej i przestępstwie*, Łódź 1992, s. 158. Zdaniem J. Warylewskiego, kontratypy pozaustawowe cechują się tym, że ich znamiona „nie zostały w żadnej ustawie w całości (wyczerpująco) określone, co nie przeszkadza temu, że w przypadku części kontratypów pozaustawowych możemy w ustawach znaleźć część ich znamion, a w każdym razie pewne uzasadnienie dla ich funkcjonowania” – tegoż, *Zasada ustawowej określoności przesłanek odpowiedzialności karnej a kontratypy pozaustawowe*, (w:) J. Majewski (red.), *Okoliczności wyłączające bezprawność czynu. Materiały z IV Bielańskiego Kolokwium Karnistycznego z dnia 16 maja 2007 r.*, Toruń 2008, s. 23, przypis 3. Występowanie kontratypów pozaustawowych zostało potwierdzone także w orzecznictwie sądowym. Na przykład w postanowieniu z dnia 7 stycznia 2008 r. (sygn. V KK 158/07, OSP 2008, nr 11, poz. 114) Sąd Najwyższy uznał, że: „Istnieją kontratypy, których znamiona zostały ustalone w drodze praktyki wymiaru sprawiedliwości lub zostały sformułowane w drodze koncepcji doktrynalnych w nauce prawa karnego. Są to kontratypy pozaustawowe, wśród których należy wyróżnić zgodę pokrzywdzonego, zabiegi lecznicze, karcenie nieletnich i ryzyko sportowe”.

³ Por. M. Bojarski (red.), *Prawo karne materialne. Część ogólna i szczególna*, Warszawa 2010, s. 170.

⁴ Zob. szerzej: M. Filar, *Sztuka i zagadnienia pornografii*, *Nowe Prawo* 1978, nr 10, s. 1432–1433; J. J. Nalewajko, R. Kubiak, *Sztuka jako okoliczność wyłączająca bezprawność?*, *Palestra* 2000, nr 9, s. 31–43; J. Warylewski, *Pasja czy obraza uczuć religijnych? Spór wokół art. 196 kodeksu karnego*, (w:) L. Leszczyński, E. Skrętowicz, Z. Hołda (red.), *W kręgu teorii i praktyki prawa karnego. Księga poświęcona pamięci Profesora Andrzeja Wąska*, Lublin 2005, s. 378–379; tegoż, *Prawnokarne uwarunkowania wolności w zakresie ekspresji seksualnej oraz twórczości (m.in. artystycznej, naukowej i dziennikarskiej)*, (w:) M. Mozgawa (red.), *Prawnokarne aspekty wolności*, *Materiały z Konferencji*, Arłamów, 16–18 maja 2005 r., Kraków 2006, s. 95–100; M. Budyn-Kulik, M. Kulik, *Wolność działalności artystycznej jako okoliczność wyłączająca odpowiedzialność karną*, (w:) M. Mozgawa (red.), *Prawnokarne...*, s. 233–249.

dojść do wyczerpania znamion czynu zabronionego. Te dwa przypadki są bowiem w piśmiennictwie najczęściej wskazywane dla ukazania obszaru, w jakim znajduje zastosowanie kontratyp zwyczajny.

Udzielenie odpowiedzi na pytania zawarte w tytule artykułu wymaga na wstępie przedstawienia ogólnych kwestii dotyczących konstrukcji kontratypu.

2. Koncepcje kontratypów

W doktrynie prawa karnego istnieją rozbieżności co do ogólnych znamion kontratypów oraz ich teoretycznego uzasadnienia. Nie dokonując pogłębionego przeglądu koncepcji w tym zakresie, można jednak wyróżnić tzw. teorie pluralistyczne i monistyczne. Istotą tych pierwszych jest pogląd, że nie można podać jednej podstawy stanowiącej „wspólny mianownik” dla wszystkich kontratypów. Poszczególne z nich oparte są bowiem na różnych zasadach. Nie ma jednakże zgodności co do ich katalogu. Autorzy wskazują bowiem inną liczbę i rodzaje tych zasad. Przykładowo, E. Mezger twierdził, że można ustalić dwie takie reguły: braku interesu (która to zasada stanowiłaby podwalinę np. dla kontratypu zgody pokrzywdzonego) oraz przeważającego interesu⁵. Z kolei G. Jakobs podawał trzy reguły: zasadę odpowiedzialności (lub polecenia) (*Prinzip der Verantwortung lub Prinzip der Veranlassung*), stanowiącą podstawę np. dla uzasadnienia obrony koniecznej; zasadę zdefiniowania interesu przez ofiarę naruszenia (*Prinzip der Interessendefinition durch das Eingriffsopfer*), która leży u podstaw np. zgody pokrzywdzonego, oraz zasadę solidarności (*Solidaritätsprinzip*), uzasadniającą np. kontratyp stanu wyższej konieczności⁶. Jeszcze bogatszy katalog podstaw poszczególnych kontratypów podaje M. Köhler, który wyróżnia: kontratypy powstałe przez autonomię szczególnej woli (*Rechtfertigung durch Autonomie des besonderen Willens*), np. zgoda pokrzywdzonego; kontratypy powstałe w oparciu o przymus odpowiedzialności za stworzone bezprawie (*Rechtfertigung aus zwangspflichtiger Unrechtsverantwortung*), np. defensywny stan wyższej konieczności; kontratypy powstałe na skutek samoograniczenia w stanie wyższej konieczności (*Rechtfertigung aus Selbsteinschränkung im Notstand*), np. agresywny stan wyższej konieczności oraz kontratypy powstałe na gruncie instytucji wolnościowych (*Rechtfertigung aufgrund freiheitlicher Institutionen*), np. karcenie małoletnich oraz działania władz państwowych konieczne dla urzeczywistnienia sprawiedliwości⁷. W nauce pol-

⁵ Za A. Zoll, *Okoliczności wyłączające bezprawność czynu. Zagadnienia ogólne*, Warszawa 1982, s. 81; C. Roxin, *Allgemeiner Teil. Grundlage – der Aufbau der verbrechenslehre*, München 1992, s. 382.

⁶ G. Jakobs, *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, Berlin–New York 1991, s. 350.

⁷ M. Köhler, *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, Wydawnictwo Springer 1997, s. 238–239.

skiej za pluralistycznym ujęciem koncepcji kontratypów opowiadał się początkowo m.in. W. Wolter. Wskazywał on na dwie sytuacje: gdy norma traci swój walor ochronny, nie musi zatem już chronić dobra (interesu) prawnego – taka reguła uzasadniała m.in. kontratyp obrony koniecznej; oraz przypadek wystąpienia kolizji dóbr (interesów). Wówczas, gdy norma nie rozstrzyga tej kolizji, pojawia się konieczność poświęcenia dobra przedstawiającego niższą wartość społeczną. Działanie w takich okolicznościach nie będzie zaś bezprawne⁸.

Wielu przedstawicieli mają również teorie monistyczne, według których istnieje jedna podstawa wyjaśniająca istnienie wszystkich kontratypów. W doktrynie niemieckiej reprezentantem tego nurtu był np. A. Dohna, który wskazywał tzw. teorię celu (*Zwecktheorie*, na której został oparty § 34 StBG, czyli przepis określający stan wyższej konieczności). Zdaniem tego autora czyn nie może być bezprawny, jeśli pozwala on na osiągnięcie celu uznanego przez ustawodawcę za poprawny.⁹ Z kolei według W. Sauera, uzasadnienia wszystkich kontratypów należy poszukiwać w zasadzie „więcej korzyści niż szkód” (*Mehr-Nutzen-als-Schaden*). Zgodnie z nią, jeśli bilans społeczny danego postępowania jest pozytywny, to nawet wówczas, gdy wyczerpuje ono znamiona czynu zabronionego, nie może być uznane za bezprawne¹⁰.

Na gruncie polskim zwolennikiem koncepcji monistycznej jest m.in. A. Zoll. Autor ten, posiłkując się niemiecką koncepcją proporcji dóbr (*Güterabwägung*), zauważa, że dla wystąpienia kontratypizacji musi mieć miejsce kolizja dóbr. Kontratyp pozwala natomiast tę kolizję rozstrzygnąć, określając reguły społecznej opłacalności poświęcenia jednego z pozostających w kolizji dóbr. Istotną konsekwencją tego założenia jest możliwość wskazania sytuacji, gdy brak takiej kolizji, a tym samym nie występuje potrzeba sięgnięcia po mechanizm kontratypowy. Nie znaczy to, że zachowanie jest bezprawne. Wówczas bowiem zachowanie okazać się może – jak nazywa to A. Zoll – legalne pierwotnie. Zdaniem autora, można wskazać kilka takich przypadków. Po pierwsze spotkać można działania, które są ukierunkowane na ochronę jakiegoś dobra. Jeśli w ich wyniku dojdzie do formalnego wyczerpania istoty czynu, to nie oznacza to, iż zachowanie takie jest bezprawne. Brak bowiem ataku na dobro prawne, który warunkuje bezprawność. Jako przykład takiej sytuacji autor podaje czynności lecznicze. Inny przypadek legalności pierwotnej zachodzi, jeśli dane dobro posiada względną wartość społeczną. Jeżeli dysponent takim dobrem akceptuje jego narażenie lub naruszenie, norma karnoprawna nie aktywizuje się, nie ma bowiem potrzeby

⁸ W. Wolter, *Zarys systemu prawa karnego*, Kraków 1933, s. 125–127.

⁹ C. Roxin, *Strafrecht. Allgemeiner Teil. Grundlage – der Aufbau der verbrechenslehre*, München 1992, s. 381; F. Haft, *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, München 1987, s. 77.

¹⁰ C. Roxin, *Strafrecht...*, s. 382.

urzeczywistnić funkcji ochronnej prawa karnego. Stąd też A. Zoll podnosi, że zgoda dysponenta dobrem nie może być traktowana jako kontratyp pozaustawowy. Jej skuteczne prawnie wyrażenie powoduje bowiem legalność pierwotną zachowania. Kolejną sytuacją, w której wystąpi taka legalność, jest brak naruszenia reguł postępowania z dobrem prawnym. Ten przypadek nawiązuje do koncepcji dopuszczalnego ryzyka. Prawo karne musi zezwolić na zachowania ryzykowne. W przeciwnym bowiem wypadku dobra prawne (chronione absolutnie) straciłyby swój społeczny sens i stałyby się – jak określił to H. Welzel – muzealnymi eksponatami w szklanych gablotach¹¹. Dobra te powinny natomiast służyć społeczeństwu, które w związku z tym musi tolerować pewien margines ryzyka. Ze względu na to, że występuje ono powszechnie i towarzyszy większości działań ludzkich, możliwe jest ustalenie jego źródeł, skwantyfikowanie i w konsekwencji określenie reguł postępowania, których przestrzeganie pozwoli na wyeliminowanie albo chociażby zmniejszenie tego ryzyka. Jeśli osoba przestrzega tych reguł, a mimo to dojdzie do naruszenia dobra (co będzie odpowiadało istocie czynu opisującej zniszczenie lub zagrożenie dobra), to jej zachowanie pozostanie nadal legalne (pierwotnie).

Potrzeba sięgnięcia po kontratyp powstaje zatem dopiero wówczas, gdy postępowanie (wyczerpujące znamiona czynu zabronionego) spowoduje atak na dobro prawne, przy jednoczesnym niezachowaniu wspomnianych reguł. Nie oznacza to jednak, że sprawca poniesie wówczas odpowiedzialność. Jego zachowanie może być bowiem wtórnie zalegalizowane w oparciu o przesłanki kontratypu. Usprawiedliwi on bowiem naruszenie (narażenie dobra) w omawianej sytuacji. Dyspensa ta jest jednak możliwa tylko wówczas, gdy wystąpi kolizja dóbr (a zatem ich jednoczesne utrzymanie nie jest możliwe) i nastąpi poświęcenie dobra przedstawiającego mniejszą wartość społeczną (chodzi bowiem o zachowanie społecznie opłacalne, używając kolokwializmu – wybór „mniejszego zła”)¹².

Wydaje się, że mimo swych mankamentów podnoszonych przez krytyków tej koncepcji¹³, dobrze uzasadnia ona byt konstrukcji kontratypowej

¹¹ H. Welzel pisał: „Das strikte Verbot von Rechtsgüterverletzungen würde das gesamte Sozialleben sofort zum Stillstand bringen und die Rechtsgüter in eine Museumswelt versetzen, in der sie zwar von Menschenhand unverletzt, aber ohne lebendige Funktion unfruchtbar erstarren müßten“ – *Das deutsche Strafrecht*, Berlin 1956, s. 105. Ścisły zakaz naruszania dóbr prawnych doprowadziłby natychmiast do całkowitego zatrzymania życia społecznego i dobra prawne przeniósł do świata muzealnego, w którym byłyby one faktycznie ludzką ręką nienaruszone, ale musiałby zastygnąć bezowocnie, nie realizując funkcji życiowej.

¹² Zob. szerzej: A. Zoll, *Okoliczności...*, s. 86–113; W. Wróbel, A. Zoll, *Polskie prawo karne: część ogólna*, Kraków 2011, s. 168–173 oraz 339–341; K. Buchała, A. Zoll, *Polskie prawo karne*, Warszawa 1997, s. 196–203.

¹³ Zob. krytyczne uwagi dotyczące tej koncepcji: J. Warylewski, *Zgoda pokrzywdzonego w polskim prawie karnym*, Sopot 1997, maszynopis, s. 30; W. Wróbel, (w:) J. Majewski (red.), *Okoliczności...*, głos w dyskusji, s. 96–101; T. Kaczmarek, *O tzw. okolicznościach*

i odpowiada odczuciu społecznemu. Przez jej pryzmat zostanie więc przeanalizowane istnienie pozaustawowego „kontratypu zwyczaju”. Nim jednak zagadnienie to zostanie dokładniej przedstawione, warto rozważyć, jakie są wątpliwości dotyczące w ogóle bytu takich konstrukcji.

3. Krytyka konstrukcji kontratypu pozaustawowego

W doktrynie podnosi się kilka zastrzeżeń dotyczących występowania kontratypów pozaustawowych.

Po pierwsze, wskazuje się na możliwość naruszenia konstytucyjnej zasady trójpodziału władzy. Użycie kontratypu pozaustawowego oznaczałoby bowiem ingerencję władzy sądowniczej w kompetencje władzy ustawodawczej, co z kolei mogłoby także naruszać zasadę legalizmu proklamowaną w art. 7 Konstytucji RP. To ustawodawca decyduje bowiem, jakie czyny są zabronione. Sąd, powołując się na kontratyp, mógłby zaś zmieniać zakres zastosowania obowiązującego nakazu albo zakazu karnego¹⁴.

Po wtóre, odwołanie się do kontratypów pozaustawowych mogłoby gościć w szeregu funkcji prawa karnego, a w szczególności w jego funkcję sprawiedliwościową, ochronną i kompensacyjną. Na aspekty te zwrócił uwagę m.in. W. Wróbel, który zauważył, że zastosowanie kontratypu pozaustawowego, podobnie jak np. analogii na korzyść oskarżonego, powoduje jednocześnie pominięcie interesów pokrzywdzonego¹⁵. We współczesnym prawie karnym funkcja kompensacyjna jest zaś silnie akcentowana. Świadczy o tym choćby wprowadzenie do Kodeksu karnego wielu rozwiązań, które mają zmotywować albo wręcz wymusić na sprawcy naprawienie szkody lub w inny sposób zadośćuczynienie pokrzywdzonemu i społeczeństwu¹⁶. Wyłą-

„wyłączających” bezprawność czynu, Państwo i Prawo 2008, nr 10, s. 21–33; tegoż, O kontratypach raz jeszcze, Państwo i Prawo 2009, nr 7, s. 91–99.

¹⁴ A. Z o l l, (w:) A. Z o l l (red.), Kodeks karny: część ogólna. Komentarz, t. 1, Kraków 2004, s. 456–457; E. P l e b a n e k, Materialne określenie przestępstwa, Warszawa 2009, s. 203; W. W r ó b e l, A. Z o l l, Polskie..., s. 343.

¹⁵ J. M a j e w s k i (red.), Okoliczności..., s. 95.

¹⁶ Celom tym służy choćby rozwiązanie przyjęte w art. 72 k.k., stosowane w związku z warunkowym zawieszeniem wykonania kary. Zgodnie z jego § 2 sąd może zobowiązać skazanego do naprawienia wyrządzonej przestępstwem szkody w całości albo w części. Fakt naprawienia szkody jest także brany pod uwagę przy sędziowskim wymiarze kary (art. 53 § 2 k.k.) oraz warunkuje zastosowanie niektórych instytucji prawa karnego (np. art. 60 § 2 punkty 1 i 2 k.k. oraz art. 66 § 3 k.k.). Tendencję ustawodawcy w akcentowaniu funkcji kompensacyjnej widać także na gruncie art. 46 k.k. Warto podkreślić, że przepis ten ulegał nowelizacji m.in. w drodze ustawy z dnia 5 listopada 2009 r. o zmianie ustawy – Kodeks karny, ustawy – Kodeks postępowania karnego, ustawy – Kodeks karny wykonawczy, ustawy – Kodeks karny skarbowy oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. Nr 206, poz. 1589 z późn. zm.). W jej wyniku rozszerzono możliwość stosowania środka karnego, o którym mowa w tym przepisie, na wszystkie przestępstwa, a ponadto wprowadzono możliwość orzekania także zadośću-

czenie odpowiedzialności na podstawie kontratypu pozaustawowego wyklucza zaś możliwość zaspokojenia pokrzywdzonego i narusza jego interesy. Poza tym powołanie się na tę konstrukcję powoduje, że pokrzywdzony nie może stosować obrony koniecznej, gdyż ta jest uwarunkowana wystąpieniem „bezprawnego” zamachu.

Po trzecie, w praktyce sądowej poważne trudności może rodzić także ustalenie znamion takich kontratypów. *De facto* więc sąd musi w konkretnej sprawie określić te znamiona i ocenić, czy zostały one wyczerpane. Ze względu na brak ustawowego opisanie takich kontratypów, może dochodzić do dużych rozbieżności w tych ocenach (dokonywanych w oparciu o subiektywne przekonania sądu, wpływające z systemu wartości danego sędziego, a nawet kręgu kulturowego lub też regionu, z którego pochodzi). Postępowanie takie niewątpliwie nie jest pożądane ze względu na przewidywalność orzeczeń, a tym samym również ze względu na gwarancyjną i ochronną funkcję prawa karnego. Zagadnienie to nabiera szczególnego znaczenia w kontekście „kontratypu zwyczaju” opartego na obrzędach i obyczajach, które są akceptowane jedynie w danej grupie, stanowiącej mniejszość w określonej społeczności. Problematyka ta została zauważona w doktrynie m.in. w kontekście tzw. romskiego małżeństwa. Do jego zawarcia dochodzi niekiedy po uprzednim „porwaniu” kobiety, co może wyczerpywać znamiona przestępstw przeciwko wolności. Ponadto małżonkami są często osoby małoletnie, przy czym kandydatką na żonę może być dziewczynka już w wieku

czynienia za doznaną krzywdę. W uzasadnieniu projektu tej ustawy argumentowano, że „Zmiana dotycząca art. 46 k.k. jest zmianą znacznie poszerzającą zakres uprawnień pokrzywdzonego dochodzącego kompensaty w toku postępowania karnego. Kierując się priorytetem zapewnienia pełnej ochrony interesów pokrzywdzonego w postępowaniu karnym, w projekcie przyznano pokrzywdzonemu prawo żądania naprawienia wyrządzonej szkody, jak również żądania zadośćuczynienia za doznaną krzywdę, w wypadku skazania za każde przestępstwo, w wyniku którego taka szkoda lub krzywda zaistniała. Sąd może w takich przypadkach orzec tylko odszkodowanie bądź tylko zadośćuczynienie, albo zarówno odszkodowanie, jak i zadośćuczynienie, i to zarówno z urzędu (fakultatywnie), jak i na wniosek (obligatoryjnie)” (druk sejmowy nr 1394, Sejm RP VI kadencji, <http://www.sejm.gov.pl>). Wyrazem tych zapatrywań ustawodawcy jest kolejna nowela art. 46, dokonana ustawą z dnia 20 lutego 2015 r. o zmianie ustawy – Kodeks karny oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. z 2015 r., poz. 396). W jej skutek nadano nowe brzmienie § 2, rozszerzając możliwość orzeczenia nawiązki również na rzecz osób najbliższych pokrzywdzonego (jeśli doszło to jego śmierci). Ponadto podwyższono wartość tej nawiązki z dotychczasowych 100 000 zł do 200 000 zł. Uzasadniając takie rozwiązanie, projektodawcy podnosili, że „proponowana zmiana art. 46 k.k. zmierza do ułatwienia uzyskania przez pokrzywdzonego pełnego zaspokojenia roszczeń cywilnoprawnych wynikających z popełnionego przestępstwa”. Argumentacja ta wskazuje dobitnie na dużą wagę, jaką ustawodawca przykład do kompensacyjnej funkcji prawa karnego. Potwierdzeniem tej tezy jest w końcu wprowadzenie do Kodeksu karnego (w wyniku wspomnianej nowelizacji z 2015 r.) odrębnego rozdziału Va pt. „Przepadek i środki kompensacyjne”, w którym zostały wyodrębnione środki tego rodzaju.

13–14 lat. Od dnia zaślubin rozpoczyna się zaś pożycie małżeńskie¹⁷. Jeśli w takim związku dojdzie do obcowania płciowego, możliwe jest wyczerpanie znamion czynu stypizowanego w art. 200 k.k., a nawet w art. 197 § 3 pkt 2 k.k. Powstaje wówczas pytanie o uchylenie odpowiedzialności na podstawie obyczaju panującego w tej społeczności. Problematyka ta łączy się również ze zjawiskiem tzw. *cultural defence*, czyli „obrony przez kulturę”, szerzej omówionego przez S. Sykunę i J. Zajadłę¹⁸. Nie analizując bliżej tego zagadnienia, warto jedynie wspomnieć, że autorzy podają kilka przykładów zachowań, których następstwem było wyczerpanie znamion czynów zabronionych (z zabójstwem włącznie¹⁹), mieszczących się jednak w obyczajowości sprawców, pochodzących z innych kręgów kulturowych. Czy wówczas zwyczaj może uwolnić ich od odpowiedzialności? Ocena takich przypadków – jako zachowań ujmowanych w granicach „kontratypu zwyczaju” – mogłaby prowadzić do znacznych rozbieżności w orzecznictwie, powstałych na skutek odmiennych zapatrywań sądu na określone obyczaje. Jak już wcześniej wspomniano, zostałaby naruszona także funkcja kompensacyjna prawa karnego.

Po czwarte, wątpliwości dotyczące bytu kontratypów pozaustawowych potęgują się przy ich poszczególnych rodzajach, w związku z analizą ich znamion. Przykładowo w przypadku kontratypu czynności leczniczych szereg trudności powoduje ustalenie celu leczniczego (jako znamienia subiektywnego)²⁰. Natomiast w przypadku kontratypu karcenia małoletnich proble-

¹⁷ J. Grzegorek, Gdzie kończy się tradycja władzy. Cygańskie prawa a romska rzeczywistość, s. 31–32, http://www.romowie.com/instytut/io2007_grzegorek.pdf. Zagadnienie to było rozważane także przez J. Warylewskiego. Autor ten opisywał sprawę 22-letniego Roma, który poślubił według cygańskiego obrządku małoletnią poniżej 15. roku życia i obcował z nią płciowo. Zachowanie takie wyczerpało znamiona czynu stypizowanego w art. 200 k.k. Za przestępstwo to sprawca został skazany na karę 8 miesięcy pozbawienia wolności z warunkowym zawieszeniem jej wykonania na okres 3 lat. Sąd zastosował bowiem wobec niego nadzwyczajne załagodzenie kary. Zdaniem J. Warylewskiego, można w takim przypadku rozważyć powołanie się na pozaustawowy kontratyp „ślubu albo małżeństwa romskiego (cygańskiego)”. Wśród jego znamion autor wskazuje na uzyskanie przez małoletnią „żonę” dojrzałości płciowej – Zasada..., (w:) J. Majewski (red.), Okoliczności..., s. 34–36.

¹⁸ S. Sykuna, J. Zajadło, Kontrowersje wokół tzw. obrony przez kulturę – okoliczność wyłączająca winę, okoliczność łagodząca czy nadużycie prawa do obrony?, Przegląd Sądowy 2007, nr 6, s. 26–36.

¹⁹ Autorzy opisują m.in. sprawę *People v. Chen*, która dotyczyła imigrantów chińskich, przebywających na terenie Stanów Zjednoczonych. Dong Lu Chen zabił swą żonę, gdyż go zdradzała. Podczas postępowania powołano biegłego, znawcę kultury chińskiej, który stwierdził, że według obyczajowości chińskiej akt zdrady małżeńskiej jest bardzo uwłaczający dla męża. Przemoc stosowana w takich okolicznościach przez męża wobec niewiernej żony jest zaś zjawiskiem powszechnie przyjętym w kulturze chińskiej. Na podstawie tej opinii sąd zmienił kwalifikację prawną czynu z zabójstwa na nieumyślne spowodowanie śmierci i tym samym wymierzył łagodniejszą karę – tamże, s. 33.

²⁰ Zagadnienie to wiąże się bowiem z ustaleniem zakresu takich pojęć, jak zdrowie i choroba. Zarówno zaś w literaturze medycznej, socjologicznej, jak i prawniczej nie ma zgodności po-

my może spowodować zniżenie granic wymierzania kar, które zdaniem przedstawicieli doktryny muszą być „umiarkowane”²¹, stosowane „z umiarkowaną intensywnością”²², „w granicach wyznaczonych przez troskę o dobro dziecka”²³, „wykonywane w sposób zwyczajowo przyjęty w danym środowisku”²⁴ itp. Sformułowania te są niezwykle ocenne i mało pomocne dla sądu jako wyznaczniki legalności działania sprawcy. Trudności te nasilają się w szczególności w przypadku „kontratypu zwyczaju”, o czym będzie jeszcze mowa w dalszej części opracowania.

Występujące wątpliwości co do bytu kontratypów pozaustawowych oraz ich znamion skutkują poszukiwaniem w doktrynie innych podstaw legalności postępowania, tradycyjnie mieszczącego się w obszarze takich kontratypów. Efektem tych starań jest często uznawanie takich zachowań jako pierwotnie legalnych. Jako przykład można podać poglądy na temat takiej legalności czynności leczniczych²⁵, kosmetycznych²⁶ oraz ryzyka sportowego²⁷. Pojawiają się także głosy, by niektóre z kontratypów pozaustawowych skodyfikować, co usunęłoby omówione trudności²⁸. Na tej kanwie warto rozważyć, czy istnieje tzw. „kontratyp zwyczaju” oraz czy można rozstrzygnąć sytuacje ujmowane tradycyjnie w jego granicach za pomocą innych konstrukcji karnoprawnych.

głódów w tym zakresie. Zob. szerzej R. Kubiak, *Odpowiedzialność karna za wykonywanie zabiegów kosmetycznych*, Kraków 2012, s. 101–140 i podaną tam literaturę.

²¹ S. Leleń, (w:) J. Waszczyński (red.), *Prawo...*, s. 188.

²² T. Bojarski, *Polskie prawo karne. Zarys części ogólnej*, Warszawa 2008, s. 181.

²³ T. Dukiet-Nagórska (red.), *Prawo karne. Część ogólna, szczególna i wojskowa*, Warszawa 2008, s. 149.

²⁴ I. Andrejew, *Polskie prawo karne w zarysie*, Warszawa 1986, s. 180.

²⁵ Zob. na przykład: A. Zoll, *Okoliczności...*, s. 86–89; tenże: *Granice legalności zabiegu medycznego*, *Prawo i Medycyna* 1999, nr 1, s. 32; W. Wróbel, A. Zoll, *Polskie...*, s. 168.

²⁶ R. Kubiak, *Odpowiedzialność...*, s. 61–99.

²⁷ Por. A. Zoll, (w:) A. Zoll (red.), *Kodeks...*, s. 514; R. Kubiak, *Legalność pierwotna ryzyka sportowego*, *Państwo i Prawo* 2006, nr 12, s. 13–35. Wydaje się, że ku tej koncepcji skłania się również A. Szwarc. W nowszych wypowiedziach twierdzi, że „z rezerwą odnoszę się natomiast do ujmowania konstrukcji tzw. ryzyka «sportowego» jako kontratypu wyłączającego bezprawność, dokładniej – tzw. kontratypu pozaustawowego”. Autor ten wskazuje na możliwość potraktowania ryzyka sportowego w kategoriach legalności pierwotnej, m.in. w przypadku, gdy przepis prawny wyraźnie dozwala na uprawianie danej dyscypliny sportowej oraz gdy sportowiec wyrazi skuteczną prawnie zgodę (np. na naruszenie nietykalności cielesnej, co łączy się immanentnie z określoną dyscypliną) – *Wyłączenie odpowiedzialności karnej za wypadki sportowe*, (w:) J. Majewski (red.), *Okoliczności...*, s. 67–69 oraz 75–76.

²⁸ Por. np. A. J. Szwarc, *Wyłączenie...*, (w:) *ibidem*, s. 67–69 i 75. Autor ten opowiada się za określeniem w ustawie nie tylko czynów zabronionych, ale także okoliczności uchylających bezprawność. Rozwiązanie takie odpowiadałoby bowiem jednoci systemu prawa oraz zasadzie *nullum crimen sine lege*. Zob. także M. Bojarski (red.), *Prawo...*, s. 170.

4. Znamiona i zakres zastosowania „kontratypu zwyczaju”

4.1. Uwagi wprowadzające

W piśmiennictwie²⁹ i orzecznictwie³⁰ zwyczaj zaliczany jest do kontratypów pozaustawowych. W ujęciu słownikowym zwyczaj oznacza: „powszechnie przyjęty, najczęściej uświęcony tradycją sposób postępowania w pewnych okolicznościach, charakterystyczny dla pewnego środowiska, terenu, okresu, itp.”³¹. Podobne rozumienie tego terminu można znaleźć również w piśmiennictwie karnistycznym. Przykładowo wskazuje się, że zwyczaj to: „powszechnie istniejący i akceptowany, przynajmniej na danym terenie, sposób zachowania się wynikający z tradycji”³². Z definicji tych można zatem wysnuć wniosek, że zwyczaj jest kształtowany zależnie od szeregu okoliczności i wynika z pewnej obyczajowości, przyjętego systemu wartości, który naturalnie podlega ewolucji. W przeciwieństwie więc do innych okoliczności kontratypowych, trudno wskazać elementy typowe dla zwyczaju, które miałyby charakter uniwersalny. Możliwe jest jedynie określenie cech zwyczaju dotyczącego danych okoliczności. W tym kontekście nie można zatem mówić o zgeneralizowanej formule „kontratypu zwyczaju”, lecz co najwyżej o „kontratypach opartych na zwyczaju”. Takie ujęcie powoduje jednak, że niezwykle trudno ustalić granice tych kontratypów, które będą wytyczane zależnie od sytuacji, do której zwyczaj miałby zastosowanie. Symptomatyczne jest więc, że autorzy nie wymieniają znamion „kontratypu zwyczaju”, lecz jedynie dość ogólnikowo go definiują i wskazują obszary jego zastosowania.

²⁹ Por. np. I. Andrejew, *Polskie prawo karne w zarysie*, Warszawa 1986, s. 181–182; T. Dukiet-Nagórska (red.), *Prawo karne. Część ogólna, szczególna i wojskowa*, Warszawa 2008, s. 149–150; T. Bojarski, *Polskie prawo karne. Zarys części ogólnej*, Warszawa 2008, s. 181; L. Gardocki, *Prawo karne*, Warszawa 2007, s. 133–134. Możliwość powołania norm zwyczajowych jako podstawy kontratypów pozaustawowych dostrzegł także m.in. M. Cieślak. W przypadku zachowań obrzędowych (np. śmigus-dyngus) twierdził, że kontratyp ten ma charakter względny, tj. uchyla jedynie odpowiedzialność karną. Nie wyłącza zaś możliwości dochodzenia roszczeń odszkodowawczych – *Polskie prawo karne. Zarys systemowego ujęcia*, Warszawa 1994, s. 238.

³⁰ Na możliwość odwołania się do prawa zwyczajowego i zwyczaju jako okoliczności uwalniającej od odpowiedzialności wskazał także Sąd Najwyższy, który już w okresie międzywojennym uzasadniał wyrok następująco: „Moment bezprawności działania tkwi u podstawy każdego przestępstwa, nie może więc być nikomu poczytane za przestępstwo działanie, które nie sprzeciwia się przedmiotowym normom prawa, a raczej «ogólnemu poczuciu prawa», gdyż przy ocenie, czy dane działanie jest bezprawne, należy mieć na względzie całokształt prawa przedmiotowego, a nie tylko karnego, a nawet uświęcone zwyczajem poglądy (prawo zwyczajowe)” – wyrok SN z dnia 27 kwietnia 1938 r., sygn. II K 2010/37, OSN(K) 1938, nr 12, poz. 284.

³¹ M. Szymczak (red.), *Słownik języka polskiego*, t. III, Warszawa 1989, s. 1077; zob. także S. Dubisz (red.), *Uniwersalny słownik języka polskiego*, t. 5, Warszawa 2003, s. 778.

³² M. Gałązka, (w:) A. Grześkowiak (red.), *Prawo karne*, Warszawa 2009, s. 125.

W piśmiennictwie ukształtował się dość jednolity pogląd, że zwyczaj uchyla bezprawność przede wszystkim w przypadku czynów, które wyczerpują znamiona łapownictwa oraz naruszenia nietykalności cielesnej³³. W tym pierwszym przypadku wskazuje się na sytuacje przyjmowania podarków, napiwków i innych podobnych świadczeń. Natomiast druga sfera zastosowania omawianego kontratypu odnoszona jest do zachowań obrzędowych, rytualnych, powiązanych z obchodami różnych świąt i uroczystości.

4.2. Zwyczaj jako kontratyp stosowany przy przestępstwie łapownictwa

Zdaniem przedstawicieli doktryny, wręczanie podarków, np. kelnerom, szatniarzom, lekarzom, nauczycielom, urzędnikom, może odpowiadać znamionom łapownictwa biernego, czyli czynu stypizowanego w art. 228 k.k. Uznaje się, że dla zalegalizowania ich postępowania należy sięgnąć po konstrukcję pozaustawowego kontratypu, jakim jest zwyczaj. Na okoliczność tę powołał się również Sąd Najwyższy, który w wyroku z dnia 29 marca 1938 r.³⁴ orzekł, że: „Przyjęcie korzyści majątkowych w rozumieniu art. 290 § 1 k.k.³⁵ chociażby pobranych w związku z urzędowaniem, tylko wtedy zawiera cechy karalne, jeżeli korzyści te są bezprawne; nie stanowi przeto przestępstwa przyjęcie korzyści majątkowej dozwolonej bądź aprobowanej przez władze przełożone, albo opartej na towarzyskiej uprzejmości lub prawie zwyczajowym (podkr. autora)”.

W piśmiennictwie, podobnie, jak w przypadku innych sytuacji, w których zachowanie ma być legalizowane za pomocą „kontratypu zwyczaju”, jedynie dość ogólnie wskazuje się na jego znamiona.

Za A. Gubińskim można zatem podać, że kontratyp ten nie wystąpi, gdy przyjmujący korzyść jej zażąda, ewentualnie wymusi na dającym tę korzyść. Autor wskazuje ponadto, iż przy ocenie postępowania sprawcy należy uwzględnić także stanowisko, które zajmuje, oraz funkcję, którą pełni. Istotna jest również wartość korzyści. Uogólniając, A. Gubiński twierdził, że „wyłączenie przestępczości następuje wówczas, gdy czyn sprawcy nie narusza

³³ Por. przykładowo: A. Gubiński, Wyłączenie bezprawności czynu (o okolicznościach uchylających społeczną szkodliwość czynu), Warszawa 1961, s. 70–73; I. Andrejew, Polskie..., s. 181; T. Bojarski, Polskie prawo karne. Zarys części ogólnej, Warszawa 2008, s. 181; M. Gałązka, (w:) *ibidem*, s. 125–126; T. Dukiet-Nagórska (red.), Prawo..., s. 149–150.

³⁴ Sygn. I K 2159/37, OSN(K) 1939, nr 2, poz. 31.

³⁵ Sąd odwoływał się do art. 290 kodeksu karnego z 1932 r., który miał następujące brzmienie:

„§ 1. Urzędnik, który w związku z urzędowaniem przyjmuje dla siebie lub innej osoby korzyść majątkową lub osobistą, albo ich obietnicę, bądź też takiej korzyści żąda, podlega karze więzienia do lat 5.

§ 2. Jeżeli sprawca uzależnia czynność urzędową od otrzymania dla siebie lub innej osoby korzyści majątkowej lub osobistej, albo przyjmuje korzyść taką lub jej obietnicę za czynność, która sprzeciwia się lub ma się sprzeciwiać ustawie, podlega karze więzienia do lat 10”.

bądź tylko w nieznacznym stopniu narusza interes społeczny”. Dalej jednak podkreśla, że ujęcie to pozostawia jednak „niezwykle szeroką sferę oceną”³⁶.

Współcześnie granice zwyczaju, legalizującego przyjęcie korzyści majątkowej w warunkach art. 228 k.k., określił m.in. L. Gardocki. Autor ten pisze zatem, że udzielenie korzyści nie może nastąpić na żądanie sprawcy oraz nie może on uzależniać dokonania czynności od otrzymania takiej korzyści. Ponadto, podarek musi być wręczony dopiero po dokonaniu czynności i nie może być uprzednio obiecany. Prezent powinien być wyrazem spontanicznej wdzięczności za załatwienie sprawy, nieprzekraczające uprawnień i kompetencji osoby pełniącej funkcję publiczną. Okoliczności wręczenia prezentu muszą zaś być jawne, czyli następuje to publicznie. Poza tym, wartość prezentu nie może przekroczyć zwyczajowo przyjętych norm³⁷. Ta ostatnia przesłanka jest jednak dość ocenna i sprawia wrażenie *ignotum per ignotum*. Może zatem być mało miarodajna dla określenia znamion omawianego kontratypu.

Bliżej granice między podarkiem a łapownictwem stara się określić także R. Krajewski³⁸. Rozważa więc w szczególności, jaką wartość może mieć prezent, by mieścił się w sferze legalnego wręczenia. Autor podkreśla, że uniwersalne ustalenie takiej granicy wartościowej nie jest możliwe, ale proponuje, by podarek nie przekraczał równowartości 200 zł. Dalej prezentuje jednak wyjątki od tego limitu (np. jeśli prezent jest wręczony w przypadku znacznego i bezinteresownego poświęcenia osoby obdarowanej albo gdy na prezent złoży się wiele osób). R. Krajewski wyklucza jednak przekazywanie pieniędzy, gdyż – jak twierdzi – nie mają one „charakteru symbolicznego”. Taki zaś jest wymagany dla legalności wręczenia podarku. W piśmiennictwie omawia się także warunki dopuszczalności przyjmowania prezentów przez poszczególne grupy zawodowe, a w szczególności lekarzy i inny personel medyczny³⁹.

³⁶ A. Gubiński, Wyłączenie..., s. 72.

³⁷ L. Gardocki, Prawo karne, Warszawa 2007, s. 134.

³⁸ R. Krajewski, Zwyczajowe dowody wdzięczności jako okoliczność uchylająca bezprawność, *Palestra* 2011, nr 1–2, s. 85 i nast.

³⁹ Zob. szerzej R. Kubiak, Podarek czy łapówka? – zakres karnej odpowiedzialności lekarza za łapownictwo bierne, *Medycyna Praktyczna* 2013, nr 2, s. 123–131 i literaturę tam podaną. W celu wyraźnego wytyczenia granic przyjmowania podarków w środowisku lekarskim konstruuje się wykazy przedmiotów, których przyjęcie jest legalne. Przykładowo komisja etyczna działająca przy Okręgowej Radzie Lekarskiej w Katowicach pośród takich upominków wymieniła: kwiaty, książki i inne bibeloty, wyroby rękodzieła wykonane przez osobę wręczającą np. hafty, wytworzone samodzielnie produkty spożywcze, np. własnoręcznie upieczony tort itd. Za: M. Iwański, Zwyczaj jako „okoliczność wyłączająca bezprawność” wręczenia lub przyjmowania prezentów przez pracowników służby zdrowia i nauczycieli, *Czasopismo Prawa Karnego i Nauk Penalnych* 2009, nr 1, s. 220.

Uwzględniając dorobek doktryny, można zatem wskazać następujące przesłanki dopuszczalnego wręczania podarków:

- udzielenie korzyści nie może nastąpić na żądanie sprawcy oraz nie może on uzależniać dokonania czynności od otrzymania takiej korzyści;
- podarek musi być wręczony dopiero po dokonaniu czynności i nie może być uprzednio obiecany;
- prezent powinien być wyrazem spontanicznej wdzięczności za załatwienie sprawy, nieprzekraczające uprawnień i kompetencji osoby pełniącej funkcję publiczną;
- okoliczności wręczenia prezentu muszą być jawne, czyli następuje to publicznie;
- wartość prezentu nie może przekroczyć zwyczajowo przyjętych norm.

Podobny katalog znamion omawianego kontratypu został wskazany także w orzecznictwie sądowym. Sąd Najwyższy w postanowieniu z dnia 26 lutego 1988 r.⁴⁰ określił bowiem następujące warunki legalności wręczania podarków (w omawianej sprawie – nauczycielom):

- 1) świadczenie, dokonywane zbiorowo albo indywidualnie, ma charakter dobrowolny;
- 2) świadczenie to nie wykracza poza przyjęte zwyczajowo ramy;
- 3) podarek jest współmierny do jego symbolicznego wyrazu;
- 4) prezenty mają na celu wyłącznie uznanie oraz wdzięczność za trud nauczycielski.

Częściowo krytycznie odniósł się do tego wyliczenia A. Spotowski. Zakwestionował on bowiem przesłankę celu, jako warunku dopuszczalności wręczania prezentów osobom pełniącym funkcje publiczne. Argumentował bowiem, że wówczas możliwe byłoby dawanie korzyści majątkowych o dużej wartości, co pozostawałoby w sprzeczności z wymogiem dotyczącym symboliczności świadczenia. Zdaniem autora, niewłaściwe jest także włączanie do prezentowanego katalogu warunku działania w granicach zwyczajowo przyjętych. A. Spotowski twierdził bowiem, że „bezwarunkowe uznawanie zwyczaju za kontratyp mogłoby prowadzić do utrwalania zwyczajowych zachowań, które są społecznie szkodliwe i które dlatego należy zwalczać”⁴¹. Wydaje się, że teza ta w odniesieniu do częstości działań korupcyjnych, które mogłyby zostać uznane za swoisty „zwyczaj”, ma szczególnie doniosłe znaczenie. Podnosi się więc, że sama nagminność pewnych zachowań nie może stanowić wystarczającego uzasadnienia dla bezkarności takiego postępowania. Zwyczaje takie mogą być bowiem naganne, kryminogenne, a tym samym niekorzystne dla społeczeństwa, np. branie łapówek przez

⁴⁰ Sygn. VI KZP 34/87, OSNKW 1988, nr 5–6, poz. 40.

⁴¹ A. Spotowski, Glosa do postanowienia SN z dnia 26 lutego 1988 r. (sygn. VI KZP 34/87), Nowe Prawo 1989, nr 2–3, s. 234–236.

urzędników celnych, policjantów itd.⁴². Stąd też A. Gubiński twierdził, że dla uznania legalności postępowania konieczne jest, by państwo akceptowało je i nie stosowało represji.

„Kontratyp oparty na zwyczaju”, legalizujący wręczanie podarków, rodzi jednak także szereg innych wątpliwości. Można mu bowiem postawić te same zarzuty, które występują ogólnie przy wszystkich kontratypach pozaustawowych. Ze względu na to, że nie został on ujęty w żadnej normie prawnej, jest niedookreślony, jego znamiona są wskazywane jedynie w odniesieniu do konkretnych stanów faktycznych, co nie spełnia warunku określoności i typowości kontratypu⁴³. Ponadto, jeśli nawet podaje się przesłanki zwyczaju, to są one ocenne i wysoce nieprecyzyjne. *De facto* więc o wystąpieniu tego kontratypu decydowałby arbitralnie sąd, nie mając miarodajnych podstaw oceny. Zastąpiłby więc ustawodawcę, faktycznie „depenalizując” pewne zachowania.

Pożądane jest więc poszukiwanie innych konstrukcji karnoprawnych, umożliwiających rozstrzygnięcie takich spraw.

Wydaje się, że zaprezentowane w doktrynie przykłady potencjalnego wykorzystania „kontratypu zwyczaju” w przypadku łapownictwa wymagają pewnego uporządkowania. Na wstępie należy przeanalizować omawiane zachowania przez pryzmat znamion czynu stypizowanego w art. 228 k.k.

Na wstępie warto przypomnieć, że przestępstwo łapownictwa jest zaliczane do przestępstw indywidualnych właściwych. Należy więc wydzielić spośród wyliczonych kategorii osób te, które nie mogą być w ogóle sprawcami łapownictwa biernego, gdyż nie pełnią funkcji publicznej (co stanowi znamień przestępstwa opisanego w art. 228 k.k.). Warto przypomnieć, że definicję legalną pojęcia „osoba pełniąca funkcję publiczną” zawiera art. 115 § 19 k.k., który stanowi, że osobą taką jest „funkcjonariusz publiczny, czło-

⁴² M. Surkont, *Łapownictwo*, Warszawa 1999, s. 122. Na kwestię tę zwrócił uwagę także Sąd Apelacyjny w Lublinie (wyrok z dnia 13 października 2009 r., sygn. II AKa 118/09, LEX nr 550536). Uznał on bowiem, że „nie ma w istocie żadnych podstaw faktycznych do prezentowania poglądu, iż obyczaj wynagradzania lekarzy za ratowanie życia lub zdrowia jest powszechnie przyjęty i traktowany jako norma społeczna, skoro lekarz za pracę jest wynagradzany należycie w ramach publicznego systemu ochrony zdrowia w związku ze świadczeniem pracy w jednostkach finansowanych ze środków publicznych”.

⁴³ Jak zaś wyjaśniał W. Wolter, kontratyp, analogicznie jak typ przestępstwa, musi być zgeneralizowany. Musi zatem odnosić się do wielu powtarzalnych zachowań, które pozbawione są społecznej szkodliwości. Na podstawie tych ustaleń można następnie zrekonstruować cechy charakterystyczne kontratypu (jego znamiona). Tak utworzony kontratyp będzie miał zastosowanie do szeregu przypadków i zostanie zdefiniowany na wzór typu czynu zabronionego – O kontratypach i braku społecznej szkodliwości czynu, *Państwo i Prawo* 1963, nr 10, s. 504–506; t e n ż e, *Funkcja błędu w prawie karnym*. Warszawa 1965, s. 58; t e n ż e, *Nauka o przestępstwie*, Warszawa 1973, s. 163. W tym kontekście można – rzecz jasna – raczej mówić o znamionach poszczególnych zwyczajów, a nie generalnie o zwyczaju jako kontratypie.

nek organu samorządowego, osoba zatrudniona w jednostce organizacyjnej dysponującej środkami publicznymi, chyba że wykonuje wyłącznie czynności usługowe, a także inna osoba, której uprawnienia i obowiązki w zakresie działalności publicznej są określone lub uznane przez ustawę lub wiążącą Rzeczpospolitą Polską umowę międzynarodową”. Jeszcze przed wprowadzeniem do Kodeksu karnego tego określenia Sąd Najwyższy uznał, że „dla określenia publicznego charakteru danej funkcji konieczne jest łączne spełnienie dwóch warunków. Po pierwsze źródłem działania określonej instytucji jest przepis prawa publicznego. Po drugie pełnienie funkcji w sferze publicznej wymaga, aby do realizacji tej funkcji w ramach danej instytucji wykorzystywane były środki publiczne”⁴⁴. Nie analizując więc bliżej cech charakteryzujących podmiot pełniący funkcję publiczną, można przyjąć, że osoby przyjmujące tzw. napiwki nie będą należały to tej grupy. Według Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego w Szczecinie, „Napiwek jest zwyczajowo przyjętym, uznaniowym i dobrowolnym świadczeniem pieniężnym, będącym zazwyczaj wyrazem zadowolenia konsumenta z jakości obsługi hotelowej czy gastronomicznej”⁴⁵. Według definicji słownikowej pojęcia napiwek, jest to „datek pieniężny wręczany zwyczajowo za usługę kelnerom, portierom, szatniarzom, tragarzom, posłańcom itp.”⁴⁶. Osoby takie nie pełnią jednak funkcji publicznych, a zatem rozważania na temat kontratypizacji ich postępowania są apriorycznie bezprzedmiotowe. Stanowisko takie zostało przyjęte w judykaturze już w okresie obowiązywania Kodeksu karnego z 1932 r. Przykładowo, Sąd Najwyższy w wyroku z dnia 30 grudnia 1957 r.⁴⁷, orzekł, że „przyjmowanie napiwków przez kelnera lub fryzjera, jakkolwiek może budzić zastrzeżenia, nie uzasadnia odpowiedzialności karnej”. Podobnego zdania był Sąd Najwyższy w wyroku z dnia 6 lipca 1968 r., w którym uznał,

⁴⁴ Wyrok SN z dnia 17 października 2001 r., sygn. IV KKN 191/01, LEX nr 557624. Podobne stanowisko zajął Sąd Apelacyjny w Łodzi. W wyroku z dnia 14 lutego 2001 r. (sygn. II AKA 252/00, Prokuratura i Prawo 2002, dodatek „Orzecznictwo”, nr 7–8, s. 22) uznał bowiem, że „«Funkcję publiczną» natomiast pełnią osoby, które wykonują powierzone im przez instytucje państwowe lub samorządu terytorialnego zadania i przez to uzyskują znaczny wpływ na treść decyzji o charakterze ogólnospołecznym. Cechą wyróżniającą funkcję publiczną jest posiadanie określonego zakresu uprawnień, pozwalających na kształtowanie treści wykonywanych zadań w sferze publicznej”. Dla posiadania omawianej cechy konieczne jest więc wyposażenie danej osoby w kompetencje władcze oraz dysponowanie przez nią środkami publicznymi.

⁴⁵ Wyrok z dnia 8 lipca 2009 r., sygn. I SA/Sz 322/09, LEX nr 570464.

⁴⁶ M. S z y m c z a k (red.), Słownik..., t. II, Warszawa 1988, s. 277; zob. także S. Dubisz, Uniwersalny słownik..., t. 2, Warszawa 2003, s. 1026.

⁴⁷ Sygn. IV K 1057/57, OSNCK 1958, nr 4, poz. 39. Sąd Najwyższy odnosił się do art. 290 Kodeksu karnego z 1932 r., który w § 1 stanowił, że urzędnik, który w związku z urzędowaniem przyjmuje dla siebie lub innej osoby korzyść majątkową lub osobistą, albo ich obietnicę, bądź też takiej korzyści żąda, podlega karze więzienia do lat 5.

że: „zwyczajowe wpłacanie przez konsumentów napiwków i przyjmowania ich przez osoby obsługujące jest w świetle prawa karnego obojętne”⁴⁸.

Trudności sprawiać może natomiast wyjaśnienie podstaw braku odpowiedzialności za przyjęcie prezentu przez podmioty, które zostały zaliczone do kręgu osób pełniących funkcje publiczne, w szczególności lekarzy⁴⁹ i nauczycieli (w tym akademickich⁵⁰). W literaturze wskazuje się, że zachowanie „korupcyjne” takich podmiotów, legalizowane „kontratypem zwyczaju”, może polegać na przyjmowaniu „zwyczajowo przyjętego w danym środowisku wyrazu uznania w postaci kwiatów, słodyczy, a nawet skromnego upominku”⁵¹. W praktyce takie darowizny mogą być jednak trudne do odróżnienia od łapówki. Na okoliczność tę zwrócił uwagę Sąd Najwyższy, który w wyroku z dnia 8 listopada 2005 r. orzekł, iż „darowizna wprawdzie może być również ukrytą formą łapówki i może stanowić korzyść majątkową, ale pod tym warunkiem, że w takim charakterze i z taką intencją została udzielona i przyjęta”⁵². Ustalenia w tym obszarze wymagają zatem każdorazowo zbadania całego kontekstu sytuacyjnego.

Czy w takim jednak wypadku właściwa i jedyna będzie konstrukcja kontratypu pozaustawowego?

Ocenę dopuszczalności wręczania podarków można oprzeć na analizie przedmiotu ochrony omawianego typu przestępstwa. Został on umieszczony w rozdziale XXIX k.k. pt. „Przestępstwa przeciwko działalności instytucji państwowych oraz samorządu terytorialnego”. W oparciu o tytuł rozdziału można zatem przyjąć, że rodzajowym przedmiotem ochrony jest prawidłowe funkcjonowanie tych instytucji i samorządu terytorialnego. Tak też kwestie te rozumiane są w doktrynie. Przykładowo, zdaniem O. Górniok, dobrem chronionym w art. 228 k.k. jest „bezinteresowność osób pełniących funkcje pu-

⁴⁸ Sygn. I KR 249/67, OSNPG 1968, nr 11, poz. 136.

⁴⁹ Przykładowo w uchwale składu 7 Sędziów Sąd Najwyższy przyjął, że „Pełnienie funkcji publicznej, o której mowa w art. 228 § 1 k.k., obejmuje czynności ordynatora w publicznym zespole opieki zdrowotnej, zarówno związane z administrowaniem, jak i udzielaniem świadczeń zdrowotnych wymienionych w art. 2 ustawy z dnia 5 grudnia 1996 r. o zawodzie lekarza (Dz. U. z 1997 r., Nr 28, poz. 152 ze zm.) oraz w art. 3 ustawy z dnia 30 sierpnia 1991 r. o zakładach opieki zdrowotnej (Dz. U. Nr 91, poz. 408 ze zm.) – finansowanych ze środków publicznych” (uchwała z dnia 20 czerwca 2001 r., sygn. I KZP 5/01, OSNKG 2001, nr 9–10, poz. 71). Podobnie, Sąd Apelacyjny we Wrocławiu zaliczył do grona osób pełniących funkcje publiczne lekarzy zatrudnionych „w publicznej lub niepublicznej placówce służby zdrowia” (por. wyrok z dnia 16 grudnia 2009 r., sygn. II AKa 373/09, Prokuratura i Prawo 2010, dodatek „Orzecznictwo”, nr 11, s. 14).

⁵⁰ Por. postanowienie SN z dnia 25 czerwca 2004 r., sygn. V KK 74/04, OSNKG 2004, nr 7–8, poz. 79. Sąd uznał w nim, iż „zachowanie nauczyciela akademickiego, związane z wykonywaniem przez niego obowiązków o jakich mowa w art. 99 ustawy z dnia 12 września 1990 r. o szkolnictwie wyższym (...), stanowi realizację jednego z konstytucyjnych zadań państwa (art. 70 ust. 1 Konstytucji RP) i spełnia kryterium pełnienia funkcji publicznej”.

⁵¹ I. Andrzejew, Polskie..., s. 181.

⁵² Sygn. WA 30/05, OSNWSK 2005, nr 1, poz. 2018.

bliczne i zaufanie społeczne do rzetelności działań instytucji państwowych i samorządu terytorialnego”⁵³. Podobne stanowisko zajmuje A. Zoll, twierdząc, że wartością atakowaną w wyniku przestępstwa łapownictwa jest „zaufanie obywateli do organów państwowych i samorządowych”, a zwłaszcza zaufanie, że „przy podejmowaniu decyzji kierują się wyłącznie obowiązującymi przepisami prawa”⁵⁴. Także w orzecznictwie Sądu Najwyższego można spotkać podobną definicję przedmiotu ochrony omawianego czynu. Na przykład w wyroku z dnia 7 października 1980 r., Sąd ten uznał, że „przedmiotem ochrony art. 239 k.k.”⁵⁵ jest nie tylko prawidłowość funkcjonowania instytucji państwowych i społecznych, ale także bezinteresowność tego funkcjonowania i dobre imię tych organów, reprezentowanych przez osoby pełniące w nich konkretne funkcje”⁵⁶.

Jeśli zatem zachowanie polegające na wręczeniu podarku nie może wpłynąć na rzetelność i bezstronność postępowania osoby pełniącej funkcję publiczną, nie wystąpi atak na dobro chronione w art. 228 k.k. Tym samym norma ta nie zostanie zaktywowana, a więc zachowanie to będzie prawne od początku – niejako pierwotnie legalne. Dla usprawiedliwienia czynu nie ma wówczas potrzeby sięgania po mechanizm kontratypowy.

Ponadto ustalenie, że dana osoba posiada cechę, o której mowa w art. 228 k.k., jest dopiero pierwszym warunkiem jej odpowiedzialności. Należy bowiem wykazać – co oczywiste – że zrealizowane zostały pozostałe znamiona istoty czynu. W omawianym kontekście należy więc rozważyć, czy przyjęcie określonego podarku mieści się w pojęciu „korzyści majątkowej lub osobistej”, stanowiącego znamię omawianego przestępstwa. Nie analizując szerzej tego terminu, warto jedynie nadmienić, że w literaturze można spotkać pogląd, iż świadczenie, które ma charakter symboliczny, nie może być potraktowane jako „przyrost majątkowy”, warunkujący istnienie „korzyści” majątkowej, o której mowa w art. 228 k.k.⁵⁷. W takim ujęciu przyjęcie kwia-

⁵³ O. Górniok, (w:) A. Wąsek (red.), Kodeks karny. Część szczególna, Komentarz, t. II, Warszawa 2004, s. 50.

⁵⁴ A. Zoll, (w:) A. Zoll (red.), Kodeks karny. Część szczególna. Komentarz, t. 2, Kraków 1999, s. 747.

⁵⁵ Sąd rozstrzygał sprawę w oparciu art. 239 Kodeksu karnego z 1969 r. Brzmienie tego przepisu było następujące:

„§ 1. Kto w związku z pełnieniem funkcji publicznej przyjmuje korzyść majątkową lub osobistą albo ich obietnicę, podlega karze pozbawienia wolności od 6 miesięcy do lat 5.

§ 2. Kto, pełniąc funkcję publiczną, uzależnia czynność służbową od otrzymania korzyści lub takiej korzyści żąda, podlega karze pozbawienia wolności od roku do lat 10.

§ 3. Karze przewidzianej w § 2 podlega także ten, kto pełniąc funkcję publiczną, przyjmuje korzyść lub jej obietnicę za czynność stanowiącą naruszenie przepisu prawa”.

⁵⁶ Sygn. III KR 269/80, OSNPG 1981, nr 6, poz. 70.

⁵⁷ Z. Cwiakałski, A. Zoll, Przegląd orzecznictwa z zakresu części szczególnej prawa karnego materialnego (II półrocze 1988 r. – I półrocze 1991 r.), Przegląd Sądowy nr 5, 1993, s. 76. A. Zoll wskazuje, że „Nie stanowią korzyści majątkowej, w sensie art. 115 § 4, zwy-

tów, czekoladek lub poczęstunku herbatą nie będzie odpowiadało istocie czynu, a więc będzie legalne pierwotnie.

Dla poniesienia odpowiedzialności konieczne jest poza tym istnienie powiązania między pełnioną funkcją a przyjęciem korzyści⁵⁸. Stąd też w piśmiennictwie przyjmuje się, że znamiona czynu stypizowanego w art. 228 k.k. nie zostaną wyczerpane, gdy osoba pełniąca funkcję publiczną co prawda przyjmie korzyść majątkową, ale w związku z załatwieniem komuś prywatnie sprawy⁵⁹. Nie ma więc potrzeby rozważać zastosowania „kontratypu zwyczaju” w sytuacji, gdy nauczyciel lub lekarz zostanie obdarowany prezentem na uroczystości rodzinnej.

Bardziej problematyczne jest ustalenie granic i uzasadnienia legalności przyjęcia korzyści majątkowej lub osobistej w związku z pełnioną funkcją publiczną. Wydaje się, że podstaw dopuszczalności takich działań można poszukiwać, odwołując się do aksjologicznego elementu normy albo też do braku (znikomości) społecznej szkodliwości czynu. Do kwestii tej będzie można wrócić po omówieniu drugiej sytuacji, w której autorzy powołują się na „kontratyp zwyczaju”, a mianowicie w przypadku obrzędów, których następstwem jest naruszenie lub narażenie dóbr prawnych.

4.3. „Kontratyp oparty na zwyczaju” jako podstawa legalności czynności obrzędowo-rytualnych

„Kontratyp oparty na zwyczaju” jest wskazywany często dla legalizacji zachowań podejmowanych w związku z obchodami różnych tradycyjnych uroczystości, np. religijnych lub wynikających z obyczaju kultuowanego w danym regionie i środowisku. W szczególności obrazowe są tzw. obrzędy

czajowo przyjęte i nie pozostające w sprzeczności z zasadami etycznymi, którymi powinno się kierować dane środowisko, dobrowolne wyrazy wdzięczności w postaci kwiatów lub drobnych upominków” – A. Z o l l, (w:) K. B u c h a ł a, A. Z o l l, Kodeks karny. Część ogólna. Komentarz do art. 1–116, t. 1, Kraków 2000, s. 627. Podobnie J. M a j e w s k i, (w:) A. Z o l l (red.), Kodeks..., s. 1412. Analogiczne stanowisko można spotkać także w judykaturze. W uzasadnieniu postanowienia z dnia 26 lutego 1988 r. (sygn. VI KZP 34/87, OSNKW 1988, nr 5–6, poz. 40) Sąd Najwyższy wskazał bowiem, że „nie stanowi korzyści majątkowej świadczenie takich przedmiotów, które tylko symbolicznie wyrażają wdzięczność ofiarodawcy i mają wartość pieniężną nie przekraczającą takiego symbolu. W tym zakresie zatem nie ma potrzeby dokonywania zasadniczej wykładni ustawy”. Krytykę tego poglądu zob. M. I w a Ń s k i, Zwyczaj..., s. 200–201.

⁵⁸ Por. wyrok SN z dnia 1 marca 1975 r. (sygn. II KR 325/74, LEX nr 21665). W orzeczeniu tym Sąd uznał, że „nie stanowi łapownictwa biernego przyjęcie przez osobę piastującą funkcję publiczną korzyści za spełnienie czynności, która nie wchodzi w zakres jej kompetencji. W takim wypadku nie zachodzi bowiem „związek z pełnieniem funkcji publicznej” stanowiący znamię przestępstw z art. 349–240 k.k.”. Zob. także wyrok SN z dnia 12 czerwca 1980 r., sygn. I KR 99/80, OSNKW 1980, nr 12, poz. 93 oraz A. M a r e k, Kodeks karny, wyd. 5, Warszawa 2010, s. 504.

⁵⁹ Por. np. A. K a m i e Ń s k i, (w:) O. G ó r n i o k (red.), Kodeks karny. Komentarz, Warszawa 2004, s. 687.

i rytuały wiosenne, które łączą się z zakończeniem zimy i Świątami Wielkiej Nocy. Zagadnienie „kontratypów wiosennych” było omówione m.in. przez J. Warylewskiego⁶⁰ oraz A. Zachutę⁶¹. Autorzy ci prezentują zachowania obyczajowe, które mają miejsce w okresie wiosennym, a które mogą wyczerpywać znamiona przestępstw albo wykroczeń. W grupie tej mieści się np. zwyczaj topienia Marzanny, które może być uznane za czyn przeciwko środowisku; śmigus–dyngus, który skutkuje naruszeniem nietykalności cielesnej, zniszczeniem mienia, a także niekiedy naruszeniem miru domowego, oraz obyczaje związane z tzw. nocą świętojańską, które mogą spowodować pożar albo jego niebezpieczeństwo⁶². Dość „inwazyjny” jest zwyczaj tzw. Siuda Baba, który polega na wymuszaniu datków pod groźbą wychłostania batem lub pomazania ciała i odzieży sadzą. Podobnie „agresywne” są tzw. zapusty, mające miejsce w przeddzień środy popielcowej. W ich trakcie panny, które nie wyszły za mąż w okresie karnawału, są zmuszane do ciągnięcia kloca drewna do domu kolejnej „starej panny”. Postępowanie takie może być kwalifikowane jako np. stosowanie groźby karalnej, zmuszanie do określonego zachowania, a nawet rozbój. Niektóre czynności wykonywane w związku ze zwyczajem mogą być uznane za przestępstwo przeciwko zwierzętom (np. zrzucanie z wieży kościelnej garnka, w którym umieszczano kota). Do grupy zwyczajów można także zaliczyć głośnie zachowania związane z danymi uroczystościami – np. świętowanie Nocy Sylwestrowej, zwycięstw drużyny piłkarskiej itd. Takie działania mogą formalnie wyczerpywać znamiona niektórych wykroczeń, gdyż godzą w porządek i bezpieczeństwo publiczne. Wśród obrzędowych zwyczajów wskazuje się także na *prima aprilis*, który polega na wprowadzeniu w błąd. Postępowanie takie ma realizować istotę oszustwa, czyli czynu stypizowanego w art. 286 k.k., albo też oszustwa komputerowego, opisanego w art. 287 k.k.⁶³. Wydaje się jednak, że zachowanie w ramach tego obyczaju nie może skutkować odpowiedzialnością karną za powołane przestępstwa, gdyż do znamion oszustwa należy cel, jakim jest osiągnięcie korzyści majątkowej lub wyrządzenie szkody. Poza tym, wśród znamion strony przedmiotowej oszustwa z art. 286 k.k. znaj-

⁶⁰ J. Warylewski, Kontratypy wiosenne, Palestra 1999, nr 7–8, s. 24–35. Autor proponuje, by kontratypy te określać mianem „cyklicznych”, gdyż mogą one mieć zastosowanie tylko w określonym czasie (najczęściej tylko podczas jednego dnia w roku).

⁶¹ A. Zachuta, Czy istnieją „wiosenne kontratypy”, Edukacja Prawnicza 2006, nr 4.

⁶² Obrzęd ten ma miejsce w nocy 24 czerwca. Polega on m.in. na krzesaniu ognia, który następnie jest roznoszony po domach. Do ogniska wsypuje się różne zioła, a uczestnicy obrzędu skaczą przez ogniska i przepędzają przez nie bydło; podano za: W. Kopaliński, Słownik mitów i tradycji kultury, Warszawa 1987, s. 759.

⁶³ Zdaniem J. Warylewskiego, do zrealizowania znamion tego czynu mogłoby dojść w sytuacji, gdyby pokrzywdzony, wprowadzony w błąd *prima aprilis*owym komunikatem o wystąpieniu wirusa komputerowego, dokonałby zniszczenia swych danych informatycznych (np. formatując dysk) – Kontratypy..., s. 26.

duje się doprowadzenie innej osoby do niekorzystnego rozporządzenia własnym lub cudzym mieniem. W trakcie „oszustw” *prima aprilis*owych nie chodzi zaś do realizacji takich znamion, a „sprawca” nie działa w celu osiągnięcia korzyści majątkowej lub wyrządzenia szkody. Biorąc pod uwagę, że kontratyp ma sens tylko wówczas, gdy dojdzie do wyczerpania znamion typu, mówienie w takich okolicznościach o „kontratypie zwyczaju” jest bezprzedmiotowe.

W pozostałych z przedstawionych obyczajów faktycznie może jednak dojść do zrealizowania istoty czynu i naruszenia dobra prawnego. Wówczas dla zalegalizowania postępowania może być powołany „kontratyp oparty na zwyczaju”. W literaturze wskazuje się elementy konstrukcyjne takiego kontratypu. Przykładowo, zachowania objęte obyczajem nie mogą powodować zagrożenia dla istotnych dóbr prawnych (np. życia) i ograniczone są jedynie do osób pozostających w relacjach rodzinno-towarzyskich, w których akceptuje się takie postępowanie, traktując jako zabawę⁶⁴. Poza tym w doktrynie podnosi się, że zachowania takie „nie powinny przekraczać społecznie akceptowanych granic”⁶⁵.

Czy jednak można, bazując na bliżej nieokreślonym kontratypie, usprawiedliwiać takie postępowanie? Zagadnienie to nabiera współcześnie szczególnego znaczenia. Warto bowiem podkreślić, że omówione zwyczaje przybierają niejednokrotnie nieakceptowalne rozmiary. Jako przykład można choćby podać polewanie wodą w ramach śmigusa–dyngusa pasażerów środków komunikacji miejskiej lub wylewanie z wysokich budynków wody na przechodniów. Wypaczane są również huczne obchody różnych uroczystości, np. Nocy Sylwestrowej, połączone np. z detonacją petard.

Na wstępie można rozważyć, czy tradycyjnie pojmowany „kontratyp zwyczaju” odpowiada założeniom koncepcji kontratypów, przyjętej w opracowaniu, tj. kolizji dóbr i opłacalności poświęcenia jednego z nich. Najpierw należy więc zidentyfikować dobra, które są sobie przeciwstawiane. Z jednej strony można wskazać na dobra narażone lub naruszone w wyniku postępowania realizowanego w ramach zwyczaju. Mogą one mieć wymiar indywidualny, np. w wypadku naruszenia nietykalności cielesnej, sfery wolności, zniszczenia mienia, a także zbiorowy, np. przy zakłócaniu porządku publicznego. Trudniej jednak ustalić dobra ratowane (zachowywane). Zagadnienie to wymaga bowiem określenia przyczyn, dla których kultywowane są zwyczaje, rytuały, obyczaje. Jakie korzyści płyną z takich zachowań? Problematyka ta jest przedmiotem rozważań głównie na płaszczyźnie socjologicznej i antropologicznej. W nauce socjologii zwyczaj kojarzony jest z rytuałem, który stanowi kluczowe pojęcie zwłaszcza w badaniach z zakresu antropologii i so-

⁶⁴ T. Dukiet-Nagórska (red.), *Prawo...*, s. 149; I. Andrejew, *Polskie...*, s. 182.

⁶⁵ M. Surkont, *Prawo karne*, Bydgoszcz–Gdynia 2001, s. 121.

cjologii kultury. W dziedzinach tych opracowano więc różnorakie teorie wyjaśniające znaczenie rytuału. Podaje się, że jego funkcją jest komunikowanie, potwierdzanie i symboliczne odgrywanie porządku społecznego. Służy on także odbudowywaniu „solidarności społecznej zaburzonej w wyniku kryzysu”, np. wskutek śmierci (rytuały związane z pochówkiem). Zdaniem niektórych autorów, rytuały pozwalają także na „kanalizowanie napięć społecznych”, umożliwiają ich rozładowywanie, wyrażenie emocji i pragnień. Na przykład podczas karnawału zostają zawieszane pewne normy (obyczajowe, moralne), co pozwala na podejmowanie działań odbiegających od wymaganych wzorów („eksperymentowanie”). Z kolei takie zachowania służą rozwojowi i generują zmiany. Rytuał więc nie tylko utrzuca więzi społeczne, ale również jest katalizatorem rozwoju społeczeństw. „Ludzie uczestniczący w rytuale mogą, jak w teatrze, przeżyć inny, lepszy świat i zechcieć go wprowadzić w życie poza sferą rytuału”⁶⁶. Uczestniczenie w działaniach rytualnych umacnia także poczucie solidarności i więzi emocjonalne (np. podczas spotkań rodzinnych i zgromadzeń różnych grup społecznych)⁶⁷. Zachowania objęte zwyczajem realizowane podczas rytuału spajają więc grupę, pozwalają jednostce na identyfikowanie się z nią, kształtują postawy patriotyczne, a nawet nacjonalistyczne. „Rytuał jest więc konieczny dla ładu społecznego. Stanowi symboliczny środek nadawania osobowości kształtu społecznego poprzez włączanie woli w porządek wszystkiego, co społeczne”. Ten element akcentuje jednak prymat wartości społecznych nad dobrami jednostki. Jak twierdził E. Durkheim, „rytuał należy do świętej sfery życia – jak wszystko, co służy potwierdzeniu nadrzędności społeczeństwa wobec jednostki”⁶⁸. Niewątpliwie więc zwyczaje i łączące się z nimi rytuały odgrywają istotną rolę w życiu każdego człowieka w sferze społecznej, przynależności do danej grupy, spojonej wspólną tradycją. Za takim znaczeniem zwyczaju opowiada się także J. Warylewski. Twierdzi on bowiem, że „zachowanie zwyczajów związanych z kulturą, a nawet mitologią, będących tą częścią, która decyduje również o tożsamości narodowej, wymaga niekiedy poświęcenia pewnych dóbr o charakterze indywidualnym”⁶⁹.

Można mieć jednak wątpliwość, czy wymienione wartości, jakie mogą być osiągnięte przy pomocy kultywowania zwyczaju i wykonywania działań rytualnych, są możliwe do osiągnięcia jedynie przez poświęcenie dóbr jednostki oraz czy takie poświęcenie byłoby społecznie opłacalne. Udzielenie odpowiedzi na takie pytania wymaga ustalenia hierarchii wartości dóbr jednostki i zbiorowych (społecznych). Wydaje się, że we współczesnych demokra-

⁶⁶ Z. Bokszański i in., *Encyklopedia socjologii*, t. 3, Warszawa 2000, s. 355–357.

⁶⁷ E. W. Rothenbuhler, *Komunikacja rytualna. Od rozmowy codziennej do ceremonii medialnej*, Warszawa 2003, s. 61.

⁶⁸ Z. Bokszański i in., *ibidem*, s. 356.

⁶⁹ J. Warylewski, *Kontratypy...*, s. 32.

ciach, afirmujących prawa człowieka, w tym jego wolność i autonomię, nie można akceptować naruszenia jego dóbr dla uzyskania wartości, które łączą się z zachowaniami zwyczajowymi. Poczucie przynależności społecznej, solidarności i spójności grupy nie może uzasadniać naruszania dóbr innej osoby. Jak bowiem podnosi się w literaturze socjologicznej, „symboliczna forma rytuału wymaga akceptacji jednostki (...), a sprzeciw nie pociąga za sobą rozlewu krwi”⁷⁰. W takim ujęciu zachowania objęte „zwyczajem” nie spełniają warunków teorii kontratypów. Uzasadnienia ich dopuszczalności należy zatem poszukiwać w innych konstrukcjach karnoprawnych.

Wydaje się, że w przedstawionych sytuacjach należy odróżnić przypadki, gdy dochodzi do ataku na dobro indywidualne i zbiorowe (społeczne). W tej pierwszej sytuacji okolicznością powodującą brak odpowiedzialności jest zgoda dysponenta dobrem. Jak bowiem wcześniej ustalono, wyrażenie skutecznej prawnie zgody powoduje, że choć może dojść do naruszenia (naruszenia) obiektu czynu, to nie ma ataku na dobro prawne, który warunkuje bezprawność. Jeśli zatem osoba akceptuje naruszenie sfery jej wolności, ewentualnie cielesności (np. poprzez oblanie wodą w związku ze śmigusem–dyngusem), nie dochodzi do zachowania bezprawnego⁷¹. W konsekwencji nie ma potrzeby sięgania po usprawiedliwienie kontratypowe. Za taką tezę przemawia również fakt, iż większość czynów, do popełnienia których może dojść w wyniku „zwyczajowych” zachowań w omawianych sytuacjach, jest ścigana w trybie prywatnoskargowym albo wnioskowym. Wynika z tego, że ustawodawca pozostawia decyzję o ściganiu w rękach pokrzywdzonego, który może zrezygnować ze ścigania, jeśli uzna, że jego dobro nie zostało naruszone⁷². Inaczej przedstawia się sytuacja, gdy nie tylko dochodzi do naruszenia obiektu czynu, ale również dobra prawnego. Pozostając przy przykładzie z polewaniem wodą, gdy osoba zmoczona nie zgadza się na takie zachowanie. Wówczas należy uznać, że czyn taki jest bezprawny i po spełnieniu pozostałych ogólnych i szczególnych znamion przestępstwa może skutkować odpowiedzialnością karną (np. na podstawie art. 217 k.k.).

Jeśli natomiast dane „zwyczajowe” zachowanie atakuje dobro ogólne, np. porządek publiczny, należy poszukiwać uzasadnienia braku odpowiedzialności w innej konstrukcji. Może ona mieć zastosowanie zarówno w przypad-

⁷⁰ E. W. Rothenbuhler, *Komunikacja...*, s. 160.

⁷¹ Na zgodę dysponenta dobrem jako okoliczność powodującą legalność omawianych zachowań wskazuje np. L. Gardocki. Uważa on, że polewanie wodą w ramach śmigusa–dyngusa nie będzie powodowało odpowiedzialności za naruszenie nietykalności cielesnej, gdy osoby uczestniczące w takim procederze wyrażą zgodę na tę zabawę – *Prawo...*, s. 134.

⁷² Na zależność między trybem ścigania oraz relewantnością zgody dysponenta dobrem wskazywał m.in. A. Marek. Pisał on bowiem, że: „jeżeli ustawodawca pozostawił w ręku pokrzywdzonego inicjatywę odnośnie do ścigania, to domniemywać należy, że i dysponowanie danym dobrem zależy od woli jednostki” – *Prawo karne*, Warszawa 2001, s. 186.

ku zachowań „obrzędowych”, jak i omówionego wcześniej przestępstwa łapownictwa. Godzi ono bowiem również w wartości zbiorowe.

W przypadku takich dóbr uzasadnienia legalności można poszukiwać w:

- aksjologicznym aspekcie normy prawnej,
- koncepcji tzw. społecznej adekwatności,
- braku społecznej szkodliwości zachowania (albo w znikomym jej stopniu).

Analizowane zagadnienie można rozważać z punktu widzenia pojęcia normy prawnej. Może ona być bowiem rozumiana jedynie jako wyraz woli ustawodawcy. Jednakże takie ujęcie, charakterystyczne dla ustrojów totalitarnych, należy zakwestionować. Ustalając normę, trzeba bowiem wziąć pod uwagę jej aspekt aksjologiczny i teleologiczny. Określony zakaz istnieje nie dlatego, że tak zdecydował ustawodawca, lecz ponieważ zachowanie sprzeczne z tym zakazem jest negatywnie oceniane (element aksjologiczny). Należy zatem go unikać (element teleologiczny). Zdaniem A. Zolla, warunkiem wartościowania zachowania i ustalenia jego negatywnej oceny jest uprzednie wskazanie wartości pozytywnej, pożądanego stanu rzeczy. Naturalnie ocena ta będzie zrelatywizowana do systemu aksjologicznego przyjętego w danej społeczności. Należy więc ustalić, jakie wartości są cenne dla społeczeństwa (tzw. dobra społeczne). Z kolei ustawodawca, bazując na tej ocenie, może uznać, że dane dobro wymaga ochrony prawnej (dobro prawne). Naruszenie takiego dobra (ewentualnie jego narażenie) jest oceniane negatywnie, gdyż jest szkodliwe⁷³. Jeśli jednak społeczeństwo toleruje określone zachowanie, to mimo że może ono odpowiadać formalnemu zakazowi, nie będzie wartościowane negatywnie. Jak bowiem pisze A. Zoll: „Ten brak posłuchu (dla normy – uwaga Autora) jest w ocenie czynu czymś wtórnym, pierwotnym elementem jest ujemna ocena czynu oparta na ustaleniu stosunku tego czynu do dóbr mających społeczną wartość. Ujemna wartość czynu wyraża się przede wszystkim w przekraczającym ramy społecznej tolerancji zagrożeniu dobra, a nie w niepodporządkowaniu się woli ustawodawcy”⁷⁴. Zachowania zwyczajowe, akceptowane i tolerowane społecznie nie są więc negatywnie oceniane, nie uznaje się je za szkodliwe. Nie następuje zatem atak na wartość społeczną, a tym samym dobro prawne. W konsekwencji nie aktywizuje się norma sankcjonująca. Zachowanie jest zaś „pierwotnie legalne”. Nie ma zatem potrzeby (ani też możliwości) sięgania po konstrukcję kontratypu.

W doktrynie niemieckiej niektórzy autorzy w podobnych okolicznościach odwołują się do koncepcji tzw. społecznej adekwatności. Konstrukcję tę wprowadził H. Welzel, który wskazywał, że prawo karne nie może zabraniać

⁷³ A. Zoll, O normie prawnej z punktu widzenia prawa karnego, *Krakowskie Studia Prawnicze* 1990, t. XXIII, s. 77–79.

⁷⁴ Tamże, s. 81–82.

wszelkich działań stwarzających zagrożenie dla dóbr prawnych. Taki zakaz spowodowałby bowiem, że dobra prawne straciłyby swe użytkowe, społeczne znaczenie. Norma prawna może więc chronić dobra tylko przed pewnymi niebezpieczeństwami. Ochrona ta nie może zaś ograniczać takich zachowań, które choć niebezpieczne, są społecznie akceptowane, gdyż realizuje się w nich życie społeczne. Są zatem społecznie adekwatne. Pomimo więc, że dane postępowanie może formalnie odpowiadać opisowi czynu zabronionego, to merytorycznie zachowanie to nie odpowiada istocie czynu. Nie mogą bowiem zostać zakazane takie zachowania, które mieszczą się w społecznie akceptowanym obszarze. H. Welzel podkreślał jednak, że dla oceny owej adekwatności nie jest wystarczająca powtarzalność takich zachowań (np. nagminność przyjmowania łapówek), lecz powszechne społeczne przekonanie, że postępowanie takie jest potrzebne i właściwe⁷⁵.

Podobne stanowisko zajmuje G. Jakobs. Wskazuje on, że niekiedy zachowania cechujące się stworzeniem zagrożenia dla dobra prawnego (a nawet skutkujące jego naruszeniem) są społecznie tolerowane. Posiadają pewną historyczną legitymację i niejako przez przyzwyczajenie są oceniane pozytywnie, a zatem są społecznie adekwatne⁷⁶.

Aksjologiczne ujęcie normy karnoprawnej może jednak budzić pewne wątpliwości, które zostały wyeksponowane przez R. Zawłockiego⁷⁷. Autor zauważa m.in., że koncepcja ta prowadzi do możliwości weryfikacji woli ustawodawcy przez sąd. Jego zadaniem jest zaś ocena okoliczności naruszenia dobra prawnego, a nie ustalenie, czy do naruszenia takiego doszło. Poza tym odwołanie się do reguł tolerancji społecznej jest wysoce nieprecyzyjne i może prowadzić do dokonywania oceny zachowania bardziej pod naciskiem opinii publicznej niż w oparciu o aksjologiczne aksjomaty. Takie zaś postępowanie jest niebezpieczne, gdyż prawo karne może wówczas być potraktowane instrumentalnie (zastosowanie danej normy byłoby bowiem uwarunkowane chęcią pozytywnej odpowiedzi na doraźne oczekiwania społeczeństwa). Autor akcentuje także, że posłużenie się konstrukcją reguł społecznej tolerancji zakłada znajomość dóbr prawnych przez społeczeństwo. W rzeczywistości członkowie społeczeństwa znają zaś tylko podstawowe dobra. Argumentuje także, iż brak jest powszechności takich reguł, lecz są one relatywizowane *de facto* do określonej grupy społecznej. Mimo tych uwag krytycznych R. Zawłocki dostrzega zalety omawianej koncepcji. Wskazuje, że takie zapatrywanie pozwala na uwzględnienie dynamicznie zmienia-

⁷⁵ Zob. R. Dębicki, Pozaustawowe znamiona przestępstwa. O ustawowym charakterze norm prawa karnego i znamionach typu czynu zabronionego nie określonych w ustawie, Łódź 1995, s. 147.

⁷⁶ G. Jakobs, Strafrecht. Allgemeiner Teil, Berlin–New York 1991, s. 200–201.

⁷⁷ R. Zawłocki, Pojęcie i funkcje społecznej szkodliwości czynu w prawie karnym, Warszawa 2007, s. 246–251.

jących się ocen społecznej szkodliwości i odnoszenie ich do aktualnych potrzeb społecznych i wynikających z nich wzorców zachowań. Podkreśla także, że stanowisko takie pozwala na powiązanie reguł tolerancji społecznej z aksjologią stosunków społecznych, a tym samym z uzasadnieniem karalności danego zachowania. Reakcja karnoprawna może bowiem wystąpić, gdy dojdzie do zachowania naruszającego daną wartość społeczną⁷⁸. Jeśli zatem w ocenie społecznej dane zachowanie będzie cechować się brakiem społecznej szkodliwości ewentualnie jej znikomym stopniem, to nie będzie stanowiło przestępstwa. Można zatem powiązać omawianą koncepcję z materialnym elementem przestępstwa i wykorzystać go przy ocenie legalności zachowań objętych „zwyczajem”⁷⁹. Jednakże w takim ujęciu należałoby przyjąć, że zachowania realizowane w ramach zwyczaju wyczerpują znamiona czynu zabronionego. Słusznie bowiem zauważa M. Iwański, że w polskiej doktrynie karnoprawnej uznaje się, iż element karygodności jest badany na końcu, po uprzednim ustaleniu występowania pozostałych elementów struktury przestępstwa (a więc również jego znamienności)⁸⁰. Opierając się jednak na tym rozwiązaniu, trzeba by przyjąć, że uchylenie odpowiedzialności następowałoby w oparciu o ustalenie braku społecznej szkodliwości czynu (ewentualnie wystąpienie jej znikomego stopnia). Ocena materialnego elementu przestępstwa, dokonywana przez pryzmat elementów wymienionych w art. 115 § 2 k.k. (np. rodzaj i charakter naruszonego dobra, rozmiary wyrządzonej lub grożącej szkody, sposób i okoliczności popełnienia czynu, postać zamiaru, motywację sprawcy), musi uwzględniać zapatrywania społeczne na karygodność danego zachowania. Pozwoli więc na dostosowanie oceny do aktualnego systemu aksjologicznego i progu wrażliwości przyjętego w danym społeczeństwie. Co ma szczególne znaczenie w przypadku zachowań „obrzędowo-obyczajowych”. Ich akceptacja może bowiem ulegać zmianie w zależności od kontekstu dziejowego, przyjętych i modyfikowanych wzorów kulturowych itp.⁸¹. Oczywiście, sąd nie uniknie w takich okolicznościach dokonywania wartościowania. Jest to jednak naturalna konsekwencja wprowadzenia do struktury przestępstwa elementu materialnego, który musi być uwzględniany podczas orzekania. Wydaje się, że odwołanie się do konstruktu społecznej szkodliwości jest jednak bardziej zobiektywizowane niż sięganie po bliżej nieokreślony pozaustawowy „kontratyp zwyczaju”. Na gruncie polskiego Kodeksu karnego zostały bowiem skonkretyzowane kryteria oceny stopnia karygodności, co pozwoli na ograniczenie trudności zwią-

⁷⁸ R. Zawłocki, *Pojęcie...*, s. 245–246.

⁷⁹ Na możliwość wykorzystania tej konstrukcji wskazuje np. M. Gałązka, pisząc, iż „podstawą wyłączenia odpowiedzialności karnej jest tutaj znikomy stopień społecznej szkodliwości czynów”, (w:) A. Grześkowiak (red.), *Prawo...*, s. 125.

⁸⁰ M. Iwański, *Zwyczaj...*, s. 202.

⁸¹ Na kwestię tę zwracał uwagę m.in. A. Gubiński, *Wyłączenie...*, s. 73.

zanych z nieostrością kryteriów oceny tego elementu⁸². Ponadto, w orzecznictwie⁸³ i piśmiennictwie⁸⁴ istnieją liczne wskazówki pozwalające na dokonanie prawidłowej oceny stopnia społecznej szkodliwości. W tym wypadku więc wystąpi mniejsze niebezpieczeństwo dowolności wartościowania, które jest realne w przypadku powoływania się na „kontratyp zwyczaju”. Wskazywane obecnie cechy kontratypu zwyczaju mogą zostać więc wykorzystane dla oceny stopnia społecznej szkodliwości, np. okoliczności wręczenia prezentu i jego wartość, stopień naruszenia obowiązków przez osobę pełniącą funkcję publiczną itd. Jednakże z istoty tej konstrukcji może ona mieć zastosowanie jedynie wyjątkowo, gdy dane zachowanie wyczerpie znamiona czynu, lecz będzie cechować się w konkretnym przypadku szczególnie niską społeczną szkodliwością. Rozwiązanie to nie może zatem zastąpić „kontratypu zwyczaju”, który był konstruowany abstrakcyjnie, dla pewnej klasy zachowań. W tym zakresie korzystniejsze jest więc sięgnięcie po uzasadnienie „pierwotnej legalności”, która niejako na wstępie oceny karnoprawnej pozwoli na ustalenie braku odpowiedzialności.

5. Zagadnienia procesowe

Na zakończenie warto jeszcze wspomnieć o zagadnieniach procesowych, tj. wskazaniu podstawy odmowy wszczęcia bądź umorzenia postępowania karnego w przypadku czynów mieszczących się w granicach zwyczaju. Wydaje się, że ustalenie takiej podstawy będzie zróżnicowane w zależności od dokonanych ustaleń teoretycznych i faktycznych. W przypadku, gdy dane zachowanie (rzekomo mieszczące się w granicach „kontratypu zwyczaju”) nie wyczerpie znamion czynu zabronionego (np. w przypadku napiwku, ewentualnie wręczenia podarku o wartości symbolicznej), możliwe jest powołanie art. 17 § 1 pkt 2 *in principio* k.p.k. Jeśli jednak zachowanie formalnie wyczerpie znamiona czynu zabronionego, można skorzystać z art. 17 § 1 pkt. 3 k.p.k. Opowiedzenie się za istnieniem kontratypów pozaustawo-

⁸² Por. K. Buchała, A. Zoll, Polskie..., s. 227.

⁸³ Por. np. wyrok SN z dnia 23 czerwca 2009 r., sygn. II KK 13/09, LEX nr 512956; wyrok SA w Krakowie z dnia 20 czerwca 2000 r., sygn. II AKa 99/00, Prokuratura i Prawo 2000, dodatek „Orzecznictwo”, nr 12, s. 19; wyrok SN z dnia 8 czerwca 2005 r., sygn. WA 13/05, OSNwSK 2005, nr 1, poz. 1129; uchwałę SN z dnia 16 września 2008 r., sygn. SNO 68/08, LEX nr 491427; wyrok SN z dnia 8 grudnia 2004 r., sygn. II KK 210/04, Prokuratura i Prawo 2005, dodatek „Orzecznictwo”, nr 10, s. 2.

⁸⁴ Por. np. R. Zawłocki, Pojęcie..., s. 194–212; K. Mielcarek, Znikoma społeczna szkodliwość czynu w praktyce prokuratorskiej i sądowej, Prawo w Działaniu 2008, nr 5, s. 195–203 i literaturę tam podaną; S. M. Przyjemski, Glosa do wyroku SN z dnia 28 czerwca 2005 r., sygn. WA 14/05, Wojskowy Przegląd Prawniczy 2006, nr 1, s. 162–164; W. Grzeszczyk, Glosa do postanowienia SN z dnia 8 stycznia 2008 r., sygn. V KK 416/07, Prokuratura i Prawo 2008, nr 10, s. 169–170.

wych mogłoby prowadzić także do wniosku, iż podstawę odmowy wszczęcia postępowania ewentualnie jego umorzenia może stanowić art. 17 § 1 pkt 2 *in fine* k.p.k. („ustawa stanowi, że sprawca nie popełnia przestępstwa”). W komentarzach do tego przepisu można bowiem spotkać pogląd, że unormowanie to znajduje zastosowanie także do „kontratypów pozaustawowych” (np. przy zgodzie pokrzywdzonego w przypadku zarzutu kradzieży)⁸⁵. Trafnie twierdzi jednak J. Warylewski, że interpretacja taka jest *contra legem*. Powołany przepis wyraźnie bowiem stanowi o przypadkach określonych w „ustawie”⁸⁶. Autor proponuje więc, by wówczas skorzystać z przesłanki określonej w art. 17 § 1 pkt 3 k.p.k., a zatem uzasadnić decyzję procesową brakiem społecznej szkodliwości czynu (ewentualnie jej znikomym stopniem). Zdaniem autora, wskazanie na wystąpienie w danej sytuacji kontratypu pozaustawowego (np. zwyczaju) będzie pewną poszlaką dla ustalenia stopnia tej szkodliwości (albo też jej braku). Nie zwalnia to jednak organu procesowego z badania tego stopnia *in concreto*⁸⁷. Wydaje się jednak, że odwoływanie się w takich okolicznościach do pozaustawowego kontratypu nie jest uzasadnione, skoro i tak organ procesowy musi dokonać konkretnych ocen stopnia społecznej szkodliwości i na tej podstawie dokonać rozstrzygnięcia.

Z kolei, przyjęcie koncepcji legalności pierwotnej zachowań ujmowanych w tradycyjnie pojmowanym „kontratypie zwyczaju” pozwoliłoby na zastosowanie art. 17 § 1 pkt 2 *in principio* k.p.k. Zgoda dysponenta dobrem oraz postępowanie mieszczące się w granicach społecznej akceptacji powodują bowiem, że nie dochodzi do wyczerpania znamion czynu zabronionego, co stanowi negatywną przesłankę procesową podaną w tym przepisie.

6. Podsumowanie

1. W doktrynie karnoprawnej powszechnie wskazuje się na kontratypy jako okoliczności wyłączające bezprawność, wyodrębniając tzw. kontratypy ustawowe i pozaustawowe. Nie ma jednak zgodności co do ogólnych założeń kontratypizacji. W tym obszarze istnieją bowiem koncepcje pluralistyczne i monistyczne. Według tych pierwszych przyjmuje się założenie o wystę-

⁸⁵ J. Grajewski, (w:) J. Grajewski, L. K. Paprzycki, M. Płachta, Kodeks postępowania karnego. Komentarz, t. I, Kraków 2003, s. 99.

⁸⁶ J. Warylewski, Zasada..., (w:) J. Majewski (red.), Okoliczności..., s. 37. W nowszych komentarzach do powołanego przepisu autorzy również sugerują, iż wypełnienie dyspozycji tej normy następuje jedynie przez odwołanie się do kontratypów ustawowych; por. np.: W. Grzeszczyk, Kodeks postępowania karnego. Komentarz, Warszawa 2012, s. 47; A. Sakowicz, (w:) K. T. Boratyńska, A. Górski, A. Sakowicz, A. Ważny, Kodeks postępowania karnego. Komentarz, Warszawa 2009, s. 77.

⁸⁷ J. Warylewski, Zasada..., (w:) *ibidem*, s. 38.

powaniu kilku podstaw wyjaśniających istnienie poszczególnych kontratypów. Natomiast zwolennicy koncepcji monistycznych upatrują wspólnego uzasadnienia dla wszystkich kontratypów. Do tej grupy można zaliczyć także teorię kolizji dóbr i społecznej opłacalności poświęcenia jednego z nich. Pozwala ona na wyodrębnienie legalności pierwotnej i wtórnej czynu. Tylko w tym drugim przypadku możliwe jest sięgnięcie po mechanizm kontratypowy.

2. Pomimo uznanego w doktrynie występowania tzw. kontratypów pozaustawowych konstrukcja taka budzi szereg wątpliwości dogmatycznych i praktycznych. Posługiwanie się takimi figurami może bowiem pozostawać w sprzeczności z konstytucyjną zasadą podziału władz, godzić w gwarancyjną, ochronną i kompensacyjną funkcję prawa karnego oraz prowadzić do poważnych rozbieżności w orzecznictwie.

3. Nie zostały opracowane w doktrynie znamiona pozaustawowego „kontratypu zwyczaju”, lecz są one konstruowane odrębnie dla sytuacji, w których mógłby on mieć zastosowanie. Wskazuje się zaś, że można na niego powoływać się w przypadku przyjmowania podarków przez osoby pełniące funkcje publiczne, co może wyczerpywać znamiona przestępstwa łapownictwa, oraz w sytuacji zachowań obrzędowo-rytualnych, które mogą naruszać dobra prawne. Podstaw legalności takich czynów można jednak upatrywać w innych konstrukcjach karnoprawnych. W przypadku łapownictwa należy bowiem w pierwszej kolejności ustalić, czy dane zachowanie w ogóle wyczerpuje znamiona czynu zabronionego, a także, czy atakuje dobro, które jest przedmiotem ochrony tego przestępstwa. Natomiast w sytuacji zachowań obrzędowo-rytualnych podstawą legalności działań może być zgoda dysponenta dobrem. Jeśli zaś dany czyn narusza dobro zbiorowe (zarówno w przypadku łapownictwa, jak i obrzędów oraz rytuałów), można rozważyć odwołanie się do aksjologicznego rozumienia normy albo do koncepcji społecznej adekwatności. Jeśli natomiast przyjąć, że zachowanie podejmowane w ramach zwyczaju wyczerpuje znamiona czynu zabronionego (nie jest pierwotnie legalne), wyłączenie odpowiedzialności może nastąpić w oparciu o brak karygodności (ewentualnie znikomy jej stopień).

4. W zależności od ustaleń teoretycznych i faktycznych podstawą odmowy wszczęcia postępowania ewentualnie jego umorzenia w takich sprawach może być art. 17 § 1 pkt 2 *in principio* k.p.k. (gdy czynu nie popełniono; w tym, gdy zachowanie cechuje się legalnością pierwotną) albo też art. 17 § 1 pkt 3 k.p.k. (gdy czyn pozbawiony jest społecznej szkodliwości bądź jej stopień jest znikomy).

5. Powoływanie się na pozaustawowy „kontratyp zwyczaju” nie wydaje się ani uzasadnione, ani pożądane. Możliwe jest bowiem wykorzystanie innych konstrukcji karnoprawnych dla oceny sytuacji tradycyjnie legalizowanych za pomocą tego kontratypu. Są one zaś określone w przepisach i w związku z tym mają precyzyjniejszy zakres stosowania. W ten sposób

możliwe będzie uniknięcie wątpliwości i problemów, jakie rodzi odwoływanie się do takiego kontratypu.

Is there a lawful excuse for a habit?

Abstract

This contribution deals with dogmatic grounds for no criminal liability in cases in which an actor relies on lawful excuse for a habit. Examined is the applicability of 'lawful excuse' defence to bribery as well as to ritual and ceremonial acts. Legal construct of lawful excuse is analysed, and non-Code excuses, including lawful excuse for a habit, are criticized. While rejecting the lawful excuse as a basis to justify public officials' acceptance of anything of value or violation of interests during ritual acts, the author seeks to establish other possible grounds for legality of such actions. Therefore, discussed are, among others, the applicability of the axiological aspect of norms, the concept of social adequacy, and the material element of an offence. Dogmatic findings are then applied to the existing procedure, and grounds are enumerated for refusal to initiate proceedings, or, alternatively, for discontinuation of proceedings in the cases in question.

Olga Kocaj

Prawnokarne granice ochrony życia człowieka w związku z działaniami medycznymi

Streszczenie

Artykuł obejmuje problematykę określenia granic obowiązku prawnego ciążyącego na osobach wykonujących zawody medyczne w kontekście początku oraz końca życia ludzkiego. Opracowanie zawiera analizę zakresu ochrony prawnokarnej, jaka przysługuje człowiekowi w fazie prenatalnej oraz w krańcowym etapie jego życia. Przy omówieniu wskazanych zagadnień sięgnięto do obowiązujących przepisów prawa międzynarodowego oraz krajowego, jak również aktualnego orzecznictwa Sądu Najwyższego oraz sądów odwoławczych w tym zakresie. Dokonano także oceny istniejących rozwiązań prawnych w praktyce stosowania przepisów prawa karnego, w szczególności w postępowaniach dotyczących odpowiedzialności karnej za tzw. błędy medyczne popełnione w początkowym i końcowym etapie życia człowieka.

Życie człowieka jest jednym z najcenniejszych dóbr społecznych. Nie bez podstawy wskazuje się na jego wymiar indywidualny, ale również kolektywny¹. Prawo to jest przyrodzone i niezbywalne dla każdego człowieka i podlega ochronie prawnej, na której straży stoi państwo². Przyjmuje się, że ochrona życia ludzkiego ma charakter jednolity, oznacza to, że każde życie przedstawia taką samą wartość i nie można jej w żaden sposób różnicować³. W literaturze bioetycznej wyróżnia się trzy zasadnicze etapy życia człowieka, z których dwa związane są z jego początkiem i końcem – mowa jest tu o życiu prenatalnym, od momentu poczęcia do narodzin, schyłkiem życia człowieka oraz etapem pośrednim. Zagrożenia płynące dla człowieka

¹ K. Daszkiewicz, Przestępstwa przeciwko życiu i zdrowiu. Rozdział XIX Kodeksu karnego. Komentarz, Warszawa 2000, s. 13; Z. Kędzia, Prawo do życia, (w:) R. Weruszewski (red.) Prawa człowieka. Model prawny, Wrocław-Warszawa-Kraków, 1991, s. 172.

² A. Grześkowiak, Ochrona prawa do życia w polskim prawie karnym, (w:) A. Strzebosz (red.), O prawo karne oparte na zasadach sprawiedliwości, prawach człowieka i miłosierdziu, Lublin 1988, s. 121–123.

³ B. Michalski, Komentarz do rozdziału XIX. Przestępstwa przeciwko życiu i zdrowiu, (w:) A. Wąsek (red.), Kodeks karny. Część szczególna. Komentarz do artykułów 117–221, t. I, Warszawa 2006, s. 147.

w poszczególnych fazach życia oraz zapobieganie im (w tym ochronę prawną) określa się kolejno jako: biojurgenezę, biojustanatologię oraz biojusterapię⁴.

Ochrona życia człowieka, związana ściśle z tymi zagadnieniami, jest z kolei jednym z zasadniczych zadań osób wykonujących zawody medyczne. Obowiązek ten został wyrażony w art. 2 kodeksu etyki lekarskiej, zgodnie z którym powołaniem lekarza jest ochrona życia i zdrowia ludzkiego, zapobieganie chorobom, leczenie chorych oraz niesienie ulgi w cierpieniu, lekarz zaś nie może posługiwać się wiedzą i umiejętnościami lekarskimi w działaniach sprzecznych z tym powołaniem. Odpowiedzialność za życie i zdrowie innych osób, wynikająca również z norm moralnych, jest tak istotna, że lekarz staje się w niektórych sytuacjach prawnym gwarantem tych dóbr prawnych, odpowiadając za ich naruszenie nie tylko w formie działania, ale także przez zaniechanie wykonania określonych czynności medycznych, mających na celu odwrócenie negatywnego dla nich skutku lub co najmniej zmniejszenie niebezpieczeństwa jego wystąpienia⁵. Ważnym więc problemem praktycznym staje się określenie granic życia ludzkiego, podlegających ochronie prawnokarnej.

Rozważania dotyczące tej kwestii należy rozpocząć od podkreślenia służebnej roli (*ultima ratio*) prawa karnego, które samo w sobie nie zakreśla granic bezprawności, a jedynie wskazuje, które zachowania bezprawne zagrożone są dodatkowo – poza sankcjami charakterystycznymi dla innych gałęzi prawa – karą kryminalną. Przepisy prawa karnego mogą więc zawężać granice karalności w stosunku do zbioru zachowań bezprawnych. Punktem jednak wyjścia są rozwiązania zawarte w przepisach pozakarnych. W przypadku ochrony życia ludzkiego zasadniczych rozwiązań należy poszukiwać w przepisach prawa międzynarodowego i konstytucyjnego, a następnie w ustawach szczególnych, które doprecyzowują określone kwestie, pozostawiając jednak – jak się okazuje – pewne wątpliwości interpretacyjne. I tak, artykuł 2 Konwencji z dnia 4 listopada 1950 r. o Ochronie Praw Człowieka i Podstawowych Wolności⁶ wskazuje w ust. 1, że prawo każdego człowieka do życia jest chronione przez ustawę. Każde z państw, będących sygnatariuszami Konwencji, jest zobowiązane nie tylko do respektowania tego prawa poprzez ustanowienie zakazów intencjonalnego pozbawiania człowieka życia, ale również ma pozytywny obowiązek zapewnienia ochrony

⁴ R. A. Tokarczyk, Biojursprudencja, Nowy nurt jursprudencji, Lublin 1997, s. 11–12.

⁵ Podstawą statuowania takiego obowiązku jest art. 30 ustawy z dnia 5 grudnia 1996 r. o zawodach lekarza i lekarza dentysty (tekst jedn. Dz. U. z 2011 r., Nr 277, poz. 1634), zgodnie z którym lekarz ma obowiązek udzielać pomocy lekarskiej w każdym przypadku, gdy zwłoka w jej udzieleniu mogłaby spowodować niebezpieczeństwo utraty życia, ciężkiego uszkodzenia ciała lub ciężkiego rozstroju zdrowia, oraz w innych przypadkach niecierpiących zwłoki.

⁶ Dz. U. z 1993 r., Nr 61, poz. 284.

prawa do życia w wewnętrznym porządku prawnym⁷. Podobne jak w art. 2 EKPCz sformułowanie zawarte zostało w artykule 6 Międzynarodowego Paktu Praw Obywatelskich i Politycznych z dnia 19 grudnia 1966 r.⁸, który określa, że każda istota ludzka ma przyrodzone prawo do życia. Potwierdzeniem tych deklaracji w polskim porządku prawnym jest art. 38 Konstytucji z 1997 r.⁹, zgodnie z którym Rzeczpospolita Polska zapewnia każdemu człowiekowi prawną ochronę życia.

Ujęcie tego dobra prawnego jako jedno z najistotniejszych w życiu społecznym akcentowane jest nie tylko w europejskiej kulturze prawnej. Amerykańska Konwencja Praw Człowieka, ustanowiona przez państwa – sygnatariuszy Organizacji Państw Amerykańskich w 1969 r., w art. 4 ust. 1 stanowi, że każda osoba ma prawo do poszanowania jej życia. Jak wskazuje dalej wymieniony akt prawny: „Prawo to będzie chronione ustawą i, w zasadzie, od momentu poczęcia. Nikt nie będzie arbitralnie pozbawiony życia”¹⁰. Prawo do życia nie może więc być różnicowane w zależności od podmiotu, który jest jego nośnikiem, ale jego ochrona nie ma charakteru bezwzględnego oraz równomiernego na każdym etapie rozwoju człowieka.

We wskazanym dokumencie, w przeciwieństwie do Europejskiej Konwencji Praw Człowieka, ujęto wprost zasadę (aczkolwiek doznającą wyjątków) ochrony życia ludzkiego już od jego poczęcia. W realiach europejskich w kwestii zakresu oraz granic ochrony życia ludzkiego wypowiada się Europejski Trybunał Praw Człowieka, dokonując wykładni przepisów prawa międzynarodowego, chociaż w przedmiocie tym brak jest jednolitej linii orzeczniczej¹¹.

We współczesnym europejskim prawie międzynarodowym powtórzono utrwalone standardy dotyczące prawa do życia w dokumencie ustanowionym przez państwa członkowskie Unii Europejskiej – Karta Praw Podstawowych z dnia 7 grudnia 2000 r. Wskazany akt normatywny, stanowiący integralną część Traktatu Lizbońskiego podpisanego w dniu 13 grudnia 2007 r., stanowi obecnie część dorobku wspólnotowego. W tym dokumencie już w art. 2 ust. 1 wskazano prawo do życia jako jedno z fundamentalnych praw człowieka, wynikające bezpośrednio z godności ludzkiej, o której mowa jest w art. 1 Karty Praw Podstawowych.

Jednocześnie żaden ze wskazanych przepisów europejskiego prawa międzynarodowego nie określa, kiedy rozpoczyna się i kończy ochrona życia

⁷ Zaakcentował to Europejski Trybunał Praw Człowieka, m.in. w orzeczeniach: *W. v. Wielka Brytania* (skarga nr 9348/81), *X v. Irlandia* (skarga nr 6839/74) czy *W. v. Irlandia* (skarga nr 9360/81).

⁸ Dz. U. z 1977 r., Nr 38, poz. 167.

⁹ Dz. U. z 1997 r., Nr 78, poz. 483.

¹⁰ Tekst dostępny na stronie <http://libr.sejm.gov.pl/tek01/txt/inne/1969a-c0.html>.

¹¹ Zob. M. Grzymkowska, *Standardy bioetyczne w prawie europejskim*, Warszawa 2009, s. 177.

ludzkiego. Uzupełniając tę lukę, stanowiąca element polskiego krajowego porządku prawnego ustawa z dnia 1 marca 1993 r. o planowaniu rodziny, ochronie płodu ludzkiego i warunkach dopuszczalności przerywania ciąży wskazuje w art. 1, że prawo do życia podlega ochronie, w tym również w fazie prenatalnej, w granicach określonych w ustawie. Zapis ten stanowi w swej istocie uszczegółowienie wskazanych wyżej uregulowań międzynarodowych oraz konstytucyjnych. W tym miejscu warto wspomnieć o zmianie treści tej ustawy, jaka miała miejsce w dniu 18 grudnia 1997 r.¹², a która była wynikiem orzeczenia Trybunału Konstytucyjnego z dnia 28 maja 1997 r.¹³. Wskazany judykat TK odniósł się m.in. do możliwości określenia granic ochrony życia ludzkiego w fazie prenatalnej oraz warunków przerywania ciąży. W uzasadnieniu tego orzeczenia Trybunał wskazał: „Pozbawienie życia unicestwia więc równocześnie człowieka jako podmiot praw i obowiązków. Jeżeli treścią zasady państwa prawa jest zespół podstawowych dyrektyw wyprowadzanych z istoty demokratycznie stanowionego prawa, a gwarantujących minimum jego sprawiedliwości, to pierwszą taką dyrektywą musi być respektowanie w państwie prawa wartości, bez której wykluczona jest wszelka podmiotowość prawna, tj. życia ludzkiego od początków jego powstania. Demokratyczne państwo prawa jako naczelną wartość stawia człowieka i dobra dla niego najcenniejsze. Dobrem takim jest życie, które w demokratycznym państwie prawa musi pozostawać pod ochroną konstytucyjną w każdym stadium jego rozwoju”¹⁴.

W polskim porządku prawnym ochrona życia ludzkiego na początkowym stadium jego rozwoju określona została m.in. w ustawie z dnia 6 stycznia 2000 r. o Rzeczniku Praw Dziecka¹⁵. Zgodnie z treścią art. 2 tej ustawy, „dzieckiem jest każda istota ludzka od poczęcia do osiągnięcia pełnoletności”. Ponadto, realizacja zadań państwa w zakresie ochrony życia ludzkiego następuje również poprzez ustanawianie przepisów prawa karnego, które – w sposób subsydiarny – wzmacniają zasadniczą ochronę zapewnioną przez inne gałęzie prawa.

Odpowiedzialność karna za naruszenie życia ludzkiego w związku z wykonywaniem czynności medycznych, czy to przez działanie, czy to przez zaniechanie, dotyczy najczęściej zdarzeń objętych nieumyślnością sprawcy. Poza badaniem elementów strony podmiotowej, w tym stwierdzeniem, czy dana osoba zachowała wymagane w danych okolicznościach reguły postępowania z dobrem prawnym, ustalenia wymaga także, czy doszło do wypełnienia znamienia przedmiotu czynności wykonawczej, a więc, czy zachowa-

¹² Obwieszczenie Prezesa Trybunału Konstytucyjnego z dnia 18 grudnia 1997 r., Dz. U. z 1997 r., Nr 157, poz. 1040.

¹³ Orzeczenie Trybunału Konstytucyjnego z dnia 28 maja 1997 r., sygn. K. 26/96.

¹⁴ Tamże.

¹⁵ Dz. U. z 2000 r., Nr 6, poz. 69 z późn. zm.

nie dotyczyło człowieka w szerokim ujęciu artykułu 38 Konstytucji. Jednakże wskazać należy, że chociaż życie ludzkie podlega ochronie prawnej od momentu poczęcia do momentu śmierci człowieka ustawodawca zdecydował się na zróżnicowanie intensywności tej ochrony za pomocą przepisów prawa karnego. Oznacza to, że nie wszystkie zachowania godzące w życie ludzkie podlegają karze kryminalnej. W szczególności chodzi o naruszenie życia i zdrowia dziecka poczętego (*nasciturusa*), które jest karalne tylko wtedy, gdy było umyślne¹⁶. Pozostawiając na marginesie rozważań kwestie dotyczące momentu poczęcia człowieka, gdyż w rzeczywistości jest to pewien rozciągnięty w czasie proces, stwierdzić należy, że problem ten nie budzi większych wątpliwości w praktyce stosowania przepisów prawa karnego. Większe kontrowersje powstają w przypadku konieczności odróżnienia dziecka poczętego od człowieka w rozumieniu przepisów rozdziału XIX kodeksu karnego. Moment bowiem czasowy, w którym jedno dobro prawne przekształca się w jakościowo inne dobro, jest znamieny dla określenia ewentualnej odpowiedzialności karnej osób, podejmujących działania medyczne. Nie budzi wątpliwości, iż lekarz ma obowiązek chronić życie człowieka już od momentu jego poczęcia, co wynika bezpośrednio z art. 38 Konstytucji.

W przypadku początku prawnokarnej ochrony życia człowieka, w przeciwieństwie do określenia końca życia ludzkiego, brak jest regulacji prawnych, które chociażby pośrednio wskazywały na kryterium odróżnienia *nasciturusa* od dziecka narodzonego. Kwestia ta wymagała więc ustalenia w drodze interpretacji przepisów prawa, w tym w drodze wykładni operatywnej.

Naturalnym wydaje się, że z uwagi na brzmienie art. 149 k.k. prawnokarną granicę oddzielającą życie i zdrowie dziecka poczętego od życia i zdrowia człowieka stanowi okres porodu. Z tego więc powodu w literaturze przeważają stanowiska, określające ten moment na stadium końcowe ciąży oraz okres porodu, o czym będzie mowa dalej.

W tym kontekście krystalizują się cztery grupy poglądów, wskazywanych m.in. przez K. Daszkiewicz¹⁷. Pierwszy z nich, oparty o kryterium położnicze,

¹⁶ Na zróżnicowanie ochrony życia człowieka, w zależności od fazy jego rozwoju, wskazuje treść artykułów: 152, 153 i 157a k.k., które wskazują jako znamię przedmiotu czynności wykonawczej „dziecko poczęte”; wykładnia językowa tych przepisów w zestawieniu z pozostałymi przepisami rozdziału XIX kodeksu karnego prowadzi więc do wniosku, że jest to pojęcie odmienne od pojęcia „człowiek” czy zawierającego się w nim pojęcia „dziecko”, używanych przez ustawodawcę m.in. w artykułach: 148, 149, 155 czy 156 k.k. (tak SN w postanowieniu z dnia 30 października 2008 r., sygn. I KZP 13/08, OSNKW 2008, nr 11, poz. 90); odmiennie uważa M. Budyn-Kulik, która wskazując, iż art. 152–153 k.k. stanowią *leges specialis* w stosunku do art. 148 k.k., uważa, że dziecko poczęte stanowi przedmiot czynności wykonawczej przestępstwa z art. 155 k.k. – Komentarz do art. 155 k.k., (w:) M o z g a w a (red.), Kodeks karny. Komentarz, Warszawa 2013, s. 358.

¹⁷ K. Daszkiewicz, Przestępstwa przeciwko życiu i zdrowiu..., s. 212.

wskazuje, że momentem początku życia człowieka jest moment rozpoczęcia porodu. Kolejne kryterium, określane jako fizyczne lub przestrzenne, nakazuje odwołać się do momentu oddzielenia dziecka od ciała kobiety (najczęściej następuje to poprzez przecięcie pępowiny). Trzeci pogląd oparty jest na kryterium fizjologicznym, zgodnie z którym początkiem życia człowieka jest rozpoczęcie przez niego oddychania za pomocą płuc. Wreszcie ostatnie stanowisko, sięgające najdalej w życie płodowe zakłada, że człowiekiem jest *nasciturus*, zdolny do samodzielnego życia poza organizmem matki, chociażby poród jeszcze się nie zaczął.

Powyższe rozważania mają znaczenie dla oceny ewentualnej odpowiedzialności karnej lekarza, zobowiązanego do wykonania czynności wobec ciężarnej matki i dziecka, w szczególności w okresie okołoporodowym. Odpowiedzialność ta może dotyczyć przypisania skutku w postaci śmierci dziecka lub uszkodzenia jego ciała, albo też narażenia go na bezpośrednie niebezpieczeństwo utraty życia albo spowodowania ciężkiego uszczerbku na zdrowiu. Określenie więc, czy w danej sytuacji lekarz miał do czynienia z człowiekiem już narodzonym, czy też jedynie z dzieckiem poczętym, ma znaczenie dla określenia zakresu tej odpowiedzialności, ponieważ tylko w pierwszym przypadku rozciąga się ona także na etap wcześniejszy niż naruszenie dobra prawnego (czyli narażenie dobra na niebezpieczeństwo), jak też na zachowania o nieumyślnej stronie podmiotowej.

W literaturze prawa karnego tradycyjnie wskazywano, że początkową granicą pełnej ochrony prawnokarnej życia ludzkiego jest rozpoczęcie porodu¹⁸. Problem ten był wielokrotnie poruszany także w orzecznictwie sądów, w tym w judykatach Sądu Najwyższego. Pierwszym z orzeczeń, odnoszących się do kwestii początku życia człowieka, była uchwała Sądu Najwyższego z dnia 26 października 2006 r.¹⁹. W orzeczeniu tym wyrażono pogląd zbliżający się do pierwszego z przedstawionych wyżej stanowisk. Mianowicie, SN wskazał, że prawnokarna ochrona zdrowia i życia przysługuje dziecku nienarodzonemu w momencie rozpoczęcia porodu, czyli wystąpienia skurczów macicy dających jego postęp, a w przypadku operacyjnego zabiegu cesarskiego cięcia – od podjęcia czynności zmierzających do przeprowadzenia tego zabiegu. Sąd posłużył się przy określaniu tej cezury wykładnią systemową odnoszącą się do umiejscowienia art. 149 w rozdziale XIX k.k. Treść tego przepisu, a w szczególności fakt, że do popełnienia przestępstwa dzieciobójstwa może dojść wyłącznie w okresie porodu, wskazuje, że uregulowanie to ma zasadnicze znaczenie dla odróżnienia znamion „człowiek” oraz „dziecko poczęte”. Ponadto Sąd Najwyższy wskazał, że okres porodu jest trudnym, często newralgicznym punktem czasowym, w którym czynno-

¹⁸ A. Zoll, Odpowiedzialność karna lekarza za niepowodzenie w leczeniu, Warszawa 1988, s. 38.

¹⁹ Sygn. I KZP 18/06, OSNKW 2006, nr 11, poz. 97.

ści personelu medycznego ukierunkowane są na udzielenie pomocy rodzącemu się człowiekowi. Z tego powodu już na tym etapie powinien on korzystać z pełnej (także prawnokarnej) ochrony życia, w tym również za narażenie tego dobra prawnego na niebezpieczeństwo. Co charakterystyczne, w omawianym orzeczeniu wskazano prawnie relewantny moment rozpoczęcia pełnej ochrony życia człowieka nie tylko w przypadku porodu naturalnego, ale również w przypadku alternatywnego zakończenia ciąży poprzez zabieg cesarskiego cięcia.

Jeszcze większego rozwarstwienia okoliczności, mających istotne znaczenie dla zwiększenia tej ochrony, dokonał Sąd Najwyższy w postanowieniu z dnia 30 października 2008 r.²⁰. W orzeczeniu tym bowiem SN uzależnił moment zaistnienia pełnej ochrony życia człowieka od nastąpienia jednego z trzech zdarzeń: bądź rozpoczęcia porodu naturalnego, w wypadku operacyjnego zabiegu cięcia cesarskiego kończącego ciążę na żądanie kobiety ciężarnej – od podjęcia pierwszej czynności medycznej bezpośrednio zmierzającej do przeprowadzenia takiego zabiegu, wreszcie, w wypadku konieczności medycznej przeprowadzenia zabiegu cięcia cesarskiego lub innego alternatywnego zakończenia ciąży – od zaistnienia medycznych przesłanek takiej konieczności. W uzasadnieniu orzeczenia Sąd Najwyższy uznał, że racjonalnym rozwiązaniem jest przyznanie w trudnym, nierzadko krytycznym okresie porodu pełnej ochrony prawnej, udzielanej człowiekowi.

W cytowanym orzecznictwie zwraca się również uwagę na drugie kryterium, stanowiące o tym, czy dziecko poczęte może być uważane za „człowieka” w ujęciu prawno-karnym. Na ten problem zwrócił uwagę Sąd Apelacyjny we Wrocławiu w wyroku z dnia 15 października 2008 r.²¹. Mianowicie sąd ten stwierdził, że przygotowanie do zabiegu zakończenia ciąży, wskazujące na początkowy moment prawnokarnej ochrony dziecka poczętego na mocy art. 160 k.k., to traktowane łącznie przesłanki – czynności techniczne prowadzące bezpośrednio do przeprowadzenia zabiegu, ale także wskazania medyczne do rozwiązania ciąży przez zabieg cesarskiego cięcia oraz gotowość rozwojowa dziecka do samodzielnego życia poza organizmem matki, jak również gotowość matki do poddania się temu zabiegowi.

Na przesłankę dotyczącą momentu rozpoczęcia pełnej ochrony prawnokarnej życia człowieka wyprzedzającą czasowo moment rozpoczęcia porodu, a polegającą na zaistnieniu medycznych wskazań do przeprowadzenia zabiegu cesarskiego cięcia, zwrócił także uwagę Sąd Najwyższy w postanowieniu z dnia 25 listopada 2009 r.²², w którym podkreślił, że przeprowadzenie przez lekarza określonych działań diagnostycznych pozwolić może kategorycznie ocenić stan zdrowia dziecka, w szczególności z punktu wi-

²⁰ Sygn. I KZP 13/08, OSNKW 2008, nr 11, poz. 90.

²¹ Sygn. II AKa 223/08, Prok. i Pr. 2010, dodatek „Orzecznictwo”, nr 4, poz. 19.

²² Sygn. V KK 150/09, LEX nr 553756.

dzenia konieczności rzeczywistej medycznej niezbędności przeprowadzenia tego zabiegu. Argumentując powyższe rozstrzygnięcie, sąd powołał się na względy natury etycznej i wskazał, że określenie przesunięcia momentu początkującego pełną ochronę życia dopiero na okres rozpoczęcia porodu, w tym rozpoczęcia zabiegu cesarskiego cięcia, uniemożliwiłoby pociągnięcie do odpowiedzialności karnej za przestępstwo z art. 160 k.k. lekarza, który na wcześniejszym etapie zaniechał podstawowych obowiązków względem kobiety ciężarnej, przez co uniemożliwił zakończenie ciąży zabiegiem cesarskiego cięcia podjętym w odpowiednim czasie.

Ustosunkowując się do poruszonych zagadnień, T. Jurek wskazał, że spośród czterech wskazywanych tradycyjnie w literaturze kryteriów początku życia człowieka (a więc przestrzennego, fizjologicznego, rozwojowego i położniczego), tylko ostatnie z nich może znaleźć racjonalne zastosowanie w praktyce²³. W szczególności oparcie się wyłącznie na dwóch pierwszych kryteriach, dotyczących momentów kończących poród (oddzielenie dziecka od organizmu matki lub wykonanie przez dziecko pierwszych czynności fizjologicznych, jak np. oddychanie), będzie uniemożliwiało pociągnięcie osób wykonujących zawody medyczne do odpowiedzialności karnej za błędy popełnione w czasie samego porodu, a więc za najczęściej występujące w praktyce błędy położnicze, jak również będzie utrudniało ocenę znamienia skutku tego przestępstwa, a więc „bezpośredniości” grożącego dziecku niebezpieczeństwa²⁴. Z kolei odwołanie się do kryterium rozwojowego odnoszonego do nabycia przez płód zdolności do samodzielnego życia poza organizmem matki, choć wydawać by się mogło, że powinno zasługiwać na aprobatę, jest niemożliwe do przyjęcia w aktualnym kształcie przepisów rozdziału XIX kodeksu karnego. Przyjęcie tego kryterium powodowałoby bowiem, że normy określone w art. 152 § 3 k.k. oraz art. 153 § 2 k.k., uzależniające surowszą odpowiedzialność sprawcy od osiągnięcia przez dziecko poczęte zdolności do samodzielnego życia poza organizmem matki, stałyby się normami pustymi. W tych bowiem sytuacjach, gdyby rozciągnąć pełną ochronę życia człowieka już na ten etap²⁵, sprawca odpowiadałby za przestępstwo z art. 148 § 1 k.k.²⁶. W takiej sytuacji, mimo niedoskonałości każdego z proponowanych kryteriów, autor aprobuje poglądy prezentowane w cytowanych wyżej orzeczeniach sądowych, włącznie z propozycją prze-

²³ T. Jurek, *Opiniowanie sądowo-lekarskie w przypadkach narażenia na bezpośrednie niebezpieczeństwo utraty życia albo ciężkiego uszczerbku na zdrowiu (niepubl.)*, s. 56–61.

²⁴ *Ibidem*, s. 60.

²⁵ Płód może osiągnąć zdolność do samodzielnego życia poza organizmem matki już po około 20 tygodniach od poczęcia, chociaż każdorazowo okoliczność ta powinna być weryfikowana przy uwzględnieniu m.in. wad rozwojowych oraz zmian chorobowych w zakresie płodu – zob. T. Marcinkowski, *Medycyna sądowa dla prawników*, Warszawa 1993, s. 413, s. 425.

²⁶ T. Jurek, *ibidem*.

sunięcia początku ochrony życia na moment, w którym zaistniały medyczne przesłanki rozwiązania ciąży za pomocą cesarskiego cięcia, co znaleźć może odniesienie do sytuacji zaniechania przez gwaranta ciąży na nim obowiązku i przez to umożliwić jego odpowiedzialność za spowodowanie skutku, w tym określonego w art. 160 k.k., w formie zaniechania.

Abstrahując od oceny zasadności ostatniego z omawianych kryteriów, wyprzedzającego czasowo sam moment rozpoczęcia porodu, stwierdzić należy, iż zastosowanie tego kryterium może okazać się trudne w praktyce, chociażby z uwagi na określenie czasu popełnienia tego przestępstwa. Ocenie bowiem ewentualnej odpowiedzialności lekarza za czyn popełniony w formie zaniechania musi towarzyszyć ustalenie, w którym momencie zaistniały medyczne przesłanki do rozwiązania ciąży za pomocą zabiegu cesarskiego cięcia, a także, czy w czasie tym lekarz pozostawał w pozycji gwaranta dobra prawnego, jak również, czy miał realną możliwość wykonania ciąży na nim obowiązku zapobieżenia skutkowi. Takie właśnie elementy warunkują, zgodnie z treścią art. 2 k.k., odpowiedzialność za tego typu przestępstwa. Problematyczne może być także dokonanie oceny znamienia „bezpośredniego niebezpieczeństwa utraty życia lub ciężkiego uszczerbku na zdrowiu dziecka”, w tym określenia, kiedy niebezpieczeństwo to powstało i czy było ono objęte świadomością sprawcy, lub czy sprawca – mając na względzie stan aktualnej wiedzy medycznej – mógł i powinien był to niebezpieczeństwo przewidzieć. W takiej sytuacji powstaje ryzyko, że kryterium to byłoby stosowane w praktyce tylko w przypadkach oczywistego, rażącego zaniedbania ze strony lekarza czy personelu medycznego, co mogłoby prowadzić do nieuzasadnionego zróżnicowania odpowiedzialności karnej w tego typu przypadkach. Z całą pewnością można jednocześnie powiedzieć, że pozostałe kryteria, wskazane w orzeczeniach Sądu Najwyższego z dnia 26 października 2006 r. oraz z dnia 30 października 2008 r., a odnoszące się bezpośrednio do samego porodu, są bardziej „uchwytnie”, w szczególności w kontekście ustalania czasu popełnienia czynu zabronionego oraz znamienia „bezpośredniości” narażenia na niebezpieczeństwo.

Inaczej kształtuje się problem określenia końca życia człowieka, a więc ustalenie momentu śmierci, w którym ponownie, z punktu widzenia prawa karnego, dochodzi do przekształcenia się jednego dobra prawnego (życia człowieka) w inne dobro prawne (szacunek przynależny zwłokom ludzkim²⁷). Jest to jednak jakościowo inny rodzaj dobra prawnego, z którym nie są już powiązane ściśle obowiązki wynikające z pozycji gwaranta nienastąpienia skutku, a co za tym idzie, odpowiedzialność karna lekarzy oraz innych członków personelu medycznego. Z punktu widzenia działań medycznych

²⁷ Kodeks karny zawiera typ ujęty w art. 262: „Kto znieważa zwłoki, prochy ludzkie lub miejsce spoczynku zmarłego, podlega grzywnie, karze ograniczenia wolności albo pozbawienia wolności do lat 2”.

kwestia określenia momentu końcowego życia człowieka jest istotna w dwóch perspektywach. Pierwsza z nich dotyczy możliwości pobierania tkanek, narządów i komórek do przeszczepów *ex mortuo*. Druga związana jest z zakreśleniem granic (w tym czasowych) obowiązku lekarza jako gwaranta nienastąpienia skutku i w związku z tym zobowiązanego do podejmowania działań, mających na celu odwrócenie niebezpieczeństwa dla życia i zdrowia człowieka.

Rozważania na ten temat rozpocząć należy od wskazania, że śmierć organizmu jest procesem rozciągniętym w czasie, w wyniku którego zatrzymaniu ulegają czynności fizjologiczne człowieka, a więc krążenie krwi i oddychanie²⁸. Proces obumierania poszczególnych tkanek i narządów może rozpocząć się pewien czas przed ustaniem poszczególnych funkcji organizmu (tj. oddychania, krążenia oraz czynności mózgu²⁹). Wówczas następuje zjawisko agonii, prowadzącej w końcowej fazie do śmierci osobniczej człowieka³⁰. Najprędzej obumiera wrażliwa na brak tlenu tkanka nerwowa, zaś czynności serca mogą się utrzymywać jeszcze przez wiele minut³¹.

W przeciwieństwie do określenia momentu rozpoczęcia pełnej prawno-karnej ochrony życia człowieka, w tym przypadku istnieje regulacja prawna, pozwalająca w sposób dość precyzyjny określić moment śmierci człowieka, czyniąc przy tym pewne założenia, w szczególności dla potrzeb transplantologii. Kwestia ta została uregulowana w ustawie z dnia 1 lipca 2005 r. o pobieraniu, przechowywaniu i przeszczepianiu komórek, tkanek i narządów³². W art. 4 ust. 1 tejże ustawy wskazano, że komórki, tkanki i narządy mogą być pobrane ze zwłok ludzkich w celach diagnostycznych, leczniczych, naukowych i dydaktycznych. W szczególności, w związku z drugim ze wskazanych celów, istotne jest, aby do pobrania komórek, tkanek i narządów doszło w czasie jak najszybszym od zgonu dawcy, tak by nie doszło do ich obumarcia i istniała możliwość wykorzystania z medycznego punktu widzenia³³. Kryterium stwierdzenia zgonu człowieka, a więc momentu czasowego

²⁸ W. Grzywo-Dąbrowski, *Medycyna sądowa dla prawników*, Warszawa 1957, s. 74.

²⁹ Z uwagi na często różny moment ustawiania poszczególnych funkcji organizmu, używa się pojęć: śmierć oddechowa, śmierć krążeniowa czy śmierć mózgowa; ostatni z „rodzajów” śmierci, będących przecież etapami jednego zjawiska fizjologicznego, określany bywa w literaturze anglosaskiej jako „point of no return” – punkt, z którego nie ma powrotu. Zob. M. Trzeciński (red.), *Archeologia sądowa w teorii i praktyce*, Warszawa 2013, s. 35.

³⁰ *Ibidem*.

³¹ T. Marcinkowski, *Medycyna sądowa...*, s. 112. Przy zaistnieniu pełnego procesu agonii (niewystępującego lub występującego w ograniczonym jedynie zakresie w wypadkach śmierci nagłej) wyodrębnia się etap śmierci pozornej, kiedy czynności krążenia i oddychania przebiegają na bardzo niskim poziomie, następnie etap śmierci klinicznej, kiedy czynności te ustają, i wreszcie śmierci biologicznej, mającej charakter nieodwracalny zwłaszcza w obrębie tkanki mózgowej, *ibidem*, s. 112–115.

³² Dz. U. z 2005 r., Nr 169, poz. 1411.

³³ R. Kubiak, *Prawo medyczne*, Warszawa 2010, s. 476.

uprawniającego do pobrania komórek, tkanek i narządów określone zostało w art. 9 wskazanej ustawy, zgodnie z którym jest to dopuszczalne po stwierdzeniu trwałego nieodwracalnego ustania czynności mózgu (śmierci mózgu). Z kolei ustawą z dnia 17 lipca 2009 r.³⁴ dodano do ustawy art. 9a, dopuszczający pobranie komórek, tkanek i narządów do przeszczepienia po stwierdzeniu zgonu wskutek nieodwracalnego zatrzymania krążenia.

Procedura stwierdzania śmierci mózgu określona została w obwieszczeniu Ministra Zdrowia z dnia 17 lipca 2007 r.³⁵ w sprawie kryteriów i sposobu stwierdzania trwałego nieodwracalnego ustania czynności mózgu³⁶. Z kolei, obwieszczenie Ministra Zdrowia z dnia 9 sierpnia 2010 r. w sprawie kryteriów i sposobu stwierdzenia nieodwracalnego zatrzymania krążenia³⁷ odnosi się do treści art. 9a ustawy³⁸. Oczywiście ustalenie momentu śmierci człowieka w oparciu o wskazane wyżej kryteria stanowi pewną konwencję, umożliwiającą stosowanie procedury stwierdzania zgonu, w szczególności na potrzeby transplantologii, lecz kryteria te znajdują zastosowanie na gruncie wszystkich gałęzi prawa, w tym prawa karnego czy cywilnego. Brak przyjęcia pewnych kryteriów utrudniałoby lub wręcz często uniemożliwiałoby precyzyjne określenie czasu śmierci człowieka, bowiem sam moment śmierci nie daje się empirycznie zaobserwować³⁹.

Mając na uwadze powyższe rozwiązania prawne, stwierdzić należy, że przedwczesne pobranie od dawcy komórek, tkanek lub narządów do przeszczepu może zostać zakwalifikowane jako realizujące znamiona przestępstw przeciwko zdrowiu (z art. 156 k.k. lub z art. 157 k.k.), przestępstwa nieumyślnego spowodowania śmierci z art. 155 k.k. lub nawet umyślnego przestępstwa zabójstwa, o ile skutek taki można przypisać zachowaniu lekarza⁴⁰. Dobro prawne w postaci zdrowia człowieka wciąż bowiem istnieje w czasie działania sprawcy i podlega ochronie prawnej, niezależnie od określenia szans człowieka na dalsze przeżycie⁴¹. Pobranie natomiast tkanek,

³⁴ Dz. U. z 2009 r., Nr 141, poz. 1149.

³⁵ M.P. z 2007 r., Nr 46, poz. 547.

³⁶ W założeniach ogólnych do obwieszczenia zawarto stwierdzenie, że to stan mózgu determinuje życie lub śmierć człowieka, zaś stwierdzenie nieodwracalnego uszkodzenia mózgu możliwe jest przy użyciu metod instrumentalnych.

³⁷ M.P. z 2010 r., Nr 59, poz. 784.

³⁸ Określając wskazane w obwieszczeniu kryteria, Minister Zdrowia zawarł założenie, że zatrzymanie krążenia, zgodnie z aktualną wiedzą medyczną, prowadzi w krótkim czasie do śmierci mózgowej, jednocześnie zaś komórki składające się na narządy bardziej odporne na niedotlenienie zachowują swoją funkcję. Rozwiązanie to pozwala więc na pobranie komórek, tkanek i narządów już na etapie wcześniejszym niż nieodwracalne obumarcie mózgu.

³⁹ J. P i e g s a, Człowiek – istota moralna, t. III, Opole 2000, s. 220.

⁴⁰ A. L i s z e w s k a, Odpowiedzialność karna za błąd w sztuce lekarskiej, Kantor Wydawniczy Zakamycze, Kraków 2000, s. 229–234.

⁴¹ Okoliczność ta może mieć jedynie wpływ na określenie stopnia społecznej szkodliwości czynu, a co za tym idzie – na wymiar kary.

komórek lub narządów już po nastąpieniu zgonu człowieka, lecz wbrew zasadom, określonym we wskazanych wyżej regulacjach, może stanowić jedynie podstawę odpowiedzialności zawodowej lekarza. T. Jurek zwraca jednocześnie uwagę na zasadę, że do czasu jednoznacznego ustalenia zgonu istnieje powszechny lekarski obowiązek ratowania życia⁴². Nieco inaczej kształtuje się problem określenia granic czasowych obowiązku lekarza – gwaranta, polegającego na wykonywaniu działań odwracających lub zmniejszających niebezpieczeństwo, jakie zagraża życiu lub zdrowiu człowieka. Zasadniczo pozycja gwaranta oraz istnienie tego obowiązku znajdują swoje umocowanie w art. 2 k.k.⁴³. W przypadku lekarza prawną podstawę obowiązku gwaranta stanowi art. 30 ustawy o zawodach lekarza i lekarza dentystry, a także akt o charakterze indywidualno-konkretnym, najczęściej mający postać umowy cywilnoprawnej, na podstawie której lekarz podejmuje i sprawuje opiekę medyczną nad pacjentem. Poza jednak stwierdzeniem, że na danym podmiocie ciążył obowiązek gwaranta, rozważanie ewentualnej odpowiedzialności karnej za niepodjęcie działania, które zapobiegłoby skutkowi, wymaga dodatkowo stwierdzenia, że gwarant miał obiektywną możliwość wykonania ciążącego na nim obowiązku⁴⁴.

A. Liszewska wyróżnia m.in. dwie kategorie zabiegów medycznych, w oparciu o cel, w jakim są one wykonywane⁴⁵. Pierwsza z tych kategorii to zabiegi lecznicze, czyli takie, które mają na celu ratowanie życia, poprawę zdrowia czy zmniejszenie cierpienia pacjenta. Z kolei zabiegi nielecnicze (nieterapeutyczne) to wszystkie inne rodzaje zabiegów, które tej funkcji nie spełniają. Niektóre zabiegi (np. transplantacja *ex vivo*) mają charakter mieszany, ponieważ w przypadku implantacji mają na celu ratowanie życia, zaś w przypadku eksplantacji takiego celu nie spełniają. Zabiegi mające na celu ratowanie życia człowieka w przypadku jego bezpośredniego narażenia na niebezpieczeństwo z całą pewnością są zabiegami o charakterze terapeutycznym, jednakże stan zdrowia pacjenta nie w każdym przypadku pozwala lekarzowi na skuteczne odwrócenie grożącego dobru prawnemu niebezpieczeństwa. W takim przypadku mówić można o tzw. „uporczywej terapii”, w czasie której podejmowane czynności medyczne nie pełnią już celu leczniczego z uwagi na obiektywną niemożność jego osiągnięcia. Stan pacjenta, upoważniający do przyjęcia, że podejmowane zgodnie z zasadami sztuki lekarskiej oraz przy wykorzystaniu dostępnych środków medycznych czynności nie pozwolą na uratowanie pacjentowi życia, rozpoczyna się wraz

⁴² T. Jurek, *Opiniowanie...*, s. 63.

⁴³ Zgodnie z treścią art. 2 k.k. odpowiedzialności karnej za przestępstwo skutkowe popełnione przez zaniechanie podlega ten tylko, na kim ciążył prawny, szczególnie obowiązek zapobiegnięcia skutkowi.

⁴⁴ J. Majewski, *Prawnokarne przypisywanie skutku przy zaniechaniu*, Kraków 1997, s. 43.

⁴⁵ A. Liszewska, *Odpowiedzialność karna za błąd...*, s. 199.

z początkiem procesu umierania (agonii). Moment ten może być oddalony w czasie od śmierci pacjenta, jednakże możliwość odstąpienia od kontynuowania czynności ratujących życie musi być w pewien sposób skorelowana ze spodziewaną w jego stanie zdrowia śmiercią pacjenta, która powinna nastąpić w bezpośredniej bliskości czasowej.

Odnosząc się do określenia momentu, pozwalającego na odstąpienie od dalszego leczenia, T. Ślipko rozróżnia chorobę uleczalną od choroby nieuleczalnej⁴⁶, uwzględniając aktualny w danym czasie stan wiedzy medycznej. W przypadku choroby nieuleczalnej działania lekarza nie mają już charakteru leczniczego, ale mają sens o tyle, że mogą uśmierzyć ból towarzyszący procesowi umierania. Zbytnie jednak wykorzystywanie możliwości medycznych, mających na celu *de facto* przedłużanie procesu agonii u pacjenta jest niezgodne nie tylko z zasadami etycznymi, ale również z umową społeczną, stojącą u podstaw kompetencji lekarza⁴⁷. Podobne stwierdzenie zawarte zostało w Rekomendacji 779 (1976) Zgromadzenia Parlamentarnego Rady Europy w Sprawie Praw Chorych i Umierających⁴⁸. W punkcie 6 tego dokumentu wskazano, iż „obowiązkiem zawodów medycznych jest służba ludzkości, ochrona zdrowia, leczenie chorych i rannych oraz uśmierzanie cierpień, z poszanowaniem życia człowieka i osobowości ludzkiej. (...) Przedłużanie życia samo w sobie nie stanowi wyłącznego celu praktyki medycznej, która winna też zwracać uwagę na uśmierzanie cierpień”.

Założenie takie zostało uwzględnione w kodeksie etyki lekarskiej, który w art. 32, odwołując się do powyższych kwestii, wskazuje na granice obowiązku lekarza związanego z ratowaniem życia. Wskazany przepis stanowi, że w stanach terminalnych lekarz nie ma obowiązku podejmowania i prowadzenia reanimacji lub uporczywej terapii i stosowania środków nadzwyczajnych. Decyzja o zaprzestaniu reanimacji należy do lekarza i jest związana z oceną szans leczniczych.

W polskim porządku prawnym brak jest definicji legalnej uporczywej terapii. Jednak w dniu 29 czerwca 2008 r. Grupa Robocza ds. Problemów Etycznych Końca Życia⁴⁹ opracowała powszechnie aprobowaną definicję, zgodnie z którą uporczywa terapia to stosowanie procedur medycznych w celu podtrzymywania funkcji życiowych nieuleczalnie chorego, które przedłuża jego umieranie, wiążąc się z nadmiernym cierpieniem lub naruszeniem godności pacjenta. Uporczywa terapia nie obejmuje podstawowych zabie-

⁴⁶ T. Ślipko, *Granice życia. Dylematy współczesnej bioetyki*, Kraków 1994, s. 341.

⁴⁷ *Ibidem*, s. 341–342.

⁴⁸ Rekomendacja 779 (1976) Zgromadzenia Parlamentarnego Rady Europy w Sprawie Praw Chorych i Umierających; podano za: T. Jasudowicz, *Europejskie standardy bioetyczne*, Toruń 1998, s. 67–69.

⁴⁹ Grupa Robocza ds. Problemów Etycznych Końca Życia, złożona z lekarzy i prawników, pracowała w ramach projektu badawczego „Granice Terapii Medycznych” realizowanego w latach 2005–2008.

gów pielęgnacyjnych, łagodzenia, bólu i innych objawów oraz karmienia i nawadniania, o ile służą dobru pacjenta⁵⁰. W przypadku, gdy dobro pacjenta nie przemawia za koniecznością kontynuowania terapii, lekarz jest więc uprawniony do zaprzestania leczenia.

Kontynuowanie natomiast procedur medycznych wobec pacjentów w stanach terminalnych, nierokujących szans na poprawę, stanowić więc mogą działania sprzeczne z interesem oraz prawami samego pacjenta⁵¹. Niezależnie od oceny, czy z uwagi na rokowania możliwości poprawy stanu zdrowia należy kontynuować czynności mające na celu ratowanie życia pacjenta, konieczne jest także uwzględnienie woli pacjenta, który może nie wyrazić zgody na podjęcie określonych działań medycznych i wówczas lekarz nie będzie podlegał odpowiedzialności karnej za zaniechanie, nawet gdy nie nastąpiły jeszcze przesłanki warunkujące uporczywą terapię. Wskazuje się również, że zaniechanie podjęcia lub kontynuowania medycznych czynności ratujących życie, w tym resuscytacji, uprawnione jest, gdy czynności te nie mogą przynieść korzyści dla pacjenta w rozumieniu przedłużenia jego życia o akceptowalnej jakości. Wówczas takie leczenie określane jest jako daremne⁵².

Konkludując powyższe rozważania, stwierdzić należy, iż życie ludzkie podlega ochronie prawnej zarówno w fazie prenatalnej, jak i postnatalnej. Lekarz oraz inne osoby wykonujące zawody medyczne mają obowiązek ratowania życia, w tym odwrócenia lub zmniejszenia niebezpieczeństwa naruszenia tego dobra prawnego. Od obowiązku tego można odstąpić dopiero wówczas, gdy stan pacjenta nie rokuje szansy na poprawę, zaś kontynuowanie czynności, mających co do zasady charakter leczniczy, w tym przypadku celu tego spełnić już nie mogą, a przedłużają jedynie agonię pacjenta lub też naruszają jego godność. Można spotkać się ze stanowiskiem, że lekarz ma jednak obowiązek podejmować działania w sytuacji, kiedy nie ma możliwości uratowania życia, a mają one polegać na przynoszeniu ulgi umierającemu pacjentowi⁵³. Takie stanowisko wydaje się jednak zbyt daleko idące, mając na względzie fakt, że przyjęcie go spowodowałoby odpowiedzialność karną lekarza także za przestępstwa materialne przeciwko życiu lub zdrowiu, pomimo, iż *de facto* lekarz jako gwarant nie ma w tym przypad-

⁵⁰ Definicja uporczywej terapii została opracowana w dniu 29 czerwca 2008 r. przez Grupę Roboczą ds. Problemów Etycznych Końca Życia; tekst dostępny na stronie czasopisma.viamedica.pl/mpp/article/view/28612/2338/.

⁵¹ Zgodnie z treścią art. 20 ust. 2 ustawy z dnia 6 listopada 2008 r. o prawach pacjenta i Rzeczniku Praw Pacjenta (tekst jedn. Dz. U. z 2012 r., Nr 159), częścią przysługującego pacjentowi prawa do poszanowania godności jest także prawo do umierania w spokoju i godności.

⁵² F. K. Lippert, V. Raffay, M. Georgiou, P. A. Steen, L. Bossaert, Etyka resuscytacji oraz problem końca życia; tekst dostępny na stronie www.prc.krakow/2010/10.pdf.

⁵³ A. Zoll, Odpowiedzialność karna..., s. 41.

ku obiektywnej możliwości uchylenia grożącego dobru prawnemu niebezpieczeństwa, zaś nastąpienie skutku jest nieuchronne w najbliższej przyszłości.

Jednocześnie należy jeszcze raz podkreślić, że zakres ochrony prawno-karnej życia człowieka jest zróżnicowany, w zależności od etapu życia człowieka. W szczególności konstrukcja przepisów zamieszczonych w rozdziale XIX kodeksu karnego przemawia za tym, że w rzeczywistości ustawodawca wyróżnił dwa rozłączne dobra prawne: życie dziecka poczętego w fazie prenatalnej oraz życie człowieka urodzonego. Życie w pierwszym z wymienionych etapów podlega dużo węższej ochronie na gruncie przepisów prawa karnego niż w drugim wypadku. Z tego powodu ważne jest jak najbardziej precyzyjne określenie momentu czasowego, w którym jedno dobro prawne (życie i zdrowie dziecka poczętego) przekształca się w inne (życie i zdrowie człowieka narodzonego). Z uwagi na brak regulacji ustawowych w tym zakresie, problem ten podlega rozstrzygnięciu w drodze wykładni operatywnej.

Odmienne kształtuje się sytuacja w przypadku stwierdzenia końca życia człowieka, który dość ściśle został określony przepisami ustawy oraz wydanymi na jej podstawie obwieszczeniami Ministra Zdrowia, opracowywanymi w metodyczny sposób algorytm stwierdzania śmierci mózgowej oraz krążeniowej. Kryteria te, powszechnie stosowane we wszystkich gałęziach prawa, w tym na gruncie prawa karnego, rozwiązują pojawiające się problemy interpretacyjne dotyczące m.in. czasu popełnienia przestępstw przeciwko życiu i zdrowiu⁵⁴. Podkreślenia wymaga również fakt, że życie człowieka, nawet znajdującego się w okresie agonii, nadal pozostaje doniosłym prawnie dobrem, podlegającym ochronie prawnej. Dowodem na to jest odpowiedzialność karna osoby, która spowodowałaby śmierć takiego chorego poprzez działanie⁵⁵. Jednakże z uwagi na konflikt tego dobra z godnością pacjenta, uporczywa terapia zwalnia lekarza od obowiązku podejmowania czynności medycznych i z tego powodu nie jest możliwe pociągnięcie lekarza do odpowiedzialności karnej za spowodowanie skutku przez zaniechanie.

Zarówno w przypadku określenia początku, jak i końca prawnokarnej ochrony życia ludzkiego, konieczne jest stwierdzenie okoliczności stanowią-

⁵⁴ Przykładowo: w wyroku z dnia 5 listopada 2008 r. Sąd Apelacyjny w Krakowie stwierdził, że śmierć człowieka jako skutek materialny przestępstwa zabójstwa jest zmianą w świecie zewnętrznym, którą obiektywnie można przypisać zachowaniu określonej osoby (osób). Ustalenie momentu śmierci następuje w oparciu o kryterium trwałego i nieodwracalnego ustania funkcji pnia mózgu (śmierć mózgowa), jak ustala art. 9 ustawy z dnia 1 lipca 2005 r. o pobieraniu, przechowywaniu i przeszczepianiu komórek, tkanek i narządów – sygn. II AKa 87/08, KZS 2009, nr 1, poz. 65.

⁵⁵ Umyślne spowodowanie śmierci człowieka, także na jego żądanie i pod wpływem współuczucia dla niego, stanowi przestępstwo z art. 150 k.k. (tzw. czynna eutanazja). Inaczej wygląda sytuacja w przypadku tzw. eutanazji biernej. Nie jest ona karalna w zakresie uporczywej terapii, albowiem na lekarzu nie ciąży obowiązek przedłużania procesu umierania – zob. A. Z o II, Odpowiedzialność karna..., s. 39.

cych wiedzę specjalną, opartą na aktualnej wiedzy medycznej. Dlatego istotne jest, aby kryteria te były na tyle jasne, by pozwoliły organom stosującym przepisy prawa karnego właściwie oceniać opinie sądowo-lekarskie w tym zakresie, tak aby rozstrzygnięcia dotyczące odpowiedzialności karnej osób wykonujących zawody medyczne za zachowania podejmowane w skrajnych okresach życia człowieka były jednolite i znajdowały oparcie zarówno w przepisach prawa krajowego, jak i międzynarodowego.

Scope of criminal-law protection of human life in connection with medical interventions

Abstract

This paper addresses challenges associated with defining an extent of a legal duty imposed on medical practitioners as far as the beginning and end of human life are concerned. Analysed is the scope of protection of human life in the prenatal and end-of-life phases, provided by criminal laws. Cited are relevant international and domestic legal regulations, as well as decisions of the Supreme Court and courts of appeal. Evaluated are current legal solutions applicable in criminal proceedings, including specifically proceedings involving criminal liability for medical malpractice in prenatal and end-of-life care.

Joanna Ptak

Zabójstwo funkcjonariusza publicznego

Streszczenie

Artykuł dotyczy zabójstwa funkcjonariusza publicznego popełnionego podczas lub w związku z pełnieniem przez niego obowiązków służbowych związanych z ochroną bezpieczeństwa ludzi bądź ochroną bezpieczeństwa lub porządku publicznego. Ma on charakter przeglądowy i dogmatyczny, przy czym Autorka koncentruje uwagę na interpretacji brzmienia art. 148 § 3 k.k., dokonując rozbioru określonego przepisu.

Ostatnim zabójstwem wyodrębnionym w art. 148 § 3 k.k. w oparciu o kryterium szczególnych cech ofiary jest „zabójstwo funkcjonariusza publicznego, popełnione podczas lub w związku z pełnieniem przez niego obowiązków służbowych związanych z ochroną bezpieczeństwa ludzi bądź ochroną bezpieczeństwa lub porządku publicznego”.

Ta nowa postać zabójstwa ciężkiego pojawiła się niedawno, 22 marca 2011 r., z chwilą wejścia w życie ustawy z dnia 26 listopada 2010 r. o zmianie ustawy – Kodeks karny oraz ustawy o Policji¹.

Prace nad powyższą ustawą zainicjował Senat (po orzeczeniu Trybunału Konstytucyjnego z kwietnia 2009 r., na mocy którego zniknął § 2 art. 148 k.k. dotyczący kwalifikowanego typu zabójstwa, na skutek niedochowania przez Sejm zgodnej z konstytucją drogi legislacyjnej przy wprowadzeniu w 2005 r. zmiany uchylonego przepisu) oraz resort sprawiedliwości. Senat w swym projekcie zaproponował powrót do pierwotnego zapisu z 1997 r., zaś ministerstwo zgłosiło pomysł dopisania nowego typu zabójstwa kwalifikowanego, tj. zabójstwa funkcjonariusza publicznego popełnionego podczas pełnienia przez niego obowiązków służbowych związanych z ochroną bezpieczeństwa ludzi bądź porządku publicznego. Ostatecznie podczas prac legislacyjnych zdecydowano o wykreśleniu spośród typów zabójstw kwalifikowanych morderstwa z użyciem broni palnej, nie dopisano zabójstwa dokonanego w celu utrudnienia toczącego się postępowania, powołano proponowany przepis dotyczący ochrony funkcjonariusza publicznego.

Należy zaznaczyć, że w pracach nad projektem nie brała udziału powołana do prac nad reformami prawa Komisja Kodyfikacyjna Prawa Karnego kie-

¹ Dz. U. z 2010 r., Nr 240, poz. 1602.

rowana przez A. Zolla, złożona z wybitnych karnistów, co jednoznacznie dowodziło, że propozycja zmian nie wyszła z inicjatywy tego środowiska, a była wynikiem publicznej dyskusji po głośnej napaści na policjanta na warszawskiej Woli w lutym 2010 r., podczas której policjant, podkom. A. Struj, został śmiertelnie raniony nożem po tym, jak zwrócił uwagę dwóm nastolatkom na akty chuligaństwa, jakich dopuścili się na przystanku tramwajowym.

Na mocy powołanej ustawy nastąpiło m.in. wzmocnienie prawnej ochrony tych kategorii funkcjonariuszy publicznych, którzy z racji pełnionych obowiązków związanych „z ochroną bezpieczeństwa ludzi bądź ochroną bezpieczeństwa lub porządku publicznego” są najbardziej narażeni na niebezpieczeństwo osobiste, a których skuteczne działanie wiąże się z zapobieganiem i zwalczaniem przestępczości, budowaniem poczucia bezpieczeństwa publicznego.

Zatem przepis nie obejmuje wszystkich kategorii funkcjonariuszy publicznych, wyszczególnionych numerycznie w art. 115 § 13 k.k., ponieważ ustawodawca celowo zawęził jego zakres stosowania tylko i wyłącznie do tych funkcjonariuszy, których obowiązki służbowe związane są „z ochroną bezpieczeństwa ludzi, bądź ochroną bezpieczeństwa lub porządku publicznego”. Jest to rozwiązanie słuszne, by poza zakresem znaleźli się ci funkcjonariusze publiczni, którzy ze względu na charakter wykonywanych obowiązków są w mniejszym stopniu narażeni na niebezpieczeństwo osobiste.

Jaka więc grupa osób będzie tworzyła tę kategorię funkcjonariuszy publicznych, których obowiązki służbowe związane są „z ochroną bezpieczeństwa ludzi bądź ochroną bezpieczeństwa lub porządku publicznego”?

Przedstawiciele doktryny podają różny zakres osób zaliczanych do tej kategorii funkcjonariuszy publicznych. Zdaniem S. Pikulskiego, będą to: sędziowie, prokuratorzy, komornicy, kuratorzy sądowi, syndycy, nadzorcy sądowi, funkcjonariusze finansowego organu postępowania przygotowawczego, funkcjonariusze organów powołanych do ochrony bezpieczeństwa publicznego, funkcjonariusze służby więziennej, osoby pełniące czynną służbę wojskową².

Według A. Marka status ten przysługuje, jak wskazuje formuła przepisu, funkcjonariuszom publicznym wykonującym obowiązki w zakresie:

- ochrony bezpieczeństwa ludzi (np. funkcjonariuszom Biura Ochrony Rządu),
- ochrony bezpieczeństwa publicznego (np. Policji, Agencji Bezpieczeństwa Wewnętrznego, Agencji Wywiadu),
- ochrony porządku publicznego (np. strażnikom miejskim i gminnym).

Zdaniem autora, powyższy zakres budzi zastrzeżenia, gdyż jest zbyt obszerny, obejmując funkcjonariuszy porządku publicznego. Z drugiej strony au-

² S. P i k u l s k i, Zabójstwa kwalifikowane w polskim kodeksie karnym z 1997 r., *Studia Prawnoustrojowe* 2012, t. 15, s. 19.

tora zastanawia fakt, iż poza zakresem znaleźli się inni funkcjonariusze publiczni, tj. sędziowie, prokuratorzy, członkowie rządu, posłowie, senatorowie³. Z kolei, A. Zoll do zakresu tej kategorii funkcjonariuszy publicznych zakwalifikował tych funkcjonariuszy, o których jest mowa w art. 115 § 13 pkt 7, łącznie z funkcjonariuszami Służby Więziennej⁴.

Mając na uwadze powyższe zakresy, można dostrzec brak konsensusu co do zakresu znaczeniowego omawianego pojęcia. O ile pierwszy z zakresów obejmuje szeroki krąg osób, którym przysługuje status funkcjonariusza publicznego podlegającego ochronie prawnej z art. 148 § 3 k.k., o tyle kolejne z nich już zawężają krąg osób wchodzących w jego skład, zmniejszając znacznie swój profil.

Ta wzmocniona ochrona prawna ma miejsce, gdy czyn sprawcy nastąpił „podczas” lub „w związku” z pełnieniem przez funkcjonariusza publicznego obowiązków służbowych. Ma tu więc miejsce łączność czasowa (znamię „podczas”), jak i przedmiotowa (znamię „w związku”). Dla bytu przestępstwa wystarczy, by czyn sprawcy pozostawał bądź w czasie, bądź jedynie w związku z pełnieniem przez funkcjonariusza publicznego obowiązków służbowych. W tym miejscu należy zwrócić uwagę, że pierwotnie przepis ten miał nieco inną formułę przez użycie spójnika „i” w miejsce obecnego „lub”⁵. W konsekwencji ten pozornie niewielki zabieg, polegający na posłużeniu się innym spójnikiem, narzucał wymóg, by zabójstwo funkcjonariusza publicznego było dokonane „podczas i w związku z jego obowiązkami służbowymi”. Taki zapis trudno byłoby zaakceptować, ponieważ przy takiej redakcji jego znamion poza zakresem normowania pozostawałyby sytuacje zabójstwa funkcjonariusza publicznego dokonane już po zakończeniu wykonywania przez niego w danym dniu obowiązków służbowych (przy jednoczesnym ziszczeniu się znamienia „w związku”), jako swoisty akt zemsty sprawcy za uprzednio wykonywane w stosunku do niego czynności prawne.

Powracając do głównego wątku zabójstwo funkcjonariusza publicznego, termin „podczas” pełnienia obowiązków służbowych, oznacza zbieżność czasową czynu sprawcy z „byciem na służbie” funkcjonariusza publicznego, czyli znamię „podczas” zostanie zrealizowane, gdy czyn sprawcy miał miejsce w czasie, gdy np. funkcjonariusz Policji w pościgu za sprawcą został przez niego śmiertelnie postrzelony. Z kolei, „związek” zabójstwa z pełnieniem przez funkcjonariusza publicznego obowiązków służbowych należy

³ A. Marek, *Przestępstwa przeciwko życiu i zdrowiu*, Prawo karne, wyd. 10, Warszawa 2011, s. 427.

⁴ A. Zoll, (w:) A. Zoll (red), *Kodeks karny. Część szczególna. Komentarz*, t. II: Komentarz do art. 117–277, wyd. 4, Warszawa 2013, s. 289.

⁵ A. Nowak, *Nowe ujęcie zabójstwa kwalifikowanego*, Prokuratura i Prawo 2012, nr 5, s. 83.

interpretować funkcjonalnie. Znamień to zostanie zrealizowane, gdy np. prokurator zostanie zabity w związku z oskarżeniem groźnego przestępcy⁶.

Samo znamień „podczas” lub w związku” nie powinno budzić większych wątpliwości interpretacyjnych, gdyż występuje w zespole ustawowych znamion innych czynów zabronionych w Kodeksie karnym, jak choćby w art. 222 k.k. dotyczącym naruszenia nietykalności cielesnej funkcjonariusza publicznego lub osoby do pomocy mu przybranej, choć doktryna nie pokusiła się o jego interpretację.

Na zwrócenie uwagi zasługuje sytuacja, gdy funkcjonariusz Policji podjął czynności mieszczące się w ramach zadań Policji „poza czasem służby”, tj. kiedy nie miał prawnego imperatywu do działania, lecz z racji dostrzeżonego zagrożenia podjął czynności w celu jego zapobiegnięcia, stąd nasuwa się pytanie – czy to działanie funkcjonariusza ma miejsce „podczas lub w związku z pełnieniem obowiązków służbowych”?

Choć w orzecznictwie sądowym, w kontekście art. 222 § 1 k.k., zachował się pogląd, że „funkcjonariusz Policji, podejmując w czasie wolnym od pracy działania zmierzające do obrony porządku prawnego, w zgodzie z rotą ślubowania wynikającego z przepisu art. 27 ustawy o Policji, działa w ramach obowiązków służbowych lub w związku z nimi. Należy więc uznać, że tym samym korzysta ze wzmocnionej ochrony przewidzianej dla funkcjonariuszy publicznych”⁷, to trudno mu nadać walor powszechności i odnieść do powyższej sytuacji, gdyż pogląd ten pozbawiony jest należytego wsparcia normatywnego i może spotkać się z zarzutem wykładni rozszerzającej na niekorzyść sprawcy, naruszającej zasadę *nullum crimen sine lege stricta*.

Odrzucając stanowisko sądu mamy następującą sytuację – policjant będzie korzystał z ochrony przewidzianej w Kodeksie karnym dla funkcjonariuszy publicznych tylko „podczas lub w związku z pełnieniem obowiązków służbowych”. Wyłączony będzie z tej ochrony, gdy czynności mieszczące się w ramach zadań Policji podejmie poza czasem służby, tj. kiedy nie ma prawnego obowiązku działania.

Zaistniałą lukę usunął projektodawca, formułując przepis art. 66 ust. 2 ustawy z dnia 6 kwietnia 1990 r. o Policji, w którym zagwarantował policjantom ochronę przewidzianą w Kodeksie karnym, gdy „poza czasem służby” podejmą działania na rzecz zapobieżenia zagrożeniu życia lub zdrowia ludzkiego, przywrócenia bezpieczeństwa i porządku publicznego lub ujęcia sprawcy czynu zabronionego. Wymienione działania ujęte są w katalogu zadań art. 1 ust 2 ustawy o Policji i należą do tych zadań, które w największym stopniu stanowią zagrożenie osobiste dla policjantów, z drugiej strony pokrywają się z podejmowanymi działaniami poza czasem służby jako reakcji

⁶ A. Z o II, (w:) A. Z o II (red.), Kodeks..., t. II, op. cit., s. 289.

⁷ Wyrok SA w Katowicach z dnia 23 maja 2002 r., sygn. II AKa 41/02.

na dostrzeżone przejawy naruszenia prawa. Powołany przepis zapewnia więc kwalifikację z art. 148 § 3 k.k., gdy ofiarą będzie policjant podejmujący po godzinach służby interwencję wobec chuliganów zagrażających życiu, zdrowiu innych osób bądź niszczących mienie.

Interesująca sytuacja będzie mieć także miejsce, gdy zwykły obywatel, nie będąc funkcjonariuszem publicznym (a więc nie będąc zobowiązany prawnie), podejmie interwencję na dostrzeżone naruszenie prawa w obronie bezpieczeństwa i porządku publicznego, narażając się przy tym na agresywną reakcję przestępcy, stąd pytanie – czy taka osoba może korzystać ze wzmocnionej ochrony prawnej, jaka jest przewidziana w przepisach Kodeksu karnego dla funkcjonariuszy publicznych, skoro nim nie jest, a niejako w zastępstwie zobowiązanego do ochrony porządku prawnego takie działania podejmuje?

Na postawione pytanie trzeba udzielić odpowiedzi twierdzącej, gwarantuje to nowo dodany art. 25 § 4 k.k., choć pod pewnymi warunkami. Otóż osoba ta:

- musi działać w warunkach obrony koniecznej, interwencyjnej w celu odparcia bezpośredniego, bezprawnego zamachu,
- zamach musi być skierowany przeciwko cudzemu dobru prawnemu, czyli dobru innej osoby lub podmiotu zbiorowego,
- działanie interwencyjne musi być skierowane na rzecz ochrony bezpieczeństwa lub porządku publicznego.

Jeśli powyższe warunki zostaną spełnione, tj., gdy dojdzie do zabicia tej osoby, która w obronie koniecznej odpierała zamach na cudze dobro prawne, chroniąc bezpieczeństwo lub porządek publiczny, to wówczas należy przyjąć kwalifikację z art. 148 § 3 k.k., ponieważ osoba ta korzysta z ochrony przewidzianej dla funkcjonariuszy publicznych. Należy zauważyć, że osoba interweniująca musi odpierać zamach na „cudze” dobro chronione prawem. Jest to ważne ograniczenie ustawodawcy, gdyby go nie było, to z art. 148 § 3 k.k. byłyby kwalifikowane każde zabójstwa dokonane na osobie podejmującej jakąkolwiek obronę przed zamachem.

Użyte w nowym brzmieniu art. 148 § 3 k.k. sformułowanie „obowiązków służbowych związanych z” wykorzystuje pojęcie ustawowe występujące w art. 1 ust. 1 ustawy z dnia 6 kwietnia 1990 r. o Policji⁸. Zgodnie z treścią tego artykułu: „Tworzy się Policję jako umundurowaną i uzbrojoną formację służącą społeczeństwu i przeznaczoną do ochrony bezpieczeństwa ludzi oraz do utrzymywania bezpieczeństwa i porządku publicznego”. Z cytowanej ustawy można wyciągnąć wniosek, że do głównych zadań Policji należy ochrona życia (i mienia) ludzi przed bezprawnymi zamachami naruszającymi te dobra oraz ochrona bezpieczeństwa i porządku publicznego (także w dro-

⁸ Dz. U. z 2007 r., Nr 43, poz. 277 z późn. zm.

dzie zapobiegania przestępstwom, wykroczeniom, zjawiskom kryminogennym).

Od strony podmiotowej sprawca zabójstwa funkcjonariusza działającego w ochronie bezpieczeństwa ludzi bądź bezpieczeństwa i porządku publicznego musi mieć świadomość, że dokonuje zamachu na życie tego typu funkcjonariusza⁹. Podobnie w przypadku osoby, o której jest mowa w art. 25 § 4 k.k., sprawca musi mieć świadomość, że osoba ta chroni cudze dobro przed jego bezprawnym naruszeniem, chroniąc bezpieczeństwo lub porządek publiczny. W obydwu przypadkach zamiar zabicia tych osób może być bezpośredni lub wynikowy¹⁰.

Zdania co do słuszności wprowadzenia tego przepisu były podzielone. Sama Komisja Kodyfikacyjna Prawa Karnego dość mocno poddała krytyce rządowy projekt. W sporządzonej przez siebie opinii¹¹ przedstawiła dane statystyczne, z których wynikało, że od 1990 r. zginęło podczas służby 120 policjantów, przy czym zdecydowana większość z nich zginęła w wypadkach samochodowych. Z kolei w latach 2000–2010 dziewięciu policjantów zginęło od zamachów przestępczych, w tym w 2004 r. – czterech, w 2003 r. trzech, a w 2007 r. i w 2010 r. po jednym policjancie. Zatem, od strony merytorycznej, przepis dotyczący zabójstwa funkcjonariusza publicznego popełnionego podczas lub w związku z pełnieniem przez niego obowiązków służbowych związanych z ochroną bezpieczeństwa ludzi bądź ochroną bezpieczeństwa lub porządku publicznego nie znajduje uzasadnienia w świetle konstytucyjnej zasady proporcjonalności, bowiem czynów realizujących znamiona proponowanego typu przestępstwa nie ma lub też były incydentalne przypadki¹².

Środowisko doktryny prezentuje różne stanowiska odnośnie ustanowionego przepisu. Przykładowo, K. Daszkiewicz krytycznie odnosiła się do pominięcia w katalogu typów kwalifikowanych wyszczególnionych w art. 148 k.k. – zabójstwa policjanta na służbie – dochodząc do przekonania, że ma to związek ze szczególnie łagodnym zagrożeniem karnym za przestępstwo czynnej napaści na funkcjonariusza publicznego, za który to występki grozi kara pozbawienia wolności od roku do lat 10, stąd też wprowadzony przepis w pełni akceptowała¹³.

Podobnie J. Piórkowska-Flieger pozytywnie oceniła powołany przepis, uznając, że zabójstwo funkcjonariusza publicznego w okolicznościach wskazanych w art. 148 § 3 k.k. cechuje się bardzo wysokim stopniem społecznej szkodliwości, tym bardziej, na co zwróciła uwagę autorka, iż może mieć

⁹ S. Piłulski, Zabójstwa..., *op. cit.*, s. 20.

¹⁰ A. Zoll, (w:) A. Zoll (red.), Kodeks karny..., t II, *op. cit.*, s. 290.

¹¹ Opinia SN z dnia 2 kwietnia 2010 r. w sprawie rządowego projektu ustawy o zmianie ustawy – Kodeks karny (wersja z dnia 3 marca 2010 r.), BSA II– 021–30/10.

¹² Sejm RP VI Kadencji, druk nr 2986.

¹³ K. Daszkiewicz, Ciężkie zabójstwo, *Monitor Prawniczy* 1997, nr 12, s. 481–482.

miejsce sytuacja, gdy sprawca, godząc w życie funkcjonariusza publicznego, wykonującego obowiązki służbowe związane z ochroną bezpieczeństwa ludzi, może również zagrozić życiu i zdrowiu osób chronionych przez tego funkcjonariusza¹⁴.

Większość prezentowała pogląd wielokrotnie wyrażany w orzecznictwie Sądu Najwyższego iż, „każde życie powinno podlegać pod taką samą ochronę. Jest to standard, którego nikt nie powinien kwestionować i podważać”.

Zwolennikiem tego poglądu był m.in. A. Nowak, który uznając, że „atak na życie człowieka powinien być rozpatrywany – ze względu na wagę zaatakowanego dobra – jako jednolita kategoria”, poddał zdecydowanej krytyce omawiany przepis, mając zastrzeżenia, że został on wyodrębniony ze względu na szczególne cechy ofiary. Według tego autora nie do przyjęcia jest przyznanie funkcjonariuszom publicznym „szczególnej cechy”, tym bardziej, że jest to grupa wyposażona w odpowiednie kwalifikacje i środki psychofizyczne umożliwiające jej obronę¹⁵.

W oparciu o powyższe można dojść do następujących wniosków. Impulsem do wprowadzenia przepisu nie były naciski środowiska naukowego, praktyków, poparte badaniami tej grupy przestępczości, by ograniczyć to „niebezpieczne zjawisko”, lecz jednostkowe wydarzenie, które nagłośnione w mediach, służyło interesom politycznym, by zyskać akceptację, przychylność opinii publicznej. Zatem, wprowadzony przepis to jaskrawy przykład populizmu. Kodeks nie zawierał luki, pozwalał na typizację tego czynu, dając sędziemu swobodę przy wymiarze odpowiedniej kary, uwzględniającej to, kim była ofiara.

Murder of a public servant

Abstract

This paper touches upon murdering a public servant in the course of or in connection with the performance of their official duties to protect the safety of people or the public order and safety. A review of dogmas is offered, which is focused on the interpretation and profound analysis of Article 148, § 3 of the Penal Code.

¹⁴ J. Piórkowska-Flieger, Spory wokół kwalifikowanych typów przestępstw, (w:) A. Michalska-Warias, I. Nowikowski, J. Piórkowska-Flieger (red.), Teoretyczne i praktyczne problemy współczesnego prawa karnego. Księga Jubileuszowa dedykowana prof. T. Bojarskiemu, Lublin 2011, s. 284.

¹⁵ A. Nowak, Zabójstwo funkcjonariusza publicznego jako nowy typ zabójstwa kwalifikowanego, (w:) Wina i kara. Księga pamięci prof. G. Rejman, Studia Iuridica, t. 55, s. 180.

Andrzej Mucha

Prokurent jako podmiot przestępstwa niegospodarności (art. 296 § 1 k.k.)

Streszczenie

Autor dokonuje analizy możliwości uznania prokurenta za podmiot przestępstwa niegospodarności. W szczególności poruszona zostaje problematyka konkretnych podstaw normatywnych wskazanych w sposób enumeratywny w treści § 1 art. 296 k.k., które stanowią bazę dla wprowadzania danych osób w obszar podmiotów zdalnych do realizacji znamion przestępstwa nadużycia zaufania, w tym w szczególności pod kątem ustalenia czy, a jeżeli tak, to które z tych podstaw mogą być źródłem umocowania dla działania prokurenta jako podmiotu omawianego przestępstwa. Analizowana problematyka ma bezpośrednie znaczenie dla procesu badania możliwości pociągnięcia do odpowiedzialności karnej osób, które pełniąc funkcję prokurenta, w sposób faktyczny aktywnie działają w sferze procesów gospodowania.

1. Jednym z wciąż budzących pewne wątpliwości i przeto niezwykle inspirującym zagadnieniem ujawniającym się procesie analizy desygnatów poszczególnych znamion przedmiotowych typu czynu zabronionego opisanego w art. 296 k.k., który to typ potocznie określany jest mianem przestępstwa niegospodarności lub przestępstwa nadużycia zaufania¹, jest zagadnienie zakresu podmiotów zdalnych do ponoszenia odpowiedzialności na gruncie wskazanego przepisu². W szczególności zaś zdecydowana w tym zakresie

¹ W przedmiocie zasygnalizowanej kwestii terminologicznej zob. w szczególności: P. Kardas, Sporne problemy wykładni przestępstwa nadużycia zaufania, CzPKiNP 2006, nr 2, s. 105; P. Kardas, (w:) A. Zoll (red.), Kodeks karny. Część szczególna, t. III: Komentarz do art. 278–363, Warszawa 2006, s. 518; R. Zawłocki, (w:) A. Wąsek (red.), Kodeks karny. Część szczególna, t. II: Komentarz, Warszawa 2004, s. 1006; R. Zawłocki, (w:) M. Królikowski, R. Zawłocki (red.), Kodeks karny. Część szczególna, t. II, Warszawa 2013, s. 703 i n.; O. Górniok, Przestępstwa gospodarcze, Warszawa 2000, s. 17 i n.; O. Górniok, Odpowiedzialność karna menadżerów, Toruń 2004, s. 68; J. Skorupka, Typy przestępstw nadużycia zaufania, Prok. i Pr. 1998, nr 2, s. 52 i n.; A. Marek, Kodeks karny. Komentarz, Warszawa 2005, s. 603.

² W szczególności chodzi tu o problem przedmiotowych właściwości podmiotu przestępstwa niegospodarności, tzn. o ustalenie, jakie osoby z uwagi – bądź to na charakter pełnionych przez nie funkcji w ramach podmiotów, na których rzecz ma działać sprawca przestępstwa

rozbieżność poglądów związana jest z zagadnieniem rozstrzygnięcia możliwości zakwalifikowania jako podmiotu przestępstwa niegospodarności osoby prokurenta. Ujawniające się w tym zakresie rozbieżności poglądów poszczególnych przedstawicieli doktryny prawa karnego wskazują na możliwość wyodrębnienia dwóch najbardziej ogólnych problematycznych zagadnień, które dotyczą przedmiotowej kwestii. Po pierwsze, wskazać należy na tę płaszczyznę, na której ścierają się ze sobą poglądy, które co do zasady różnią się odpowiedzią na pytanie, czy w ogóle prokurent może być uznany za podmiot przestępstwa niegospodarności³. Po drugie, w obszarze zwolenników poglądu, że prokurent jest podmiotem zdolnym do ponoszenia odpowiedzialności na gruncie przepisu art. 296 k.k., można wyróżnić daleko idące rozbieżności w odpowiedzi na pytanie, jaka jest podstawa prawna, spośród wymienionych w przepisie § 1 art. 296 k.k., która może być uznana za prawidłową podstawę „wprowadzenia” prokurenta w obszar desygnatów znamienia podmiotu przestępstwa niegospodarności⁴. Tymczasem, zagadnienie dotyczące możliwości uznania prokurenta za podmiot przestępstwa z art. 296 k.k. ma istotne znaczenie praktyczne. Związane jest to z faktem powszechności wykorzystywania instytucji prokury w procesach gospodarowania, co w sposób bezpośredni jest konsekwencją zarówno zakresu uprawnień prokurenta oraz powiązanej z tym możliwości wykorzystywania osoby prokurenta dla usprawnienia i lepszego zorganizowania działań biznesowych podejmowanych przez osoby zarządzające podmiotami biorącymi

z art. 296 k.k., bądź to z uwagi na charakter ich funkcjonalnego z nimi powiązania – mogą być uznawane za osoby zdolne do ponoszenia odpowiedzialności karnej za realizację znamion przestępstwa niegospodarności.

³ Spośród Autorów zajmujących się problematyką odpowiedzialności karnej za przestępstwo nadużycia zaufania pogląd o niedopuszczalności uznawania prokurenta za podmiot tego przestępstwa prezentuje w szczególności A. Zientara, *Przestępstwo nadużycia zaufania z art. 296 kodeksu karnego*, Warszawa 2010, s. 94. Zdecydowana większość przedstawicieli doktryny prawa karnego stoi jednak na stanowisku, że prokurent może być podmiotem typu czynu zabronionego opisanego przepisem art. 296 k.k. Różnice w ich poglądach, jak się wydaje, dotyczą raczej konkretnych podstaw normatywnych spośród enumeratywnie wskazanych w analizowanym przepisie, które mogą być podstawą dla wprowadzenia osoby prokurenta w obszar podmiotów tego przestępstwa. Tak w szczególności: T. Oczkowski, *Nadużycie zaufania w prowadzeniu cudzych spraw majątkowych. Prawnokarne oceny i konsekwencje*, Warszawa 2013, s. 88; P. Kardas, (w:) A. Zoll (red.), *Kodeks karny. Część szczególna...*, s. 532; M. Kulik, (w:) M. Mozgawa (red.), *Kodeks karny. Praktyczny komentarz*, Warszawa 2006, s. 576; A. Marek, *Kodeks karny...*, s. 604. Szerzej przedmiotowe zagadnienie zostanie zaprezentowane w dalszej części opracowania, gdzie poruszany będzie w sposób szczegółowy problem możliwości pociągnięcia prokurenta do odpowiedzialności karnej za przestępstwo niegospodarności (nadużycia zaufania).

⁴ W tym miejscu jedynie zasygnalizowano występujące w doktrynie prawa karnego rozbieżności co do możliwych podstaw prawnych wprowadzania osoby prokurenta w obszar analizowanego przepisu. Z uwagi na układ prezentowanego opracowania problem rozbieżności stanowisk poszczególnych przedstawicieli doktryny prawa karnego w tej materii zostanie omówiony niżej.

udział w sferze gospodarowania⁵. Podmioty aktywnie uczestniczące w procesach gospodarczych chętnie korzystają z instytucji prokury, albowiem w ten sposób uzyskują one znaczącą pomoc w prowadzeniu działań biznesowych poprzez możliwość jednoczesnego działania w wielu miejscach oraz możliwość wyręczania osób zarządzających przedsiębiorstwem przy podejmowaniu wielu istotnych i kluczowych decyzji biznesowych ważnych dla dalszego funkcjonowania danego podmiotu gospodarczego. Wskazane wyżej okoliczności są tym bardziej istotne, jeżeli uwzględni się fakt niezwykle dynamiczności sfery gospodarowania, a co za tym idzie, konieczność dysponowania osobami, które będą mogły swobodnie, niezależnie od siebie i na wielu obszarach, podejmować działania związane ze sferą gospodarowania danego konkretnego podmiotu. Korzystanie z instytucji prokury, z uwagi na przedmiotowy zakres kompetencji prokurenta, pozwala na istotne decyzyjne i kompetencyjne odciążenie osób zarządzających danym podmiotem gospodarczym i przez to na zwiększenie mobilności oraz skuteczności podejmowanych czynności ze sfery gospodarowania. Nie można jednakże tracić z pola widzenia jednej jeszcze kwestii, jakże istotnej w kontekście konieczności prawidłowego dekodowania zakresu podmiotów zdalnych do ponoszenia odpowiedzialności na gruncie przestępstwa z art. 296 k.k. Mianowicie, obserwacja procesów gospodarowania prowadzi do wniosku, iż niezwykle często instytucja prokury w sposób z góry przemyślany wykorzystywana jest w sferze procesów gospodarowania w celu uniknięcia możliwości pociągnięcia do odpowiedzialności karnej osób, które zarządzają danymi podmiotami. Z jednej bowiem strony instytucja prokury w patologicznych układach sytuacyjnych wykorzystywana jest przez władze podmiotów w tym celu, aby przesunąć ewentualnie grożącą im odpowiedzialność karną w kierunku innej osoby poprzez wykazanie, że to prokurent, a nie osoba mocodawcy, winien ponosić ewentualną odpowiedzialność karną za podjęte działania. Jednakże, o wiele częstszym zjawiskiem jest przyjmowanie poprzez osoby faktycznie zarządzające danym podmiotem gospodarczym pozycji prokurenta przy jednoczesnym i równoległym funkcjonowaniu fasadowego zarządu danego przedsiębiorstwa, gdzie rolą takiego zarządu jest jedynie wykonywanie czynności nakazanych przez osobę, która formalnie sprawuje funkcję prokurenta, a w rzeczywistości zarządza danym podmiotem. Osoba prokurenta, która faktycznie kieruje działaniami firmy i podejmuje wszystkie kluczowe decyzje, łącznie z formalnym występowaniem w procesach gospodarowania, wykorzystuje instytucję prokury w przekonaniu, że jako prokurent nie może odpowiadać za popełnienie konkretnych przestępstw z obszaru typów tzw. przestępstw gospodarczych, w tym przede wszystkim wykluczona jest od-

⁵ Zob. w szczególności J. Szwaja, (w:) S. Sołtysiński, A. Szajkowski, S. Szwaja, Kodeks handlowy. Komentarz, t. I, Warszawa 1997, s. 481.

powiedzialność w oparciu o przepis art. 296 k.k. z uwagi na fakt, że nie jest on osobą wchodzącą w skład zarządu przedsiębiorstwa i nie może być w związku z tym pociągnięty do odpowiedzialności karnej. Taki sposób układania wewnętrznych powiązań osobowych w ramach danych podmiotów gospodarczych w konsekwencji prowadzi do wykorzystywania instytucji prokury w działaniach przestępnych związanych z funkcjonowaniem danych przedsiębiorstw przy jednoczesnym podejmowaniu próby przerzucania odpowiedzialności za ewentualne działania realizujące znamiona konkretnych typów czynów zabronionych na osoby wchodzące w skład niejednokrotnie fasadowych zarządów, które pozbawione są faktycznych możliwości kierowania danym podmiotem i podejmowania kluczowych dla funkcjonowania danego przedsiębiorstwa decyzji. Taki sposób postępowania wynika z przekonania, iż prokurent nie może być podmiotem przede wszystkim przestępstwa, o jakim mowa w art. 296 k.k., który to typ jest aktualnie jednym z podstawowych typów czynów zabronionych, penalizujących sferę patologicznych zachowań podejmowanych w obszarze gospodarowania. Wykorzystywanie we wskazywany sposób instytucji prokury jako konstrukcji mającej na celu uniknięcie odpowiedzialności karnej za przestępne działania podejmowane w sferze gospodarowania, oprócz oczywiście negatywnych konsekwencji w postaci możliwości zmierzania do uniknięcia odpowiedzialności karnej przez osoby, które faktycznie własnym działaniem realizują znamiona przestępstwa niegospodarności, ma jeszcze jeden, równie istotny, negatywny wymiar. Mianowicie, taki sposób działania powoduje, że konstrukcje prawne, funkcjonujące dla dobra obrotu gospodarczego, są wykorzystywane w taki sposób, który narusza jeden z filarów prawidłowego funkcjonowania sfery gospodarowania, jakim jest zaufanie zarówno do instytucji i konstrukcji prawnych funkcjonujących w sferze gospodarowania, jak i do innych podmiotów, które biorą udział w tej swoistej grze rynkowej.

Przed przejściem do omówienia podstawowego problemu, będącego przedmiotem niniejszego opracowania, koniecznym jest poczynienie swego wstępu poprzez przedstawienie ogólnej charakterystyki instytucji prokury. Zabieg ten ma na celu, po pierwsze, wskazanie na te jej cechy, które są ważne z punktu widzenia kwestii poruszonych już wyżej, jak również ma na celu ukazanie tych cech charakterystycznych instytucji prokury, które są relewantne dla dokonania prawidłowych ustaleń, czy prokurent może być podmiotem przestępstwa niegospodarności, a w razie udzielenia pozytywnej odpowiedzi na tak postawione pytanie, ustalenie, na jakiej podstawie spośród wskazanych w art. 296 k.k. osoba prokurenta może być włączana w krąg osób zdatnych do ponoszenia odpowiedzialności karnej na gruncie tego przepisu.

2. Dla dokonania prawidłowej oceny normatywnego charakteru instytucji prokury konieczne jest odwołanie się do jej genezy⁶. Instytucja ta, od czasu jak pojawiła się w prawie germańskim jeszcze w XVII w., zaliczana jest niezmienne do kategorii tzw. pełnomocnictw handlowych, które, jak sama nazwa wskazuje, związane są w sposób bezpośredni z procesami gospodarowania. Owo ścisłe powiązanie instytucji prokury z szeroko rozumianym obrotem gospodarczym z jednej strony wymusiło swoisty i odrębny od zwykłego pełnomocnictwa sposób uregulowania tejże instytucji, z drugiej zaś strony wpływa w sposób oczywisty na sam proces interpretacji poszczególnych zapisów ustawowych regulujących prokurę, jak i na odczytanie istoty oraz normatywnego jej charakteru. Prokura została wymyślona jako instrument prawny mający stanowić swoistą pomoc w prowadzeniu działalności przez podmioty funkcjonujące w sferze procesów gospodarowania. Jest to jednakże instytucja swoista i szczególna, a jej istota nie polega na „bezwolnym” wykonywaniu przez prokurenta poleceń wydanych przez mocodawcę. Gdyby tak było, nie zachodziłaby potrzeba tworzenia odrębnej – obok zwykłego pełnomocnictwa – instytucji prawnej, która polega na zastępowaniu w podejmowaniu konkretnych działań osoby, która udzieliła pełnomocnictwa. Jak przyjmuje się w doktrynie prawa cywilnego, prokura może być uznawana za rodzaj pełnomocnictwa, gdyż w ogólnych założeniach obie instytucje wykazują daleko idące podobieństwa. Co do zasady bowiem, tak jak przy pełnomocnictwie, prokurent składa własne oświadczenie woli, jednakże działa w imieniu mocodawcy i z bezpośrednim dla niego skutkiem. Czynności podejmowane przez prokurenta wywołują zatem skutki bezpośrednio po stronie podmiotu, który udzielił prokurentowi umocowania do działania. Podkreśla się ponadto, iż prokurent formalnie nie należy do osób zarządzających przedsiębiorcą czy też prowadzących jego sprawy i nie obejmuje ona upoważnienia do podejmowania decyzji dotyczących stosunków wewnętrznych mocodawcy⁷. Taka charakterystyka instytucji prokury dokonywana w nauce

⁶ Jak podnosi się w literaturze, instytucja prokury wywodzi się jeszcze z prawa germańskiego z 1861 r. [zob. J. Sz w a j a, (w:) S. Sołtysiński, A. Szajkowski, J. Sz w a j a, Kodeks handlowy..., s. 480 i n.]. W prawie polskim instytucja prokury pierwotnie została uregulowana dekretem z dnia 7 lutego 1919 r. o rejestrze handlowym (Dz. Praw. Nr 14, poz. 164). Następnie przepisy dotyczące prokury zawarte były w Rozporządzeniu Prezydenta Rzeczypospolitej z dnia 27 czerwca 1934 r. – Kodeks handlowy (Dz. U. z 1934 r., Nr 57, poz. 502 ze zm.). Aktualnie prokura uregulowana jest przepisami art. 109¹–109⁹ obowiązującego Kodeksu cywilnego, do którego zostały wprowadzone ustawą nowelizującą z dnia 14 lutego 2003 r. o zmianie ustawy – Kodeks cywilny oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. z 2003 r., Nr 49, poz. 408), która weszła w życie 25 września 2003 r.

⁷ Zob. w szczególności: M. P a z d a n, (w:) Z. R a d w a Ń s k i (red.), System prawa prywatnego. Prawo cywilne – część ogólna, t. 2, Warszawa 2008, s. 534 i n.; M. P a z d a n, (w:) K. P i e t r z y k o w s k i (red.), Kodeks cywilny. Komentarz do artykułów 1–449¹¹, t. I, Warszawa 2008, s. 493 i n.; S. R u d n i c k i, (w:) S. D m o w s k i, S. R u d n i c k i, Komentarz do Kodeksu cywil-

prawa cywilnego nie ma znaczenia z punktu widzenia ustalenia, czy osoba prokurenta może być podmiotem przestępstwa nadużycia zaufania. Dla udzielenia odpowiedzi na pytanie stanowiące przedmiot niniejszego opracowania relewantne są bowiem dwie kwestie. Pierwsza z nich to ustalenie normatywnego charakteru podstawy prawnej umocowania prokurenta, tj., czy odpowiada ona którejś z podstaw umocowania opisanych przepisem art. 296 § 1 k.k., druga zaś dotyczy zakresu umocowania prokurenta w kontekście znamion czasownikowych opisanych w przepisie art. 296 § 1 k.k. jako „zajmowanie się sprawami majątkowymi lub działalnością gospodarczą”. Nim przedstawione zostaną stosowne rozważania dotyczące zarysowanego wyżej problemu, należy zauważyć, że także w nauce prawa cywilnego podkreśla się istotne różnice występujące pomiędzy zwykłym pełnomocnictwem a instytucją prokury. W szczególności, oprócz jawności instytucji prokury oraz kręgu podmiotów uprawnionych do udzielenia prokury tym, co w sposób szczególny odróżnia analizowaną instytucję od zwykłego pełnomocnictwa, jest specyficznym określony zakres umocowania prokurenta. Ta ostatnia okoliczność ma szczególne znaczenie z punktu widzenia prowadzonych tu rozważań. Należy bowiem zauważyć, iż inaczej niż przy pełnomocnictwie udzielanym na zwykłych zasadach, w przypadku prokury zakres umocowania prokurenta jest ustawowo określony i jest taki sam dla każdego prokurenta oraz, co więcej, ów zakres kompetencji nie może być ograniczony przez mocodawcę ze skutkiem wobec osób trzecich⁸. Tak określony obszar kompetencji prokurenta jest znacznie szerszy od uprawnień do działania przysługujących zwykłemu pełnomocnikowi. Już w tym miejscu należy podkreślić, iż relewantne dla niżej czynionych rozważań w szczególności będą te elementy charakterystyczne prokury, które dotyczą faktycznego zakresu jego kompetencji, jak i to, że zakres owych kompetencji jest ściśle ustawowo określony i jednakowy dla każdego prokurenta.

Wedle jednolitego stanowiska obowiązującego na gruncie doktryny prawa cywilnego prokurent umocowany jest do podejmowania wszystkich czynności związanych z prowadzeniem przedsiębiorstwa, przy czym sformułowanie „przedsiębiorstwo” rozumiane jest jako „działalność gospodarcza” związana z funkcjonowaniem mocodawcy. Czynności, do których podejmowania umocowany jest prokurent, dotyczą zarówno tzw. czynności zwykłego zarządu, jak i czynności przekraczających zwykły zarząd. Zakres umocowania prokurenta jest zatem nieporównywalnie szerszy niż zakres umocowania tzw. zwykłego pełnomocnika. Można zatem stwierdzić, iż jedynie zrzębowo obie instytucje wykazują pewne podobieństwo, jednakże przy bliższym oglądzie

nego. Księga pierwsza. Część ogólna, Warszawa 2009, s. 473 i n.; P. Nazaruk, (w:) J. Ciszewski (red.), Kodeks cywilny. Komentarz, Warszawa 2013, s. 235 i n.

⁸ M. Pazdan, (w:) Z. Radwański (red.), *ibidem*, s. 534; P. Nazaruk, (w:) J. Ciszewski (red.), *ibidem*, s. 235.

zarówno charakter, jak i istota prokury w sposób znaczący odbiega od zwykłego pełnomocnictwa. Prokurent jest osobą, która niejako w zastępstwie swojego mocodawcy może podejmować praktycznie wszystkie czynności związane z prowadzeniem działalności gospodarczej z wyłączeniem jedynie czynności dotyczących tzw. stosunków wewnętrznych przedsiębiorcy, które dotyczą wewnętrznej organizacji przedsiębiorcy, a zatem kwestii w istocie o charakterze czysto organizacyjnym. Na zewnątrz, tzn. w stosunku do osób trzecich, działalność i kompetencje prokurenta są identyczne z kompetencjami samego mocodawcy, a czynności podejmowane przez prokurenta wywołują bezpośrednie skutki dla podmiotu, który udzielił prokury. Czynności prokurenta mogą mieć charakter zarówno sądowy, jak i pozasądowy. W szczególności należy zauważyć, iż kompetencje prokurenta dotyczą *ex lege* takich czynności, jak zawieranie umów cywilnoprawnych z zakresu prawa handlowego, prawa własności intelektualnej i przemysłowej, prawa pracy⁹. Czynności pozasądowe, a więc czynności o charakterze materialnoprawnym, obejmują przede wszystkim czynności prawne, a więc zwłaszcza negocjowanie i zawieranie wszelakich umów, w tym i umów powodujących powstanie zobowiązań po stronie mocodawcy. Prokura umocowuje do podejmowania wszelkich działań związanych z prowadzeniem działalności gospodarczej przez podmiot, który udzielił prokurentowi umocowania. Zakresem umocowania prokurenta objęte są zatem wszelkie czynności, o ile są związane z prowadzeniem przedsiębiorstwa. Tak ogólne sformułowanie każe przyjmować, że chodzi tu o czynności związane w jakikolwiek sposób z prowadzeniem przedsiębiorstwa (z prowadzeniem działalności gospodarczej) – związane z tym tak bezpośrednio, jak i tylko pośrednio¹⁰. Ważnym zastrzeżeniem jest to, że prokurent – co zdaje się wynikać z samej istoty tej instytucji – powinien działać na korzyść mocodawcy, i to nie tylko w takim zakresie, aby chronić jego mienie przed utratą, ale powinien tak wykorzystywać swoje kompetencje, aby w procesie gospodarowania owo mienie zostało powiększone i aby wzrastała jego wartość. Na takie ukształtowanie się instytucji prokury wskazuje przede wszystkim obserwacja faktycznego funkcjonowania procesów gospodarowania, w ramach których owa instytucja jest wykorzystywana. Prokurent, wyręczając w prowadzeniu działalności gospo-

⁹ Zob. orzeczenie Sądu Najwyższego z dnia 10 maja 1935 r., sygn. C II 354/35, OSN 1935, nr 11, poz. 453; wyrok Sądu Najwyższego z dnia 30 kwietnia 1997 r., sygn. II UKN 82/97, OSNP 1998, nr 7, poz. 217; wyrok Sądu Apelacyjnego w Poznaniu z dnia 28 kwietnia 1992 r., sygn. I ACr 111/92, Wokanda 1992, nr 10, poz. 29, a także w szczególności: M. Pazdan, (w:) K. Pietrzykowski (red.), Kodeks cywilny..., s. 495 i n.; M. Pazdan, (w:) Z. Radwański (red.), *ibidem*, s. 546 i n.; S. Rudnicki, (w:) S. Dmowski, S. Rudnicki, Komentarz do Kodeksu cywilnego..., s. 474 i n.; A. Wolter, J. Ignatowicz, K. Stefaniuk, Prawo cywilne. Zarys części ogólnej, Warszawa 1998, s. 343.

¹⁰ Por. M. Pazdan, (w:) K. Pietrzykowski (red.), *ibidem*, s. 495 i n.; P. Nazaruk, (w:) J. Ciszewski (red.), Kodeks cywilny..., s. 235 i n.

darczyj swojego mocodawcę, ma działać tak jak ów mocodawca i w jego interesie. Każdy natomiast racjonalnie działający przedsiębiorca podejmuje działania, które nie tylko mają na celu ochronę jego mienia, ale i zmierzają do jego powiększenia i zwiększenia jego wartości. Zatem, tak też ma działać i prokurent.

3. Przedstawione wyżej uwagi odnoszące się do istoty instytucji prokury, jej normatywnego charakteru oraz zakresu kompetencji prokurenta należy skonfrontować z brzmieniem przepisu art. 296 § 1 k.k. w tym celu, aby ustalić, czy osoba prokurenta wypełnia określone tam warunki umożliwiające zakwalifikowanie go do grona podmiotów zdalnych do realizacji znamion wskazanego typu czynu zabronionego. Rozważając tak postawiony problem, jeszcze raz należy zaznaczyć, że dla udzielenia odpowiedzi na pytanie, czy prokurent może być podmiotem przestępstwa niegospodarności, konieczne jest ustalenie: po pierwsze, czy zakres jego kompetencji pozwala na uznanie, iż jest to podmiot, który zajmuje się sprawami majątkowymi lub działalnością gospodarczą mocodawcy, po drugie zaś, czy źródło umocowania prokurenta do działania odpowiada warunkom określonym w art. 296 § 1 k.k., zgodnie z którym podstawą dla działania podmiotu tego typu czynu zabronionego może być tylko przepis ustawy, decyzja właściwego organu lub umowa.

Odnosząc się do pierwszego z problemów, należy zaznaczyć, iż na gruncie przepisu art. 296 § 1 k.k. podnosi się, że „za osobę zajmującą się sprawami majątkowymi można uznać tylko tego, kogo obowiązki i uprawnienia obejmują łącznie zarówno dbałość o uchronienie powierzonego mienia przed uszczerbkiem, zniszczeniem lub zgubieniem, pogorszeniem stanu interesów, jak i wykorzystanie tego mienia w procesie gospodarowania w taki sposób, aby zostało ono powiększone lub wzrosła jego wartość”¹¹. Natomiast pojęcie „działalność gospodarcza” oznacza każdą działalność mającą cel zarobkowy, wykonywaną w sposób zawodowy, zorganizowany i ciągły. Jak słusznie podnosi się w doktrynie prawa karnego, pod pojęciem „zajmowanie się sprawami majątkowymi lub działalnością gospodarczą” należy rozumieć wszelkie zachowania, które polegają na „rozstrzyganiu w tych sprawach, współdziałaniu w nich lub wpływaniu na rozstrzygnięcia, a więc na rozporządzaniu mieniem, dokonywaniu czynności prawnych dotyczących mienia lub spraw majątkowych”¹². Pojęcie to oznacza kierowanie sprawami majątkowymi lub działalnością gospodarczą w sposób identyczny lub zbliżony zakresowo do tego, co czynić może sam mocodawca¹³. Słusznie podnosi

¹¹ Zob. zwłaszcza postanowienie Sądu Najwyższego z dnia 27 kwietnia 2001 r., sygn. I KZP 7/01, OSP 2002, nr 1, poz. 20.

¹² J. Giezek, (w:) J. Giezek (red.), Kodeks karny. Część szczególna. Komentarz, Warszawa 2014, s. 1158 i n.; P. Kardas, (w:) A. Zol (red.), Kodeks karny. Część szczególna..., s. 528.

¹³ P. Kardas, (w:) A. Zol (red.), *ibidem*.

się, iż owo „zajmowanie się” może polegać przede wszystkim na bieżącym podejmowaniu decyzji dotyczących składników majątkowych mocodawcy lub decyzji dotyczących prowadzonej przez niego działalności gospodarczej w tym na zawieraniu wszelkiego rodzaju umów lub transakcji¹⁴.

Przykładając zaprezentowaną wyżej wykładnię znamienia typu z art. 296 § 1 k.k. w postaci „zajmowania się sprawami majątkowymi lub działalnością gospodarczą” do zakresu uprawnień prokurenta, stwierdzić należy, iż poza jakąkolwiek wątpliwością pozostaje to, że w obszarze omawianego aktualnie zagadnienia prokurent jest osobą, której działalność polega właśnie na owym zajmowaniu się sprawami majątkowymi lub działalnością gospodarczą w dokładnie taki sposób, jak to jest rozumiane i wykładane na gruncie przepisu § 1 art. 296 k.k. Porównując ze sobą zaprezentowane wyżej rozważania w zakresie uprawnień prokurenta oraz w zakresie wykładni wskazanego znamienia przestępstwa niegospodarności, zauważamy, iż ustawowo określony zakres kompetencji prokurenta polega właśnie na podejmowaniu decyzji i zawieraniu w szczególności umów dotyczących obszaru sfery majątkowej mocodawcy oraz dotyczących prowadzonej przez niego działalności gospodarczej. Na tej zatem płaszczyźnie – poza jakimkolwiek sporem – pozostaje to, że prokurent może być podmiotem przestępstwa z art. 296 k.k. Z uwagi na fakt, że kwestia ta w zasadzie nie budzi żadnych sporów w doktrynie prawa karnego, nie będzie ona szerzej omawiana.

Kwestią, która nasuwa więcej wątpliwości i która nie jest w sposób jednoznaczny oceniana w doktrynie prawa karnego, jest to, czy prokurent może być podmiotem przestępstwa niegospodarności z uwagi na charakter dopuszczalnych źródeł umocowania podmiotu przestępstwa z art. 296 k.k. W tym zakresie pojawiają się – nieliczne, ale jednak – poglądy, zgodnie z którymi, właśnie z uwagi na wymagany przez przepis art. 296 k.k. charakter normatywnego umocowania podmiotu tego przestępstwa, osoba prokurenta nie może być uznana za sprawcę przestępstwa niegospodarności. W szczególności podnosi się, że podstawą umocowania podmiotu przestępstwa z art. 296 k.k. nie może być jednostronna czynność prawna, a zatem i pełnomocnictwo, oraz jego szczególny rodzaj, jakim jest prokura¹⁵. Zdecy-

¹⁴ *Ibidem* 8.

¹⁵ Stanowisko takie prezentuje praktycznie tylko A. Zientara, *Przestępstwo nadużycia zaufania...*, s. 94. Pewien problem istnieje natomiast z oceną, jakie stanowisko w przedmiotowej kwestii zajmuje R. Zawłocki. Z jednej bowiem strony z uwagi na definicję „umowy” Autor ten stwierdza, że „rozważany przepis ustawy nie kryminalizuje zachowania się osoby, która prowadzi interesy przedsiębiorstwa w oparciu o jednostronne oświadczenie woli”, z drugiej zaś strony R. Zawłocki stoi na stanowisku, że sprawcą przestępstwa niegospodarności może być adwokat lub radca prawny, gdzie źródłem ich umocowania jest pełnomocnictwo (a zatem jednostronne oświadczenie woli – zob. tegoż, (w:) R. Zawłocki (red.), *System prawa karnego. Przestępstwa przeciwko mieniu i gospodarcze*, t. 9, Warszawa 2011, s. 469; R. Zawłocki, (w:) A. Wąsek (red.), *Kodeks karny...*, s. 1018; R. Zawłocki, (w:)

dowana większość przedstawicieli doktryny prawa karnego uważa jednak, że prokurent może być podmiotem przestępstwa niegospodarności, albowiem do sposobu jego umocowania znajduje zastosowanie jedno ze źródeł wskazywanych przez przepis art. 296 § 1 k.k.¹⁶. Wyprzedzając poniekąd główne tezy prezentowanych poniżej rozważań, już w tym miejscu należy zauważyć, że poza wszelką wątpliwością pozostaje to, iż prokurent może być podmiotem przestępstwa z art. 296 k.k. z uwagi na to, że sposób jego umocowania odpowiada wymaganiom stawianym przez analizowany przepis kodeksu karnego, a sam charakter i istota instytucji prokury wskazują, iż osoba prokurenta jest obowiązana do zajmowania się sprawami mocodawcy i to w tym sensie, że musi on działać na jego korzyść i w interesie mocodawcy. Kwestią wymagającą odpowiedzi jest natomiast to, które ze źródeł normatywnych wskazywanych w przepisie art. 296 § 1 k.k. może być podstawą dla wprowadzenia prokurenta w obszar podmiotów przestępstwa niegospodarności, oraz to, czy może to być tylko jedna z wymienianych w art. 296 § 1 k.k. podstaw, czy też więcej niż jedna z nich.

Rozpoczynając analizę zarysowanego wyżej problemu, należy zauważyć, że już na gruncie regulacji kodeksu karnego z 1932 r. stosowano szeroką wykładnię podstaw normatywnych stanowiących źródło zakresu podmiotowego przepisu art. 269, który był poprzednikiem aktualnego przestępstwa niegospodarności¹⁷. W przypadku zaś aktualnie obowiązującego kodeksu

M. Królikowski, R. Zawłocki (red.), Kodeks karny. Część szczególna..., s. 708. Analiza stanowiska R. Zawłockiego w zakresie omawianego problemu wskazuje na swoisty brak konsekwencji w opowiedzeniu się za jednym z opozycyjnych poglądów.

¹⁶ Jest to pogląd dominujący i w rzeczywistości – poza wskazanym, wyżej spolaryzowanym, odmiennym poglądem A. Zientary – prezentowany przez wszystkich przedstawicieli doktryny prawa karnego. W tym zakresie zob. w szczególności: T. Oczkowski, (w:) R. Zawłocki (red.), System prawa handlowego. Prawo karne gospodarcze, t. 10, Warszawa 2012, s. 254; T. Oczkowski, Nadużycie zaufania..., s. 88; P. Kardas, (w:) A. Zoll (red.), Kodeks karny. Część szczególna..., s. 532; M. Kulik, (w:) M. Mozgawa (red.), Kodeks karny..., s. 576; A. Marek, Prawo karne, Warszawa 2005, s. 562; A. Marek, Kodeks karny..., s. 604; O. Górniok, (w:) O. Górniok (red.), Prawo gospodarcze i handlowe, t. 10: Prawo karne gospodarcze, Warszawa 2003, s. 75; J. Skorupka, Przestępstwo nadużycia zaufania – wybrane zagadnienia, Prok. i Pr. 2004, nr 1, s. 128; M. Bojarski, (w:) M. Filar (red.), Kodeks karny. Komentarz, Warszawa 2012, s. 1271. Stanowisko o dopuszczalności uznania prokurenta za podmiot przestępstwa niegospodarności było prezentowane także i przed wejściem w życie kodeksu karnego z 1997 r., a to na gruncie bezpośredniego poprzednika aktualnego art. 296 k.k., tj. na gruncie przestępstwa opisanego w art. 1 ustawy z dnia 12 października 1994 r. o ochronie obrotu gospodarczego i zmianie niektórych przepisów prawa karnego (Dz. U. z 1994 r., Nr 126, poz. 615) – zob. P. Kardas, (w:) K. Buchała, P. Kardas, J. Majewski, W. Wróbel, Komentarz do ustawy o ochronie obrotu gospodarczego, Warszawa 1995, s. 17.

¹⁷ Pogląd dopuszczający uznanie prokurenta za podmiot przestępstwa niegospodarności prezentowany był wyraźnie na gruncie kodeksu karnego z 1932 r., który w przepisie art. 269 zawierał regulację co do istoty zbieżną z aktualnym przepisem art. 296 k.k. Zob. m.in.: J. Makarewicz, Kodeks karny z komentarzem, Lwów 1938, s. 620; L. Peiper, Komen-

karnego należy zauważyć, że już w uzasadnieniu rządowego projektu kodeksu karnego stwierdza się wyraźnie, iż przestępstwo z art. 296 k.k. określone jest tak, „aby objąć wszystkie podmioty prowadzące sprawy majątkowe lub działalność gospodarczą innego podmiotu gospodarczego, bez względu na tytuł ich prowadzenia (umowa, przepis prawny, decyzja właściwego organu)”¹⁸. Wskazana wyżej, raczej niespotykana, zgodność i ciągłość poglądów w zakresie *ratio legis* uregulowania instytucji przestępstwa niegospodarności, przejawiająca się w tendencji do objęcia zakresem podmiotowym owych typów wszystkich podmiotów, które faktycznie w ramach procesów gospodarowania zajmują się sprawami majątkowymi lub działalnością gospodarczą mocodawców, jest istotną wskazówką dla interpretacji podstaw normatywnych zakresu podmiotowego typu czynu zabronionego opisanego przepisem art. 296 k.k.¹⁹.

Przechodząc zatem do rozważań bardziej szczegółowych, w pierwszej kolejności należy zastanowić się, czy źródłem dla uznania prokurenta za podmiot przestępstwa z art. 296 k.k. może być w szczególności umowa, która jest jedną z trzech dopuszczalnych podstaw normatywnych kreujących zakres podmiotowy przestępstwa niegospodarności. Analiza wypowiedzi przedstawicieli doktryny prawa karnego wskazuje, że wszyscy autorzy prezentujący pogląd, zgodnie z którym prokurent może być podmiotem przestępstwa niegospodarności, swoje stanowisko argumentują tym, że podstawą wprowadzenia prokurenta w zakres podmiotowy przepisu art. 296 k.k. jest właśnie umowa. Jak bowiem można zauważyć, zgodnie z jednolitą linią wykładniczą przyjmuje się, że na gruncie omawianego typu czynu zabronionego w zakresie przedmiotowym znamienia „umowa” mieści się m.in. pełnomocnictwo²⁰. Stanowisko, zgodnie z którym umowa może być normatyw-

tarz do kodeksu karnego, Kraków 1936, s. 580. W szczególności L. Peiper, odnosząc się do umowy jako do podstawy umocowania podmiotu ówczesnego przestępstwa z art. 269 k.k. z 1932 r., stwierdzał, że „tu należy pełnomocnictwo we wszystkich jego postaciach, a więc pełnomocnictwo ogólne lub szczególne (art. 95 i 96 kod. zob.), powiernictwo (Treuhand: zob. uw. 9 do art. 262), zawiadowstwo spółki, komis, prokura itp.” – L. Peiper, Komentarz..., s. 580.

¹⁸ Zob. Uzasadnienie rządowego projektu nowego kodeksu karnego (Rozdział XXXVI. Przestępstwa przeciwko obrotowi gospodarczemu, teza 2).

¹⁹ Owe wskazywanej ciągłości interpretacyjnej nie zaburza brak powoływania się w tym miejscu na regulację przepisu art. 217 kodeksu karnego z 1969 r. Z uwagi bowiem na funkcjonowanie tejże regulacji w odmiennych realiach ustrojowych, a zatem i w odmiennym układzie „stosunków gospodarczych”, samo brzmienie przepisu art. 217 k.k. nie pozwala na porównywanie tejże regulacji z pozostałymi obowiązującymi w kontekście historycznym przepisami, które możemy uznawać za opisujące to, co nazywamy przestępstwem niegospodarności. Chodzi tu w szczególności o wskazywany przepis art. 269 kodeksu karnego z 1932 r., art. 1 ustawy z dnia 12 października 1994 r. o ochronie obrotu gospodarczego i zmianie niektórych przepisów prawa karnego oraz art. 296 aktualnie obowiązującego kodeksu karnego.

²⁰ Tytułem przykładu można wskazać na konkretne wypowiedzi przedstawicieli doktryny prawa karnego w tym zakresie. W szczególności O. Górniok, odnosząc się do zakresu znacze-

ną podstawą wprowadzenia prokurenta w ramy podmiotów przestępstwa niegospodarności, jest bez wątpienia trafne, aczkolwiek już w tym miejscu należy zaznaczyć, że jest ono w pewnym sensie niepełne bo wykluczające niejako *ad hoc* pozostałe wskazane w § 1 art. 296 k.k. źródła umocowania podmiotu zdanego do realizacji znamion analizowanego typu czynu zabronionego jako hipotetycznie możliwe podstawy prawne dla umocowania prokurenta. Odnosząc się w tym miejscu jednak do problemu „umowy” jako jednej z trzech enumeratywnie wymienionych podstaw dla wprowadzenia danego podmiotu w obszar art. 296 k.k., należy stwierdzić, iż w pełni zasadnie uznaje się, że jest ona podstawą dla uznania prokurenta jako podmiotu zdanego do realizacji znamion przestępstwa niegospodarności. Niestety, w opracowaniach monograficznych, artykułowych czy też w komentarzach dotyczących się omawianej problematyki brak jest nie tyle głębszego, co jakiegokolwiek uzasadnienia dla tak postawionej tezy. Tymczasem, należy mieć przecież na względzie, iż „na pierwszy rzut oka” mamy tu do czynienia z pewnym zgrzytem interpretacyjnym, albowiem powszechnie przecież przyjmuje się, że prokura jako jednak pewien rodzaj pełnomocnictwa, ustanawiana jest w oparciu o czynność prawną jednostronną, podczas gdy umowa jest czynnością prawną polegającą na zgodnym oświadczeniu woli co najmniej dwóch osób. Broniąc stanowiska, zgodnie którym „umowa”, o jakiej mowa w art. 296 § 1 k.k., może być jednak podstawą dla uznawania prokurenta za podmiot zdany do realizacji znamion tego przestępstwa, na-

niowego „umowy” na gruncie przepisu art. 296 k.k., podnosi, że: „W kontekście art. 296 k.k. najczęściej takimi umowami są wszelkie postacie pełnomocnictw, powiernictwo, komis itp.”. – O. Górniok, *Prawo gospodarcze i handlowe...*, s. 75. J. Skorupka, omawiając ten sam problem, podnosi natomiast, że: „Na podstawie umowy działają natomiast zarządcy spółek, pełnomocnicy i prokurenci tych spółek, dyrektorzy przedsiębiorstw państwowych itd.” – J. Skorupka, *Przestępstwo nadużycia zaufania...*, s. 128. P. Kardas, komentując przepis art. 296 k.k., wyraźnie zauważa, że: „Do grona osób, których obowiązek zajmowania się sprawami majątkowymi lub działalnością gospodarczą wynika z umowy, zaliczyć można w szczególności: pełnomocnika, zleceniobiorcę, agenta, komisanta, powiernika itp.” – P. Kardas, (w:) A. Zoll (red.), *Kodeks karny. Część szczególna...*, s. 534. Podobnie A. Marek podnosi, że: „Obowiązek zajmowania się cudzymi sprawami majątkowymi może wynikać z umowy ustanawiającej taki obowiązek jednorazowo (np. pełnomocnictwo do zawarcia transakcji majątkowej), jak i w szerszym zakresie (np. umowa komis, prokura w spółce kapitałowej, zarząd cudzym majątkiem itp.)” – A. Marek, *Kodeks karny...*, s. 604. Także i T. Oczkowski, zajmując się problemem umocowania podmiotu przestępstwa z art. 296 k.k., zauważa, że: „Umowne źródło pozyskania prawa do prowadzenia cudzych spraw majątkowych należy rozumieć szeroko, jako każdą czynność prawną, która takie uprawnienie kreuje. W grę wchodzi tu więc wszelkie postacie pełnomocnictw ogólnych i szczególnych, prokura” – T. Oczkowski, *Nadużycie zaufania...*, s. 88. Jak zaznaczono wyżej, wypowiedzi poszczególnych przedstawicieli doktryny prawa karnego przytoczone są tu jedynie tytułem przykładu, albowiem bez wyjątku praktycznie wszyscy Autorzy zajmujący się omawianą problematyką umocowanie dla prokurenta na gruncie przepisu art. 296 k.k. wywodzą z podstawy prawnej opisanej w § 1 tego przepisu jako „umowa”.

leży w pierwszej kolejności wskazać na zaznaczone wyżej *ratio legis* przyjęcia w typie czynu z art. 296 § 1 k.k. takiego, a nie innego, określenia podstaw normatywnych określających zakres podmiotowy przestępstwa niegospodarności. Jak bowiem już wskazywano, ustawodawca poprzez wprowadzenie do treści § 1 art. 296 k.k. trzech enumeratywnie wyliczonych normatywnych podstaw wyznaczających zakres podmiotowy tego przestępstwa dążył do objęcia nimi wszystkich możliwych do wyobrażenia sobie osób, które w sposób faktyczny w realiach życia gospodarczego zajmują się sprawami majątkowymi lub działalnością gospodarczą innych podmiotów²¹. Taki był zatem cel działania ustawodawcy, gdy określał on zbiór owych podstaw normatywnych z art. 296 § 1 k.k. Trudno tymczasem na znalezienie innego podmiotu niż prokurent, który byłby tak jednoznacznie kojarzony ze sferą procesów gospodarowania, jeżeli chodzi o faktyczne zastępowanie mocodawcy w prowadzeniu przez niego działalności gospodarczej. Historyczny rozwój tej instytucji oraz jej aktualne normatywne ukształtowanie w sposób bezpośredni wskazują, że jest on głównym podmiotem w realiach procesów gospodarowania, który jest wykorzystywany jako zastępca w prowadzeniu spraw majątkowych lub działalności gospodarczej mocodawcy. Można wręcz stwierdzić, iż z uwagi na charakter instytucji prokury oraz jej normatywny sens i cel powoływania prokurentów wprost niewyobrażalnym byłoby pomijanie prokurenta jako podmiotu zdatnego do realizacji znamion przestępstwa niegospodarności. Poza wszelką wątpliwością uznać należy zatem, że ustawodawca w swoim zamyśle obejmował instytucję prokury jako tą, która kreuje podmiot zdatny do popełnienia przestępstwa z art. 296 k.k. Słusznie zatem podnosi się w doktrynie prawa karnego, że znamień „umowa” – użyte w treści art. 296 § 1 k.k. – powinno być rozumiane szeroko, tj. w ten sposób, że obejmuje ono także i pełnomocnictwo oraz jemu pochodne instytucje, w tym i prokurę²². Szukając dalszych argumentów dla uznania „umo-

²¹ Ponownie zob. Uzasadnienie rządowego projektu nowego kodeksu karnego (Rozdział XXXVI. Przestępstwa przeciwko obrotowi gospodarczemu, teza 2).

²² Tak w szczególności: T. Oczkowski, (w:) R. Zawłocki (red.), System prawa handlowego..., s. 254; T. Oczkowski, Nadużycie zaufania..., s. 88. Zresztą taki sposób rozumienia i wykładania „umowy” na gruncie przepisu art. 296 k.k. jest charakterystyczny dla poglądów wszystkich tych autorów, którzy uznają, że prokurent może być podmiotem przestępstwa niegospodarności. Jak już bowiem wskazano wyżej, autorzy stojący na stanowisku, że prokurent jest podmiotem przestępstwa z art. 296 k.k., uznają, że podstawą dla takich twierdzeń jest właśnie „umowa” jako źródło umocowania dla działania takiego podmiotu w obszarze analizowanego typu czynu zabronionego. Co więcej, należy zauważyć, iż powszechnie przyjmuje się, że podmiotem przestępstwa niegospodarności może być adwokat lub radca prawny, przy czym pogląd ten opiera się na założeniu, że mogą oni działać w ramach art. 296 k.k. z uwagi na posiadane pełnomocnictwo, które to pojęcie mieści się w znaczeniu zakresowym „umowy” – zob. w szczególności: P. Kardas, (w:) A. Zoll (red.), Kodeks karny. Część szczególna..., s. 536 i n.; T. Oczkowski, (w:) R. Zawłocki (red.), System prawa handlowego..., s. 257.

wy” za podstawę działania prokurenta jako podmiotu przestępstwa z art. 296 k.k. należy zauważyć, iż w istocie rzeczy, mając na względzie charakter stosunków, jakich dotyczy instytucja prokury, która funkcjonuje w obszarze profesjonalnych procesów gospodarowania, oraz mając na względzie znaczenie i wpływ stosowania tej instytucji dla interesów majątkowych lub działalności gospodarczej mocodawcy (z uwagi na ustawowo określony niezwykle szeroki zakres kompetencji prokurenta, który nie może być ograniczony w stosunku do osób trzecich), nie sposób pomijać faktu, że realne i efektywne działanie prokurenta oraz, co za tym idzie, realne funkcjonowanie tej instytucji możliwe jest tylko i wyłącznie wtedy, gdy dojdzie do akceptacji przez prokurenta faktu udzielenia mu prokury przez mocodawcę. W istocie zatem musi dojść do zwrotnego oświadczenia woli wyrażanego przez osobę, której chce się udzielić prokury, chociażby przez czynności konkludentne, że osoba ta wyraża zgodę na udzielenie jej prokury i podejmuje się realizacji nałożonych na nią w ten sposób obowiązków oraz rzetelne i zgodne z interesem mocodawcy realizowanie przysługujących mu kompetencji.

Kolejną, wskazaną w przepisie art. 296 § 1 k.k. i wymagającą rozważenia podstawą normatywną umocowania podmiotu przestępstwa niegospodarności – w kontekście osoby prokurenta – jest „decyzja właściwego organu”. Powszechnie, wskazana podstawa wprowadzenia w ramy omawianego typu czynu zabronionego podmiotu zdanego do wyczerpania jego znamion jest pomijana przy rozważaniu problemu umocowania prokurenta. Tymczasem, jak przyjmuje się w doktrynie prawa karnego – jednakże niejako obok omawiania problemu umocowania np. prokurenta – przez „decyzję właściwego organu” oprócz orzeczenia sądu, decyzji administracyjnej wydawanej przez organy administracji rządowej, organy samorządu terytorialnego, a także organy państwowych i komunalnych jednostek organizacyjnych, organizacji zawodowych, samorządowych, spółdzielczych i innych organizacji społecznych, rozumie się także akty władcze wydawane przez podmioty wymienione w § 1 art. 296 k.k., i to nawet w sytuacji, gdy taki podmiot nie jest organem administracji w rozumieniu przepisów kodeksu postępowania administracyjnego²³. Podnosi się jedynie, że taki akt władczy musi wynikać z kompetencji przysługującej podmiotowi mocodawcy, o jakim mowa w art. 296 § 1 k.k. Konsekwentnie zatem należy uznać, iż podmiotem, który może w oparciu o analizowaną w tym miejscu „decyzję” umocować do działania dany podmiot, jest np. organ spółki prawa handlowego zajmującej się prowadzeniem działalności gospodarczej²⁴. Jak wynika z przedstawionych powyżej uwag, skoro przez ową „decyzję właściwego organu” uznać należy każdy akt władczy każdego z podmiotów-mocodawców wymienionych w § 1 art. 296

²³ P. Kardas, (w:) A. Zoll (red.), *ibidem*, s. 532.

²⁴ *Ibidem*, s. 536.

k.k., to w takiej sytuacji, jeżeli tylko owym podmiotem jest taki, który będąc przedsiębiorcą, podlega jednocześnie obowiązkowi wpisu do rejestru przedsiębiorców (*arg. ex art. 109¹ § 1 k.c.*)²⁵ i jednocześnie należy do jednej ze zbiorczych kategorii podmiotów enumeratywnie wymienionych w art. 296 § 1 k.k., których to „interesy” mają być prowadzone przez odpowiednio umocowaną osobę, to w oparciu o własny akt decyzyjny może ustanowić stosunek prokury i jednocześnie wprowadzić osobę prokurenta (z uwagi na przysługujące prokurentowi kompetencje oraz ciążące na nim obowiązki) w ramy podmiotu zdatnego do ponoszenia odpowiedzialności na gruncie analizowanego przepisu. Przykładem decyzji takiego organu jest w szczególności decyzja wydana przez zarząd, który jest organem obligatoryjnym chociażby w ramach konstrukcji podmiotów działających w formie spółki z ograniczoną odpowiedzialnością (zob. art. 201 k.s.h.) czy spółki akcyjnej (zob. art. 368 k.s.h.). Zestawiając ze sobą wskazane wyżej rozważania w zakresie sposobu wykładni znamienia „decyzja właściwego organu” z zakresem podmiotów, które mogą być mocodawcami na gruncie przepisu art. 296 k.k., należy wskazać, że w szczególności prokurent może być podmiotem przestępstwa niegospodarności w oparciu o decyzję władczą takich podmiotów, jak: spółka jawna, spółka partnerska, spółka komandytowa, spółka komandytowo-akcyjna, spółka z ograniczoną odpowiedzialnością i spółka akcyjna²⁶. Jest to o tyle istotne stwierdzenie, że wymienione spółki należą do najbardziej rozpowszechnionych form prawnych służących celowi, jakim jest prowadzenie działalności gospodarczej. Przekłada się to w sposób bezpośredni na wielość przypadków, w jakich może dochodzić do wykorzystywania instytucji prokury w ramach procesów gospodarowania, oraz na znaczenie przedstawionego sposobu interpretacji analizowanego znamienia dla możliwości wykorzystywania w praktyce przepisu art. 296 k.k. w sytuacji, gdy mamy do czynienia z działalnością osoby prokurenta.

Ostatnią podstawą normatywną współkształtującą zakres podmiotowy typu czynu zabronionego opisanego przepisem art. 296 k.k. jest „przepis ustawy”. Podmioty, których obowiązek zajmowania się sprawami majątkowymi lub działalnością gospodarczą wynika w sposób bezpośredni z ustawy, charakteryzuje w szczególności to, że ów zakres praw i obowiązków jest w sposób ustawowo określony, bo już nie to, że to sama ustawa powołuje ich w obszar owych podmiotów, którym takie kompetencje przysługują. Wyjaśniając owo stwierdzenie, należy bowiem zaznaczyć, że powszechnie przyjmuje się, iż przykładowo podmiotem, dla którego „przepis ustawy” jest źródłem praw i obowiązków czyniących go zdatnym do ponoszenia odpo-

²⁵ Zgodnie bowiem z brzmieniem art. 109¹ § 1 k.c. „Prokura jest pełnomocnictwem udzielonym przez przedsiębiorcę podlegającego obowiązkowi wpisu do rejestru przedsiębiorców”.

²⁶ Por. W. Pyzioł, A. Szumański, I. Weiss, *Prawo spółek*, Bydgoszcz–Kraków 2002, s. 43.

wiedzialności na gruncie przepisu art. 296 k.k., jest członek zarządu w spółce z ograniczoną odpowiedzialnością czy w spółce akcyjnej²⁷. Aby jednak dana osoba stała się owym członkiem zarządu, czy to w spółce z ograniczoną odpowiedzialnością, czy to w spółce akcyjnej, musi nastąpić określony stosownymi przepisami formalny akt „powołania” danej osoby na takie stanowisko, i dopiero potem przyjmuje się, że osoba znajdująca się na takiej pozycji „z ustawy” jest zobowiązana do prowadzenia spraw majątkowych lub zajmowania się działalnością gospodarczą danego podmiotu i przez to jest zdalna do ponoszenia odpowiedzialności karnej na gruncie przepisu art. 296 k.k. Tymczasem, zestawiając ze sobą ustawową konstrukcję instytucji prokury z powołanymi przykładami osób pełniących funkcję członka zarządu spółki z ograniczoną odpowiedzialnością czy spółki akcyjnej, zauważamy, że z normatywnego punktu widzenia obie porównywane konstrukcje niczym się od siebie nie różnią. W przypadku prokurenta także potrzebny jest pierwotny akt powołania go i powierzenia mu funkcji prokurenta, po czym to już ustawa w sposób ścisły określa jego prawa i obowiązki, które – jak to już wyżej wykazano – polegają właśnie na zajmowaniu się sprawami majątkowymi lub działalnością gospodarczą mocodawcy. Identycznie sytuacja przedstawia się w przypadku członka zarządu spółki z ograniczoną odpowiedzialnością czy spółki akcyjnej. Można zatem stwierdzić, iż – w pewnych szczególnych układach sytuacyjnych – za podstawę działania prokurenta i za podstawę wprowadzenia go w ramy podmiotów zdalnych do ponoszenia odpowiedzialności na gruncie przepisu art. 296 k.k. może być uznany także „przepis ustawy”.

4. Konkludując powyższe rozważania w zakresie problematyki zdalności ponoszenia przez prokurenta odpowiedzialności karnej na gruncie typu czynu zabronionego opisanego przepisem art. 296 k.k., stwierdzić zatem należy, iż w konkretnych stanach faktycznych podstawą prawną wprowadzenia prokurenta w ramy analizowanego przepisu mogą być wszystkie wskazane w nim podstawy normatywne, tj. przepis ustawy, decyzja właściwego organu oraz umowa. Normatywna konstrukcja instytucji prokury, jej istota oraz motywy korzystania z niej w sferze procesów gospodarowania wykazują na tyle daleko idącą specyfikę, która w efekcie pozwala na uznanie, że wszystkie z podstaw normatywnych wskazanych w § 1 art. 296 k.k. mogą stać się podstawą dla „umocowania” osoby prokurenta jako podmiotu zdalnego do realizacji znamion przestępstwa niegospodarności. Niewątpliwie też zaprezentowane wyżej rozważania oraz końcowe efekty zastosowanej wykładni poszczególnych podstaw normatywnych wprowadzania danego podmiotu w obszar przestępstwa niegospodarności odpowiadają wymaganiom zarówno sfery obrotu gospodarczego, jak też i pozwalają na pełne i racjonalne wy-

²⁷ P. Kardas, (w:) A. Zoll (red.), Kodeks karny. Część szczególna..., s. 533.

korzystanie regulacji opisanej przepisem art. 296 k.k. – w przypadku rozważania możliwości uznania za podmiot przestępstwa nadużycia zaufania osoby pełniącej tak istotną funkcję w procesach gospodarowania, jaką jest prokurent.

Commercial proxy as a criminal mismanagement perpetrator (Penal Code, Article 296, § 1)

Abstract

This contribution examines the possibility of making a commercial proxy guilty of the offence of punishable mismanagement. Special emphasis is placed on challenges associated with specific normative grounds enumerated by Article 296, § 1 of the Penal Code, which grounds constitute the basis for including one's personal data on the list of entities or individuals likely to fulfil criteria of a criminal breach of trust. The analysis is specifically focused on determining whether, and if so, which grounds may empower the commercial proxy to commit the breach. Addressed in this paper, the issues are directly relevant for exploring the possibilities of holding people criminally liable who actually remain actively involved in management processes while in the role of a commercial proxy.

Kazimierz Postulski

Stan zdrowia skazanego w aspekcie zdolności do odbywania kary pozbawienia wolności

Streszczenie

W art. 68 Konstytucji RP sformułowana jest zasada, zgodnie z którą prawo do ochrony zdrowia jest jednym z podstawowych praw człowieka. W artykule omówione zostały praktyczne aspekty realizacji tej zasady przez organy wykonujące orzeczenia wobec osób skazanych na karę pozbawienia wolności. Szczególna uwaga została zwrócona na prawne regulacje dotyczące świadczenia wobec tych osób opieki zdrowotnej przez Służbę Więzienną i kompetencje sądu w zakresie ochrony zdrowia skazanych.

I. Uwagi wstępne

Prawo do ochrony zdrowia określa Konstytucja RP w art. 68 jako jedno z podstawowych praw człowieka. Ma ono charakter powszechny, a więc przysługuje każdemu człowiekowi. Jednym z przejawów tego prawa jest zapewnienie mu, niezależnie od sytuacji materialnej, równego dostępu do świadczeń opieki zdrowotnej finansowanej ze środków publicznych. Obowiązek ten ciąży na władzach publicznych. Warunki i zakres udzielania świadczeń określa ustawa, z tym że Konstytucja nakłada obowiązek zapewnienia szczególnej opieki zdrowotnej dzieciom, kobietom ciężarnym, osobom niepełnosprawnym i osobom w podeszłym wieku. Podkreśla również, że władze publiczne są obowiązane do zwalczania chorób epidemicznych i zapobiegania negatywnym dla zdrowia skutkom degradacji środowiska.

Powyższe konstytucyjne gwarancje ochrony zdrowia odnoszą się także do osób pozbawionych wolności. Ich rozwinięcie, z upoważnienia zamieszczonego w art. 68 ust. 2 Konstytucji RP, znajdujemy w przepisach ustawy o Służbie Więziennej¹. Wynika z nich, że obowiązki związane z zapewnieniem skazanemu na karę pozbawienia wolności stosownych świadczeń zdrowotnych i diagnostycznych spoczywają przede wszystkim na administracji zakładów karnych i są jednym z podstawowych zadań Służby Wię-

¹ Ustawa z dnia 9 kwietnia 2010 r. o Służbie Więziennej (tekst jedn. Dz. U. z 2014 r., poz. 1415 z późn. zm.).

ziennej (art. 2 ust. 2 pkt 3 ustawy). Natomiast art. 8 ust. 2 i 3 tej ustawy przewiduje możliwość istnienia, w ramach jednostek organizacyjnych więziennictwa, podmiotów leczniczych. Nadzorowanie tych podmiotów należy do zakresu działania dyrektora zakładu karnego i dyrektora aresztu (art. 13 ust. 2 ustawy).

Zasady realizacji przez Służbę Więzienną obowiązku ochrony zdrowia osób osadzonych w aresztach śledczych i zakładach karnych, a także formy nadzoru nad jego przestrzeganiem określają przepisy kodeksu karnego wykonawczego oraz przepisy wykonawcze. Wiodącym w tym przedmiocie jest art. 102 pkt 1 k.k.w., który – jako podstawowe – przewiduje prawo skazanego do odpowiednich ze względu na zachowanie zdrowia świadczeń zdrowotnych oraz nowelizowany kilkakrotnie, ostatnio z dniem 26 marca 2015 r.², art. 115 k.k.w. Ponadto, kilka innych przepisów reguluje kwestie szczegółowe, w tym wynikające z konstytucyjnego obowiązku zapewnienia szczególnej opieki zdrowotnej kobietom ciężarnym i osobom niepełnosprawnym, Będzie o tym szczegółowo mowa w kolejnych punktach.

Problemy związane z ochroną zdrowia skazanych są nieporównywalnie większe niż dotyczące pozostałej populacji społeczeństwa.

Trzeba zdawać sobie sprawę z faktu, że wśród osób trafiających do zakładów karnych znaczący odsetek stanowią skazani wywodzący się ze środowisk patologicznych, a więc takich, w których troska o stan zdrowia nie należała do wiodących w ich egzystencji na wolności. Istotny jest też fakt, że w związku przyczynowo-skutkowym z przestępczym zachowaniem jednostki pozostają alkoholizm i narkomania, stanowiące zasadniczy czynnik kryminogeny. Stąd wynika potrzeba reagowania przez więzienną służbę zdrowia na zdrowotne skutki alkoholizmu i narkomanii oraz podejmowanie w warunkach więziennych leczenia odwykowego. Jest to proces niezwykle trudny, obejmujący leczenie medyczne, psychokorekcję, resocjalizację i rehabilitację. Bardzo duże znaczenie ma tu wola skazanego poddania się stosownej terapii. Stąd profesjonalne działanie nie tylko personelu medycznego, ale również pedagogiczno-psychologicznego, skłaniające skazanych do poddania się tej terapii ma tu duże znaczenie³.

Do tego dodać trzeba, wynikające z osobowości skazanych i ich statusu związanego z izolacją, postawy roszczeniowe w zakresie ochrony zdrowia, a także akty samoagresji będącej wyrazem tych postaw, wymagającej często interwencji medycznej. Nie należą też do odosobnionych przypadki „manipulowania” przez skazanych swoim stanem zdrowia w celu uzyskania przerwy w odbywaniu kary.

² Ustawa z dnia 6 lutego 2015 r. o zmianie ustawy – Kodeks karny wykonawczy (Dz. U. w 2015 r., poz. 431).

³ H. Machel, Więzienie jako instytucja karna i resocjalizacyjna, Gdańsk 2003, s. 266.

Także tym szczególnym przypadkom poświęcona będzie uwaga w kolejnych punktach artykułu. Ale już ten skrótowy przegląd problematyki ochrony zdrowia osób skazanych na karę pozbawienia wolności pokazuje skalę trudności, przed jakimi stają organy realizujące zadania związane z tą ochroną.

W obowiązującym od dnia 1 stycznia 2012 r. stanie prawnym rola organów sądowych związana z ochroną zdrowia osób osadzonych sprowadza się w zasadzie do nadzoru sprawowanego przez sędziego penitencjarnego nad tą sferą pracy służb penitencjarnych (art. 32 k.k.w.), rozpoznawania przez sąd penitencjarny skarg na decyzje dyrektora zakładu karnego lub komisji penitencjarnej w tym przedmiocie (art. 7 k.k.w.), a także orzekania w innych kwestiach incydentalnych, będących reakcją na określone zachowania skazanych (zob. np. art. 117 i 119 k.k.w.) oraz rozpoznawania spraw w przedmiocie odroczenia skazanemu wykonania kary pozbawienia wolności (art. 150 k.k.w.) albo udzielenia mu przerwy w odbywaniu tej kary z powodu ciężkiej choroby uniemożliwiającej odbywanie tej kary (art. 153 § 1 w zw. z art. 150 k.k.w.). Przez pobyt w zakładzie karnym w rozumieniu art. 150 k.k.w. należy rozumieć też pobyt w więziennym lub pozawięziennym podmiocie leczniczym. W skrajnych przypadkach ciężka choroba może być podstawą zawieszenia postępowania wykonawczego w części dotyczącej kary pozbawienia wolności (art. 15 § 2 k.k.w.).

Na skutek zmiany – z dniem 1 stycznia 2012 r. – brzmienia art. 153 § 2 k.k.w. i zwiększenia zadań w zakresie udzielania opieki zdrowotnej skazanym przez zakłady karnej (art. 115 k.k.w.) nie są obecnie przesłanką udzielenia przerwy „względy zdrowotne” inne niż ciężka choroba (zob. pkt III).

Przedmiotem dalszej, szczegółowszej analizy tej problematyki będzie zwrócenie uwagi na formy realizacji przez organy wykonujące orzeczenie obowiązków związanych z ochroną zdrowia skazanych na karę pozbawienia wolności, ze szczególnym uwzględnieniem sposobów reakcji sądów w zakresie należącym do ich kompetencji nadzorczych i orzeczniczych w tym zakresie oraz zadań stron współuczestniczących w realizacji tych kompetencji w postępowaniu wykonawczym przed sądem, przede wszystkim prokuratorów i obrońców skazanych. Szczególnie aktywność i merytoryczna jakość tej aktywności prezentowana przez wymienione strony postępowania wykonawczego pozostawia nadal wiele do życzenia.

Kończąc te uwagi wstępne, wypada jeszcze zauważyć, że problem ochrony zdrowia osób osadzonych w zakładach karnych jest przedmiotem licznych postępowań przed ETPC. W swoich decyzjach Trybunał podkreśla, iż organy penitencjarne muszą wywiązywać się ze swych zadań w sposób zgodny z prawami i wolnościami zainteresowanych osób. Konwencja⁴ nie

⁴ Konwencja o ochronie praw człowieka i podstawowych wolności sporządzona w Rzymie dnia 4 listopada 1950 r., zmieniona następnie Protokołami nr 3, 5 i 8 oraz uzupełniona Protokołem nr 2 (Dz. U. z 1993 r., Nr 61, poz. 284 z późn. zm. i uzup.).

przewiduje jednakże, co do zasady, obowiązku zwolnienia osadzonego ze względów zdrowotnych z zakładu karnego, a Trybunał nie może zastępować swym punktem widzenia stanowiska sądów krajowych, jeżeli władze krajowe co do zasady wywiązały się ze swego obowiązku ochrony nienaruszalności fizycznej zainteresowanego, włącznie z zapewnieniem mu odpowiedniej opieki medycznej. Rozpoznając skargi Trybunał musi jednakże badać, czy położenie skarżącego osiągnęło wymagany minimalny poziom dolegliwości, aby wejść w zakres stosowania art. 3 Konwencji, zgodnie z którym nikt nie może być poddany torturom ani niehumanicznemu lub poniżającemu traktowaniu albo karaniu, a więc, czy stan zdrowia skarżącego podczas pozbawienia wolności oraz jakość zapewnianej mu opieki medycznej były zgodne z wymogami art. 3 Konwencji.

Interpretując ten kierunek orzecznictwa, ETPC podkreśla się, że Państwo ma jednak obowiązek należytej dbałości o zdrowie osób osadzonych w więzieniu z tym, że zawsze należy mieć na uwadze kontekst penitencyjny. Kontekst ten nie powinien usprawiedliwiać jednakże opieki niedostatecznej, a więc, gdy zapewnienie odpowiedniego leczenia w warunkach więziennych nie jest możliwe, należy chorego przenieść do placówki cywilnej⁵. Chodzi w szczególności o właściwą interpretację art. 115 § 5 i 6 k.k.w., o czym będzie mowa w punkcie następnym.

II. Opieka zdrowotna w zakładach karnych

Obowiązki mające na celu zapewnienie świadczeń zdrowotnych odpowiedzialnych ze względu na zachowanie zdrowia (art. 102 pkt 1 k.k.w.) administracja zakładu karnego realizuje już od chwili doprowadzenia czy też dobrowolnego stawienia się skazanego w areszcie śledczym.

Zgodnie z art. 79b § 1 k.k.w. skazanego przyjętego do aresztu śledczego umieszcza się w celi przejściowej na okres niezbędny, nie dłużej jednak niż na 14 dni, dla poddania go m.in. wstępnym badaniom lekarskim i zabiegom sanitarnym. Już na tym etapie może okazać się, że stan zdrowia skazanego uniemożliwia rozpoczęcie odbywania przez niego kary pozbawienia wolności. W myśl przepisów wykonawczych⁶ do aresztu śledczego nie przyjmuje się osoby wymagającej leczenia szpitalnego z powodu ostrej psychozy, a także osoby wymagającej natychmiastowego leczenia szpitalnego ze względu na bezpośrednie zagrożenie życia lub zdrowia. Tego zakazu nie

⁵ J. Bartoszewicz, Glosa do wyroku ETPC z dnia 17 grudnia 2013 r., LEX nr 194585/2.

⁶ Paragraf 34 rozporządzenia Ministra Sprawiedliwości z dnia 2 października 2012 r. w sprawie czynności administracyjnych związanych z wykonywaniem tymczasowego aresztowania oraz kar i środków przymusu skutkujących pozbawieniem wolności oraz dokumentowania tych czynności (Dz. U. z 2012 r., poz. 1153).

stosuje się do osoby, która zgłosiła się albo została doprowadzona do aresztu śledczego, przy którym funkcjonuje szpital z oddziałem mogącym zapewnić jej specjalistyczną opiekę lekarską. Decyzję w tym przedmiocie podejmuje się na podstawie doręzonego przez organ doprowadzający dokumentu sporządzonego przez lekarza. Dokument może być również wystawiony przez lekarza podmiotu leczniczego dla osób pozbawionych wolności w areszcie śledczym, do którego nastąpiło doprowadzenie. Na podstawie tego dokumentu wskazuje się ponadto areszt śledczy, przy którym funkcjonuje szpital z oddziałem mogącym zapewnić tej osobie specjalistyczną opiekę lekarską.

W przypadku odmowy przyjęcia skazanego do aresztu śledczego, stosowne decyzje należą do sądu, który skierował wyrok do wykonania (zob. pkt III).

Jeżeli natomiast skazany zostanie przyjęty do zakładu karnego, jedną z pierwszych czynności należących do komisji penitencjarnej jest dokonanie klasyfikacji skazanego, a więc określenie w formie decyzji właściwego systemu wykonywania kary, rodzaju i typu zakładu karnego oraz właściwego umieszczenia go wewnątrz zakładu karnego (art. 82 § 1 k.k.w.). Do kryteriów uwzględnianych podczas klasyfikacji należy m. in. stan zdrowia fizycznego i psychicznego osadzonego, w tym stopień uzależnienia go od alkoholu, środków odurzających lub psychotropowych (art. 82 § 2 pkt 6 k.k.w.).

W czasie odbywania kary skazanemu zapewnia się bezpłatne świadczenia zdrowotne, leki i artykuły sanitarne (art. 115 § 1 k.k.w.). Stosownie do art. 12a ustawy z dnia 27 sierpnia 2004 r. o świadczeniach opieki zdrowotnej finansowanych ze środków publicznych⁷, przepisów tej ustawy, z wyłączeniem przepisów określających zasady i tryb finansowania z budżetu państwa świadczeń opieki zdrowotnej oraz przepisów określających prawo do świadczeń opieki zdrowotnej na podstawie przepisów o koordynacji, nie stosuje się wobec osób, którym świadczenia zdrowotne są udzielane bezpłatnie, bez względu na uprawnienia z tytułu ubezpieczenia zdrowotnego, a więc bez względu na to, czy są one „ubezpieczone” w rozumieniu art. 2 ust. 1 powołanej ustawy. Bezpłatna opieka medyczna nad skazanymi jest finansowana z budżetu, jako że skazani nie podlegają powszechnemu ubezpieczeniu zdrowotnemu (zob. art. 66 powołanej ustawy).

Zgodnie z art. 37 ust. 4 ustawy z dnia 15 kwietnia 2011 r. o działalności leczniczej⁸, do podmiotów leczniczych utworzonych przez Ministra Sprawiedliwości dla osób pozbawionych wolności przepisy tej ustawy stosuje się odpowiednio (z nielicznymi wyjątkami), przy uwzględnieniu kodeksu karnego wykonawczego, ustawy o SW i wydanych na ich podstawie przepisów wy-

⁷ Tekst jedn. Dz. U. z 2015 r., poz. 581 z późn. zm.

⁸ Tekst jedn. Dz. U. z 2013 r., poz. 217 z późn. zm.

konawczych. Są to tzw. „podmioty lecznicze o szczególnej regulacji”. Oznacza to, że osoby osadzone w aresztach śledczych i zakładach karnych mają prawo do świadczeń na podstawie przepisów o koordynacji systemów zabezpieczenia społecznego w zakresie udzielania rzeczowych świadczeń zdrowotnych.

Z powyższego wynika pierwszeństwo stosowania art. 115 § 1 k.k.w., zapewniającego skazanemu bezpłatne świadczenie zdrowotne, leki i artykuły sanitarne, nawet jeśli nie jest on „ubezpieczonym” w rozumieniu art. 2 ust. 1 powołanej ustawy z dnia 27 sierpnia 2004 r.

Szczegółowe warunki, zakres i tryb udzielania świadczeń zdrowotnych osobom pozbawionym wolności przez podmioty lecznicze dla osób pozbawionych wolności określają przepisy wykonawcze⁹, przyjmując jako zasadę, że świadczeń zdrowotnych osobom pozbawionym wolności udzielają podmioty lecznicze dla osób pozbawionych wolności (zob. też art. 115 § 4 k.k.w.). W szczególności podmioty te udzielają osobom pozbawionym wolności świadczeń zdrowotnych związanych z:

- 1) badaniem i poradą lekarską,
- 2) leczeniem,
- 3) badaniem i terapią psychologiczną,
- 4) rehabilitacją leczniczą,
- 5) opieką nad kobietą ciężarną i jej płodem, porodem oraz położeniem,
- 6) badaniem diagnostycznym, w tym analityką medyczną,
- 7) pielęgnacją chorych,
- 8) pielęgnacją niepełnosprawnych i opieką nad nimi,
- 9) zapobieganiem powstawaniu urazów i chorób przez działania profilaktyczne oraz obowiązkowe szczepienia ochronne,
- 10) leczeniem stomatologicznym,
- 11) orzekaniem i opiniowaniem o stanie zdrowia,
- 12) zaopatrzeniem w przedmioty ortopedyczne i środki pomocnicze.

Istotne jest przy tym, że wobec skazanych przebywających w szpitalach, izbach chorych oraz leczonych poza nimi, a także przewlekle chorych i rekonwalescentów, dyrektor zakładu karnego może, na wniosek lub po zasięgnięciu opinii lekarza, dokonywać niezbędnych odstępstw od przewidzianego w regulaminie sposobu wykonywania kary pozbawienia wolności w zakresie uzasadnionym stanem zdrowia tych osób. Dotyczy to też skazanych, u których stwierdzono niepsychotyczne zaburzenia psychiczne, upośledzonych umysłowo, uzależnionych od alkoholu albo innych środków odurzających.

⁹ Zob. w szczególności rozporządzenie Ministra Sprawiedliwości z dnia 14 czerwca 2012 r. w sprawie udzielania świadczeń zdrowotnych przez podmioty lecznicze dla osób pozbawionych wolności. (Dz. U. z 2012 r., poz. 738).

cych lub psychotropowych oraz niepełnosprawnych fizycznie (w tym przypadku na wniosek lub po zasięgnięciu opinii psychologa)¹⁰.

Skazanemu odbywającemu karę pozbawienia wolności zapewnia się też bezpłatnie protezy, przedmioty ortopedyczne i środki pomocnicze, jeżeli ich brak mógłby pogorszyć stan zdrowia lub uniemożliwić odbywanie kary, a w innych wypadkach odpłatnie (art. 115 § 2 k.k.w.). Warunki i sposób zaopatrzenia osób osadzonych w zakładach karnych i aresztach śledczych w protezy, przedmioty ortopedyczne i środki pomocnicze dostarczane tym osobom bezpłatnie, a także warunki odpłatności w przypadkach, gdy nie są spełnione przesłanki do uzyskania ich bezpłatnie, określa stosowne rozporządzenie Ministra Sprawiedliwości¹¹.

Uprawnienia skazanego do bezpłatnej opieki zdrowotnej są częściowo ograniczone. Przepis art. 115 § 1a k.k.w. stanowi, że skazanemu odbywającemu karę pozbawienia wolności nie przysługuje prawo wyboru lekarza, o którym mowa w art. 55 ust. 2a powołanej ustawy z dnia 27 sierpnia 2004 r., pielęgniarki podstawowej opieki zdrowotnej, świadczeniodawcy udzielającego ambulatoryjnych świadczeń opieki zdrowotnej, lekarza dentysty oraz szpitala. Wydaje się, że takie rozwiązanie jest słuszne, uzasadnione specyfiką zakładu karnego i potrzebą ograniczenia postaw roszczeniowych osób w nim osadzonych. Trafnie podniesiono w orzecznictwie, że zadaniem więziennej służby zdrowia nie jest spełnianie dowolnych, często wygórowanych, oczekiwań osób pozbawionych wolności, a jedynie utrzymanie ich w nie pogorszonym zdrowiu¹².

Trzeba zadać sobie pytanie, czy sieć szpitali, ambulatoriów i aptek funkcjonujących w zakładach karnych jest na tyle dobrze rozwinięta by zapewnić podstawową i specjalistyczną opiekę zdrowotną nad osadzonymi. Odpowiedzią na to pytanie są dane statystyczne Centralnego Zarządu Służby Więziennej¹³. Pokazują one, że istnieją w naszym systemie penitencjarnym liczne zakłady karne z oddziałami szpitalnymi różnych specjalności, istnieją też zakłady karne przeznaczone np. dla osób upośledzonych fizycznie, poruszających się na wózkach inwalidzkich, kobiet ciężarnych.

Ze wspomnianych danych wynika, że więzienna służba zdrowia posiada kilkanaście szpitali z oddziałami specjalistycznymi. Są to usytuowane w jednym lub kilku szpitalach oddziały: wewnętrzne, chirurgiczne, laryngologicz-

¹⁰ Paragraf 26 rozporządzenia Ministra Sprawiedliwości z dnia 25 sierpnia 2003 r. w sprawie regulaminu organizacyjno-porządkowego wykonywania kary pozbawienia wolności (Dz. U. Nr 152, poz. 1493).

¹¹ Rozporządzenie Ministra Sprawiedliwości z dnia 13 listopada 2003 r. w sprawie warunków i sposobu zaopatrzenia osób osadzonych w zakładach karnych i aresztach śledczych w protezy, przedmioty ortopedyczne i środki pomocnicze (Dz. U. Nr 204, poz. 1986).

¹² Postanowienie SA w Katowicach z dnia 24 lipca 2002 r., sygn. II AKz 659/02, KZS 2002, nr 11, poz. 47, LEX nr 75085.

¹³ Zob. strona internetowa Centralnego Zarządu Służby Więziennej, zakładka „statystyka”.

ne, ginekologiczno-położnicze, dermatologiczne, detoksykacyjne, okulistyczne, dla przewlekle chorych, neurologiczne, przeciwgruźlicze, psychiatryczne, rehabilitacji leczniczej, hepatologiczne, ortopedyczne oraz OIOM-y. Dysponują one ponad 1100 łózkami szpitalnymi. Oznacza to, że na jedno łóżko przypada około 60–65 osadzonych.

W szpitalach więziennych nie wykonuje się jedynie procedur wysokospecjalistycznych z zakresu: neurochirurgii, torakochirurgii, okulistyki, chirurgii szczękowej, kardiologii inwazyjnej, urologii, przeszczepów narządów, chirurgii urazowej, onkologii i ginekologii. Operacje z tego zakresu przeprowadzane są w placówkach cywilnej służby zdrowia.

Poza wykonywaniem procedur diagnostyczno-leczniczych personel medyczny oddziałów szpitalnych dodatkowo zapewnia osadzonym przebywającym w warunkach ambulatoryjnych całodobową opiekę medyczną. Taką opiekę zapewniają też zakłady karne i areszty śledcze, przy których nie istnieją oddziały szpitalne.

W ramach więziennej służby zdrowia rozwinięta jest też pomoc ambulatoryjna, dysponująca 157 ambulatoriami rozlokowanymi w jednostkach penitencjarnych w całym kraju. W skład każdego zakładu opieki zdrowotnej wchodzi ambulatorium z izbą chorych oraz gabinet stomatologiczny. Ambulatoria te udzieliły w 2013 r. 1 638 832 porad lekarskich i konsultacji przez lekarzy różnych specjalności, jak też przeprowadziły bardzo liczne badania analityczne, rentgenowskie, endoskopowe, USG, a także zabiegi fizjoterapeutyczne i protezowanie uzębienia (około 500 000 badań i zabiegów).

Prezentując te informacje nie sposób odrzucić spostrzeżenie, że sytuacja ta wydaje się statystycznie lepsza niż w warunkach wolnościowych.

Trzeba też wspomnieć, że więzienna służba zdrowia uczestniczy i realizuje liczne programy ogólnokrajowe, takie jak:

- 1) program ograniczania zdrowotnych następstw palenia tytoniu w Polsce,
- 2) Narodowy Program Profilaktyki i Rozwiązywania Programów Alkoholowych,
- 3) Krajowy Program Przeciwdziałania Narkomanii,
- 4) Program Polityki Zdrowotnej Ministerstwa Zdrowia „Leczenie antyretrowirusowe osób żyjących z wirusem HIV w Polsce”,
- 5) Krajowy Program Zwalczania AIDS i Zapobiegania Zakażeniom HIV.

Realizacja tych programów pozwala zabezpieczyć potrzeby zdrowotne osób pozbawionych wolności w stopniu równoważnym wszystkim obywatelom państwa.

Dopiero gdy podmioty lecznicze przeznaczone dla osób pozbawionych wolności nie mogą zapewnić osadzonym odpowiedniego leczenia, może być ono prowadzone w pozawięziennych podmiotach leczniczych. W 2013 r. podmioty te udzieliły 26228 porad lekarskich oraz przeprowadziły około 40 000 różnego rodzaju badań i zabiegów. Udzielanie przez podmioty po-

zawięzienne świadczeń zdrowotnych osobom odbywającym karę pozbawienia wolności nie jest nieograniczone. Stosownie do art. 115 § 5 k.k.w. podmioty lecznicze, inne niż podmioty przeznaczone dla osób pozbawionych wolności (a więc podmioty pozawięzienne), współdziałają z więzienną służbą zdrowia w zapewnieniu skazanym świadczeń zdrowotnych, gdy konieczne jest w szczególności:

- 1) natychmiastowe udzielenie świadczeń zdrowotnych ze względu na zagrożenie życia lub zdrowia skazanego,
- 2) przeprowadzenie specjalistycznych badań, leczenia lub rehabilitacji skazanego,
- 3) zapewnienie świadczeń zdrowotnych skazanemu, który korzysta z przepustki lub czasowego zezwolenia na opuszczenie zakładu karnego.

Zwrot „w szczególności” oznacza, że katalog sytuacji przewidzianych w art. 115 § 5 k.k.w. nie jest katalogiem zamkniętym, z tym, że inne, niewymienione w nim przypadki muszą być rodzajowo zbliżone do przytoczonych w tym przepisie.

Udzielanie świadczeń zdrowotnych nie może naruszać zasad regulujących wykonywanie kar, środków karnych, zabezpieczających i zapobiegawczych. Warunki, zakres i tryb współdziałania „pozawięziennych” podmiotów leczniczych z podmiotami leczniczymi dla osób pozbawionych wolności w zakładach karnych i aresztach śledczych w zapewnieniu świadczeń zdrowotnych osobom pozbawionym wolności zostały szczegółowo określone w rozporządzeniu Ministra Sprawiedliwości i Ministra Zdrowia¹⁴. Przewiduje ono, że zakres współdziałania podmiotów leczniczych z podmiotami leczniczymi dla osób pozbawionych wolności wyznaczają potrzeby udzielenia świadczeń zdrowotnych niezbędnych ze względu na stan zdrowia osoby pozbawionej wolności oraz możliwości podmiotów leczniczych dla osób pozbawionych wolności do udzielenia osobie pozbawionej wolności świadczeń zdrowotnych niezbędnych ze względu na stan jej zdrowia.

Szczegółowe zasady, a także zakres i tryb współdziałania podmiotów leczniczych ze służbą zdrowia w zakładach karnych i aresztach śledczych w zapewnieniu świadczeń zdrowotnych osobom pozbawionym wolności (art. 115 § 5 k.k.w.) opierają się więc na trzech zasadach:

- 1) równego traktowania skazanych,
- 2) minimalizacji czasu oraz zakresu udzielanych świadczeń zdrowotnych uzależnionych jedynie od stanu zdrowia osoby pozbawionej wolności, w tym także korzystającej z przepustki lub czasowego zezwolenia na

¹⁴ Rozporządzenie Ministra Sprawiedliwości i Ministra Zdrowia z dnia 9 maja 2012 r. w sprawie szczegółowych warunków, zakresu i trybu współdziałania podmiotów leczniczych z podmiotami leczniczymi dla osób pozbawionych wolności w zakładach karnych i aresztach śledczych w zapewnieniu świadczeń zdrowotnych osobom pozbawionym wolności (Dz. U. z 2012 r., poz. 547).

opuszczenie zakładu karnego lub aresztu śledczego, zwanych dalej „zakładem karnym”,

- 3) uwzględnienia potrzeby zabezpieczenia prawidłowego toku postępowania karnego w przypadku osób tymczasowo aresztowanych.

Odmienne postępowanie, a więc udostępnienie skazanym swobodnego leczenia w warunkach wolnościowych, w praktyce uniemożliwiałoby wykonywanie kary pozbawienia wolności¹⁵. Słusznie zauważono też w orzecznictwie, że wyłączenie – co do zasady – możliwości leczenia w warunkach wolnościowych jest naturalną konsekwencją izolacji więziennej, co skazany winien mieć na uwadze, decydując się na popełnienie przestępstwa. Aktualne brzmienie art. 115 k.k.w. stwarza bardzo duże możliwości udzielenia skazanemu opieki zdrowotnej bez konieczności udzielenia przerwy w karze¹⁶.

Decyzję o skierowaniu osoby pozbawionej wolności do pozawięziennego podmiotu leczniczego podejmuje dyrektor zakładu karnego na wniosek kierownika podmiotu leczniczego dla osób pozbawionych wolności albo uzgadnia z kierownikiem tego zakładu warunki, w jakich świadczenie zdrowotne będzie udzielone tej osobie na terenie zakładu karnego. W przypadku gdy konieczne jest natychmiastowe udzielenie świadczeń zdrowotnych ze względu na zagrożenie życia lub zdrowia skazanego (art. 115 § 5 pkt 1 k.k.w.), decyzję podejmuje wezwany lekarz lub wezwany ratownik medyczny lub pielęgniarka systemu Państwowego Ratownictwa Medycznego.

W tym kontekście należy widzieć sens art. 115 § 6 k.k.w., który przewiduje, że w szczególnie uzasadnionych przypadkach dyrektor zakładu karnego, po zasięgnięciu opinii lekarza zakładu karnego, może zezwolić skazanemu, na jego koszt, na leczenie przez wybranego przez niego innego lekarza, podmiotu innego niż określony w § 4 oraz na korzystanie z dodatkowych leków i innych wyrobów medycznych. Przepis art. 115 § 6 k.k.w., który wyjątkowo zezwala dyrektorowi zakładu karnego na wydanie decyzji o leczeniu skazanego na jego koszt (w czym należy rozumieć również koszty konwoju na leczenie i niezbędne konsultacje), dotyczy sytuacji, gdy więzienna służba zdrowia jest w stanie zapewnić osobie pozbawionej wolności pomoc medyczną. Tylko taka interpretacja tego przepisu, odwołującego się do art. 115 § 4 k.k.w., może być uznana za racjonalną i nie kolidującą z prawem skazanego do uzyskania świadczeń zdrowotnych¹⁷. Akceptując to stanowisko, trzeba mieć m. in. na uwadze, że art. 115 § 6 k.k.w. przewiduje wyjątek od zasady sformułowanej w art. 115 § 1 k.k.w., który mówi o przysługujących

¹⁵ Zob. postanowienie SA w Krakowie z dnia 27 grudnia 2007 r., sygn. II AKzw 1080/07, KZS 2008, nr 1, poz. 71, LEX nr 377431.

¹⁶ Postanowienie SA w Lublinie z dnia 11 stycznia 2012 r., sygn. II AKzw 1397/11, KZS 2012, nr 9, poz. 78, LEX nr 1210840.

¹⁷ Zob. postanowienie SA w Białymstoku z dnia 17 kwietnia 2013 r., sygn. II AKzw 665/13, LEX nr 1311932.

skazanemu bezpłatnych świadczeniach zdrowotnych i w art. 115 1a k.k.w., w myśl którego skazanemu odbywającemu karę pozbawienia wolności nie przysługuje prawo wyboru lekarza i pielęgniarki podstawowej opieki zdrowotnej, świadczeniodawcy udzielającego ambulatoryjnych świadczeń opieki zdrowotnej, lekarza dentysty oraz szpitala. Dyspozycja art. 115 § 6 k.k.w., będąca wyjątkiem od tych zasad, nie może podlegać wykładni rozszerzającej. Na jej wyjątkowość wskazuje jednoznacznie użyty w tym przepisie zwrot, że chodzi w nim o „szczególnie uzasadniony przypadek”¹⁸.

Przewidziane w art. 115 k.k.w. decyzje podejmuje dyrektor zakładu karnego. Podlegają one kontroli sądu penitencjarnego w trybie art. 7 k.k.w., w przypadku wniesienia skargi przez skazanego nadzorowi sędziego penitencjarnego (art. 32 i n. k.k.w.), a także nadzorowi Dyrektora Generalnego Służby Więziennej lub dyrektora okręgowego Służby Więziennej (art. 78 § 2 k.k.w.).

Przedmiotem skargi wnoszonej przez skazanego w trybie art. 7 § 1 k.k.w. może być sprzeczność decyzji z prawem, zarówno materialnym, jak też procesowym. Skazany może zarzucić w skardze m.in., że nie odpowiada ona warunkom formalnym, określonym w art. 7 § 3 k.k.w., ale też jej przedmiotem może być odmowa zapewnienia nieodpłatnie zaopatrzenia w protezę lub inne środki ortopedyczne i pomocnicze, odmowa zezwolenia na korzystanie z dodatkowych leków lub innych wyrobów medycznych, niewyrażenie zgody na leczenie, na jego koszt, przez wybranego przez niego innego lekarza, podmiotu innego niż określony w art. 115 § 4 k.k.w., odmowa udzielenia świadczenia przez pozawięzienny podmiot leczniczy itd.

Skazany ma nie tylko prawo do opieki lekarskiej, ale też obowiązek poddawania się określonym badaniom i zabiegom lekarskim, a także – w określonych sytuacjach – leczeniu i terapii (zob. np. art. 79b § 1, art. 83 § 1, art. 96, art. 97, art. 116 § 1 pkt 3, art. 117 i art. 118 k.k.w.).

W związku z tym trzeba zwrócić uwagę szczególnie na treść art. 118 k.k.w. Przepis ten dotyczy trzech trybów postępowania związanych ze stanem zdrowia skazanego:

- 1) zawiadomienia sędziego penitencjarnego przez dyrektora zakładu karnego o możliwym zagrożeniu życiu skazanego lub spowodowaniu dla jego zdrowia poważnego niebezpieczeństwa w przypadku wykonywania kary pozbawienia wolności,
- 2) orzeczenia przez sąd penitencjarny o dokonaniu zabiegu, mimo sprzeciwu skazanego, gdy życiu skazanego grozi poważne niebezpieczeństwo, stwierdzone co najmniej przez dwóch lekarzy,

¹⁸ K. Postulski, Glosa do postanowienia SA w Białymstoku z dnia 17 kwietnia 2013 r., sygn. II AKzw 665/13, LEX nr 1311932.

3) podjęcia decyzji o konieczności zabiegu przez lekarza w nagłym wypadku, jeżeli zachodzi bezpośrednie niebezpieczeństwo śmierci skazanego. Każdy z powyższych sposobów postępowania uzależniony jest od stopnia zagrożenia życia skazanego lub spowodowania poważnego niebezpieczeństwa dla jego zdrowia.

Przepis art. 118 k.k.w. nie uwzględnia innego jeszcze możliwego reagowania na stan zdrowia skazanego, który w przypadku dalszego pobytu w zakładzie karnym może zagrażać życiu lub spowodować dla jego zdrowia poważne niebezpieczeństwo, a mianowicie na wynikającą ze znowelizowanego w 2011 r. art. 153 k.k.w. możliwość złożenia wniosku o udzielenie przerwy w wykonaniu kary pozbawienia wolności przez dyrektora zakładu karnego (art. 153 § 2a k.k.w.).

Przedstawione zasady dotyczące ochrony zdrowia osadzonych stosuje się wobec skazanych, którzy odbywają karę pozbawienia wolności w zakładzie karnym, w tym także korzystających z przepustki określonej w art. 91 pkt 7 i art. 92 pkt 9 k.k.w., z nagrody określonej w art. 138 § 1 punkty 7 i 8 k.k.w., z „przepustki losowej” określonej w art. 141a k.k.w., z zezwolenia na opuszczenie zakładu w trybie art. 165 § 2 k.k.w., a także w trybie art. 91 punkty 2 i 3, art. 92 punkty 2, 3 i 5 oraz art. 131 § 1 i 2 k.k.w. Natomiast osoba, której udzielono przerwy w wykonaniu kary pozbawienia wolności, nie jest skazanym uprawnionym do bezpłatnej opieki medycznej określonej w art. 115 § 1 k.k.w. Czas trwania przerwy nie jest zaliczany na poczet tej kary. Nie ulega przy tym wątpliwości, że celem uregulowań zawartych w art. 102 pkt 1 i art. 115 § 1 k.k.w. jest zapewnienie świadczeń zdrowotnych osobie, która faktycznie odbywa karę pozbawienia wolności¹⁹.

Odrębnym problemem jest odbywanie kary pozbawienia wolności przez kobiety ciężarne. Konstytucja nakłada na władze publiczne obowiązek zapewnienia takim kobietom szczególnej opieki zdrowotnej. Realizacją tej zasady jest treść art. 87 § 3 k.k.w., w myśl którego kobiecie ciężarnej zapewnia się w zakładzie karnym opiekę specjalistyczną. Wynika stąd, że kobiety ciężarne mogą przebywać w zakładzie karnym. Normą jest, że do zakładu karnego (aresztu śledczego) nie przyjmuje się kobiety od 28 tygodnia ciąży. Nie ma ona jednak zastosowania do kobiety, która zgłosiła się albo została doprowadzona do aresztu śledczego, przy którym funkcjonuje szpital z oddziałem mogącym zapewnić tej osobie specjalistyczną opiekę lekarską²⁰. Taką jednostką, do której mogą być przyjmowane kobiety w zaawansowanej (od 7 miesiąca) ciąży jest Zakład Karny nr 1 w Grudziądzu, w którym istnieją warunki umożliwiające urodzenie dziecka.

¹⁹ Zob. też uchwałę SN z dnia 26 listopada 2008 r., sygn. III CZP 103/08, OSNC 2009, nr 10, poz. 141, LEX nr 465363.

²⁰ Paragraf 34 ust. 2, 4 i 7 powołanego rozporządzenia Ministra Sprawiedliwości z dnia 2 października 2012 r.

Wobec skazanych kobiet ciężarnych dyrektor zakładu może dokonywać, na wniosek lekarza lub po zasięgnięciu jego opinii, niezbędnych odstępstw od przewidzianego w regulaminie sposobu wykonywania kary pozbawienia wolności w zakresie wynikającym z potrzeby uwzględnienia stanu fizycznego lub psychicznego tych kobiet. Natomiast na dwa miesiące przed przewidywanym terminem porodu skazaną kobietę ciężarną przenosi się do szpitalnego oddziału ginekologiczno-położniczego w zakładzie karnym lub areszcie śledczym²¹.

Powyższe unormowania nie wykluczają jednak możliwości udzielenia kobiecie ciężarnej przerwy w wykonaniu kary (zob. pkt III).

Omawiając realizację przez Służbę Więzienną konstytucyjnej zasady ochrony zdrowia należy jeszcze wspomnieć o możliwości odbywania kary pozbawienia wolności w systemie terapeutycznym. W myśl art. 96 k.k.w. w systemie tym odbywają karę skazani:

- 1) z niepsychotycznymi zaburzeniami psychicznymi, w tym skazani za przestępstwo określone w art. 197–203 kodeksu karnego, popełnione w związku z zaburzeniami preferencji seksualnych,
- 2) upośledzeni umysłowo,
- 3) uzależnieni od alkoholu albo innych środków odurzających lub psychotropowych,
- 4) niepełnosprawni fizycznie – wymagający oddziaływania specjalistycznego, zwłaszcza opieki psychologicznej, lekarskiej lub rehabilitacyjnej.

Jeżeli przemawiają za tym względy lecznicze i wychowawcze, w oddziale terapeutycznym mogą odbywać karę także inni skazani, za ich zgodą.

Karę pozbawienia wolności w systemie terapeutycznym wykonuje się przede wszystkim w oddziale terapeutycznym o określonej specjalizacji. Według stanu na koniec 2013 r. przebywało w tych oddziałach 2943 skazanych. Z treści art. 96 § 4 k.k.w. wynika, że w systemie terapeutycznym można odbywać karę pozbawienia wolności także poza oddziałem terapeutycznym. Istnieją zatem dwa sposoby wykonywania kary w tym systemie: jeden w oddziale terapeutycznym, drugi – poza takim oddziałem.

Jeżeli istnieją przesłanki do zakwalifikowania skazanego do systemu terapeutycznego, następuje to bez konieczności wyrażenia przez niego zgody. Jednak jeżeli stwierdzono u skazanego uzależnienie od alkoholu albo środków odurzających lub psychotropowych, albo gdy został on skazany za przestępstwo określone w art. 197–203 k.k., popełnione w związku z zaburzeniami preferencji seksualnych, w razie braku zgody, o stosowaniu leczenia lub rehabilitacji orzeka sąd penitencjarny. Wystąpienie dwóch przesłanek w postaci: stwierdzenia uzależnienia skazanego wymienionych anomalii

²¹ Paragraf 27 powołanego rozporządzenia Ministra Sprawiedliwości z dnia 25 sierpnia 2003 r.

oraz braku jego zgody na poddanie się terapii obliguje sąd penitencjarny do zastosowania wobec skazanego leczenia odwykowego²².

Omawianie zasad odbywania kary w systemie terapeutycznym (zob. art. 97 k.k.w.) i jego znaczenia w procesie resocjalizacji wykracza poza tematykę artykułu. Temat ten został już szczegółowo przedstawiony w piśmiennictwie²³.

III. Stan zdrowia skazanego jako przesłanka odroczenia wykonania kary lub przerwy w jej wykonaniu

Formy ochrony zdrowia skazanych udzielanej im przez Służbę Więzienną i ich zakres pozostaje w związku i ma znaczenie przy określaniu przesłanek, które mogą być podstawą odroczenia wykonania kary pozbawienia wolności albo udzielenia przez sąd penitencjarny przerwy w wykonaniu tej kary z powodu choroby. To, o czym była mowa w punkcie poprzednim, prowadzi do wniosku, że istnieje niewielki margines sytuacji, w których takie decyzje mogą być podejmowane. Obecne brzmienie art. 115 k.k.w. stwarza bowiem bardzo duże możliwości opieki zdrowotnej nad skazanym bez konieczności odraczania kary bądź udzielania przerwy w karze.

Dlatego w aktualnym stanie prawnym są podstawy do zaprezentowania stanowiska, że podstawą odroczenia albo przerwy może być tylko ciężka choroba. Ta ciężka choroba musi być przy tym takim stanem skazanego, w którym umieszczenie go w zakładzie karnym może zagrażać życiu lub spowodować dla jego zdrowia poważne niebezpieczeństwo. W takim przy-

²² Postanowienie SA w Rzeszowie z dnia 18 lutego 2014 r., sygn. II AKz w 41/14, LEX nr 1430742; podobnie poprzednio m.in. postanowienia SA: w Lublinie z dnia 21 grudnia 2011 r., sygn. II AKz w 1295/11, KZS 2012, nr 6, poz. 50 i w Krakowie z dnia 25 września 2012 r., sygn. II AKz w 1023/12, KZS 2012, nr 10, poz. 44.

²³ Zob. np.: M. Bartczak-Praczkowska, M. Pietrucha-Hassan, Resocjalizacja poprzez terapię – postępowanie z osobami uzależnionymi od alkoholu oraz przejawiającymi zaburzenia preferencji seksualnych w polskim systemie penitencjarnym, (w:) B. Stańdo-Kawecka, K. Krajewski (red.), *Problemy penologii i praw człowieka na początku XXI stulecia. Księga poświęcona pamięci Profesora Zbigniewa Hołdy*, Warszawa 2011, s. 298; K. Dubiel, A. Majcherczyk, *Polski system terapii skazanych uzależnionych od narkotyków*, PWP 2006, nr 52–53, s. 51; E. Habzda-Siwek, *Wybrane problemy realizacji systemu terapeutycznego* (w:) B. Stańdo-Kawecka, K. Krajewski (red.), *ibidem*, s. 375; T. Kalisz, A. Kwieciński, *Skazani z zaburzeniami preferencji seksualnych w polskim systemie penitencjarnym*, PWP 2008, nr 60, s. 73; T. Kolarczyk, *Terapeutyczny system wykonywania kary pozbawienia wolności*, PWP 1995, nr 10 s. 35; A. Kwieciński, *Skazani odbywający karę pozbawienia wolności w systemie terapeutycznym*, NKPK 2005, t. XVIII, s. 302; A. Nawój-Śleszyński, *Wykonywanie kary pozbawienia wolności w systemie terapeutycznym w świetle zasady indywidualnego oddziaływania*, PWP 2009, nr 64–65, s. 95 oraz literaturę cyt. przez tych autorów.

padku odroczenie wykonania kary albo udzielenie przerwy w jej wykonaniu jest obligatoryjne (art. 150 i 153 § 1 k.k.w.).

Kodeks karny wykonawczy nie definiuje pojęcia „ciężka choroba”, pozostawiając każdorazowo sądowi ocenę stanu zdrowia skazanego. Wbrew temu, co mogłoby pozornie wynikać z treści art. 150 § 2 k.k.w., przepis ten nie zawiera takiej definicji, a jedynie podkreśla, że nie każda ciężka choroba uniemożliwia wykonanie kary.

Nie istnieje katalog „ciężkich chorób”. Gradacja chorób na ciężkie czy lekkie jest dokonywana na potrzeby prawa, a nie medycyny. Uznanie choroby za ciężką w rozumieniu art. 150 k.k.w. nie może opierać się więc wyłącznie na nazwie choroby stwierdzonej u skazanego ani na czasie jej trwania, ale na podstawie aktualnego stanu klinicznego skazanego, ostrości przebiegu procesów patologicznych, prowadzących do poważnych zmian czynnościowych i organicznych ustroju²⁴. Ustalenie istnienia u skazanego ciężkiej choroby nie wystarcza do odroczenia wykonania kary na podstawie art. 150 k.k.w. Jak wynika z treści tego przepisu, musi to być taka ciężka choroba, która uniemożliwia wykonanie kary, to znaczy – może zagrozić życiu skazanego lub spowodować poważne niebezpieczeństwo dla jego zdrowia w przypadku osadzenia go lub dalszego pobytu w zakładzie karnym. Przez użycie zwrotu „poważne niebezpieczeństwo” ustawodawca podkreśla wysoki stopień i bezpośredniość możliwości wystąpienia takiego skutku.

Niektóre przypadki ciężkich chorób mogą być bowiem leczone w jednostkach więziennej służby zdrowia. Poza tym nie każda ciężka choroba musi oznaczać chorobę zagrażającą życiu²⁵. Jest nią tylko stan patologiczny o poważnie niekorzystnym, z punktu widzenia lekarskiego, rokowaniu²⁶. Chodzi zatem o taki stan, w którym następuje poważne zaburzenie podstawowych czynności układów narządów (ośrodkowego układu nerwowego, układu oddechowego lub układu krążenia), z powodu którego w każdej chwili można spodziewać się zahamowania lub ustania czynności tych narządów, a zatem – zgonu²⁷.

Mówiąc inaczej: przy ocenie zasadności odroczenia albo przerwy z powodu ciężkiej choroby należy mieć na uwadze możliwości skutecznego rea-

²⁴ Szerzej zob. L. Przybylczak, J. T. Marcinkowski, Przerwa w odbywaniu kary pozbawienia wolności, *Problemy Kryminologii* 1985, nr 8–9, s. 80 i n.

²⁵ Zob. wyrok SN z dnia 18 marca 1975 r., sygn. IV KR 7/75, OSNKW 1975, nr 7, poz. 88, LEX nr 18982.

²⁶ L. Niedzielski, Głos do wyroku SN z dnia 12 stycznia 1977 r., sygn. II KR 371/76, OSP 1978, nr 3, poz. 57; K. Mrozek, Obligatoryjne odroczenie wykonania kary ze względu na stan zdrowia skazanego, *NKPK* 2014, nr 31, s. 91; K. Postulski, Głos do postanowienia SA w Krakowie z dnia 23 czerwca 2014 r., sygn. I AKz w 702/14, LEX nr 1574415.

²⁷ Zob. m.in. wyroki SN: z dnia 30 sierpnia 1976 r., sygn. II KR 167/76, OSNPG 1976, nr 11, poz. 99, LEX nr 16950 i z dnia 15 września 1983 r., sygn. II KR 191/83, OSP 1984, nr 9, poz. 192, LEX nr 20949.

gowania na taką chorobę przez więzienną służbę zdrowia, w tym także zasady jej współdziałania z pozawięziennymi podmiotami leczniczymi. Do odroczenia wykonania kary pozbawienia wolności lub udzielenia przerwy w jej wykonaniu konieczne jest ustalenie niemożności wykonywania kary, przez co należy rozumieć zagrożenie życia skazanego lub spowodowanie dla jego zdrowia poważnego niebezpieczeństwo w wypadku pobytu w zakładzie karnym²⁸. Chodzi więc o sytuację, w której charakter choroby lub rozmiar doznanego uszkodzenia ciała są tego rodzaju, że – z uwagi na brak odpowiedniej interwencji medycznej w warunkach pozbawienia wolności lub co najmniej znacznego utrudnienia w stosowaniu zaleconego sposobu leczenia – osiągnięcie rezultatów zapewniających uniknięcie zagrożenia życia lub spowodowania dla zdrowia skazanego poważnego niebezpieczeństwa nie jest możliwe²⁹.

Rozpoznając sprawę w przedmiocie odroczenia wykonania kary z powodu ciężkiej choroby w rozumieniu art. 150 k.k.w., sąd ma obowiązek ocenić, czy i ewentualnie w jakim stopniu pobyt skazanego w zakładzie karnym może zwiększyć ryzyko pogorszenia się jego stanu zdrowia lub wystąpienia powikłań zdrowotnych w porównaniu z zagrożeniem takimi samymi lub podobnymi skutkami podczas pobytu na wolności. Długotrwała, wręcz przewlekła choroba, o ile może być leczona w warunkach pozbawienia wolności, nie daje podstaw do odroczenia wykonania kary ani do udzielenia przerwy w jej wykonaniu.

Pomocna w prawidłowym wywiązywaniu się sądu z tego obowiązku powinna być aktywność stron w toku postępowania wykonawczego, w szczególności inicjowanie postępowań przedmiocie odroczenia lub przerwy w wykonaniu kary, zgłaszanie stosownych wniosków dowodowych czy też wykorzystywanie prawa do wnoszenia zażalenia na postanowienie sądu. Trzeba pamiętać o treści art. 153a k.k.w., który przewiduje, że w posiedzeniu w przedmiocie odroczenia lub przerwy ma prawo wziąć udział prokurator, skazany oraz jego obrońca, a także sądowy kurator zawodowy lub dyrektor zakładu karnego, jeżeli składali wniosek o wydanie postanowienia, a na postanowienie w tym przedmiocie przysługuje zażalenie.

Z brzmienia art. 150 § 1 k.k.w. wynika, że podstawą obligatoryjnego odroczenia wykonania kary albo udzielenia przerwy w jej wykonaniu jest także choroba psychiczna. Powstaje pytanie, czy zawarty w tym przepisie wymóg istnienia „ciężkiej choroby” dotyczy także chorób psychicznych. Wyjaśnienia wymaga więc, czy w świetle treści art. 150 § 1 k.k.w. każda choroba psy-

²⁸ Postanowienie SA w Lublinie z dnia 15 czerwca 2012 r., sygn. II AKzw 581/12, niepubl.; szeroko na temat pojęcia „ciężka choroba” zob. też K. Postulski, Kodeks karny wykonawczy. Komentarz, Warszawa 2014, s. 700 i n.

²⁹ Zob. postanowienie SN z dnia 21 lutego 1995 r., sygn. WZ 35/95, OSNKW 1995, nr 7–8, poz. 52, LEX nr 20757.

chiczna powoduje odroczenie wykonania kary pozbawienia wolności, czy też tylko „ciężka choroba”. Zasadne wydaje się to drugie stanowisko.

Za ograniczeniem obligatoryjnego odroczenia wykonania kary pozbawienia wolności albo przerwy w jej wykonaniu tylko do wypadków „ciężkiej choroby psychicznej” przemawia przede wszystkim treść art. 150 k.k.w. Przewiduje on, jako końcowy moment odroczenia (przerwy), także w przypadku choroby psychicznej, nie „wyzdrowienie”, ale „ustanie przeszkody” uniemożliwiającej wykonanie kary. Oczywiście jest, że ustanie przeszkody nie jest równoznaczne z wyzdrowieniem, ale z taką poprawą stanu zdrowia, które umożliwia wykonanie kary.

Chorobę psychiczną, w aspekcie, którego dotyczy art. 150 k.k.w., należy rozumieć tylko jako taki ciężki stan poczytalności skazanego, który uniemożliwia mu zachowanie świadomości celu wykonywania wobec niego kary oraz nie pozwala na świadome uczestniczenie w procesie wykonywania kary w zakładzie karnym. Inna interpretacja art. 150 k.k.w., w szczególności uznanie, że każda choroba psychiczna nakłada na sąd obowiązek odroczenia lub przerwy w wykonaniu kary pozbawienia wolności, doprowadziłaby do faktycznej niewykonalności dużej części wyroków skazujących na tę karę – na przykład – odnośnie do osób o ograniczonej poczytalności spowodowanej chorobą psychiczną, a więc wówczas, gdy istnieją przesłanki określone w art. 31 § 2 k.k. Społeczeństwo ma prawo bronić się przed tą kategorią sprawców za pomocą prawa karnego, przy zastosowaniu przez organy wykonujące orzeczenie indywidualizacji metod i środków oddziaływania penitencjarnego³⁰. Wsparcie przedstawionego stanowiska, chociaż nie wprost, można znaleźć w orzecznictwie Sądu Najwyższego³¹.

Również na gruncie przepisów kodeksu postępowania karnego o zawieszeniu postępowania (art. 22 k.p.k.) Sąd Najwyższy zajął stanowisko, że nie każdy przypadek choroby psychicznej oskarżonego jest podstawą takiego zawieszenia. Choroba psychiczna oskarżonego w trakcie postępowania stanowi podstawę do jego zawieszenia, jeżeli uniemożliwia oskarżonemu udział w procesie, a więc, gdy mimo udziału obrońcy nie jest on w stanie kierować swym zachowaniem w toku postępowania, tj. w sposób właściwy rozumieć znaczenia czynności procesowych i składać sensownych oświadczeń³². To stanowisko nie może być pomijane przy interpretacji art. 150 k.k.w. Także w praktyce sądów powszechnych prezentowane jest jednolite i jednoznaczne stanowisko, że choroba psychiczna, będąca podstawą obligatoryjnego

³⁰ Zob. S. Ziembicki, *Klasyfikacja skazanych*, Warszawa 1973, s. 68 i 209.

³¹ Zob. wyrok SN z dnia 18 maja 1979 r., sygn. IV KR 92/79, OSNPG 1979, nr 11, poz. 156, LEX nr 17143 i postanowienie SN z dnia 21 stycznia 1983 r., sygn. Rw 1222/82, OSNKW 1983, nr 7–8, poz. 60, LEX nr 19851.

³² Postanowienie SN z dnia 20 stycznia 2010 r., sygn. IV KK 329/09, OSNwSK 2010, poz. 119, LEX nr 843675.

odroczenia wykonania kary (i obligatoryjnej przerwy), musi być ciężką chorobą³³.

Trzeba też przypomnieć to, o czym była mowa w punkcie poprzednim, i mieć na uwadze powołane tam przepisy, zgodnie z którymi do aresztu śledczego nie przyjmuje się osoby wymagającej leczenia szpitalnego z powodu jedynie ostrej psychozy, natomiast w przypadku lekkich anomalii psychicznych nie ma przeszkód, aby sprawca odbywał wymierzoną mu karę pozbawienia wolności w systemie terapeutycznym, uwzględniającym potrzebę zapobiegania pogłębianiu się patologicznych cech osobowości i przywracania równowagi psychicznej³⁴.

Odwolując się do zaprezentowanej argumentacji, nie można zgodzić się z poglądem, że stwierdzenie u skazanego choroby psychicznej nie wymaga dodatkowych ustaleń, że pobyt skazanego w zakładzie karnym zagraża jego życiu lub może spowodować dla jego zdrowia poważne niebezpieczeństwo, ponieważ odroczenie wykonania kary, a także przerwa w jej wykonaniu z powodu choroby psychicznej podyktowana jest faktem, że stan ten pozbawia możliwości rozumienia istoty kary oraz wyłącza poprawcze i wychowawcze oddziaływanie kary³⁵.

Od dnia 1 stycznia 2012 r. uległ zmianie art. 153 k.k.w. dotyczący orzekania w przedmiocie przerwy w wykonaniu kary pozbawienia wolności³⁶. Zmiana objęła m.in. art. 153 § 2 k.k.w., z którego wyeliminowano jedną z przesłanek umożliwiających fakultatywne udzielenie skazanemu przerwy, tj. ważne względy zdrowotne. Z tym dniem przerwa w karze pozbawienia wolności ze względów zdrowotnych została więc zawężona do przypadków przewidzianych w art. 150 § 1 k.k.w., to jest do wystąpienia ciężkiej choroby uniemożliwiającej wykonanie kary.

Należy przypomnieć, że do czasu wejścia w życie nowelizacji z 2011 r. jako przesłankę udzielenia przerwy, oprócz „ważnych względów rodzinnych i osobistych”, art. 153 § 2 k.k.w. wymieniał także „ważne względy zdrowotne”. Rozróżnione więc były pojęcia „względów rodzinnych i osobistych” oraz „względów zdrowotnych.” W tych pierwszych nie mieściły się zatem problemy

³³ Zob. m.in. postanowienia: SA w Katowicach z dnia 9 czerwca 1999 r., sygn. II AKz 304/99, OSA 1999, nr 10, poz. 78, LEX nr 38637 oraz w Lublinie z dnia 14 lutego 2001 r., sygn. II AKz 496/00, OSA 2001, nr 11, poz. 85, LEX nr 49089 i z dnia 29 sierpnia 2001 r., sygn. II AKz 395/01, OSA 2001, nr 12, poz. 98, LEX nr 49356.

³⁴ Zob. też K. Miś, *Odroczenie wykonywania kary pozbawienia wolności w nowej kodyfikacji prawa karnego z 1997 r.*, NKPK 1999, t. IV, s. 271.

³⁵ S. Leleńtal, *Kodeks karny wykonawczy. Komentarz*, Warszawa 2012, s. 635; podobnie K. Nowicki, *Odroczenie wykonania kary pozbawienia wolności*, PiP 2010, nr 12, s. 55 i G. Wiciński, *Głosa do postanowienia SA w Katowicach z dnia 9 czerwca 1999 r.*, sygn. II AKz 304/99, Prok. i Pr. 2003, nr 12, s. 112.

³⁶ Ustawa z dnia 16 września 2011 r. o zmianie ustawy – Kodeks karny wykonawczy oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. Nr 240, poz. 1431).

zdrowotne. Ustawodawca wyłączył w ten sposób w prawie karnym wykonawczym z pojęcia „względów rodzinnych i osobistych” względy zdrowotne.

Wskazane rozróżnienie mieli też na uwadze autorzy nowelizacji z 2011 r. Z lektury uzasadnienia rządowego projektu zmian przepisów kodeksu karnego wykonawczego wynika, że celem zmiany brzmienia art. 153 § 2 k.k.w. było wyeliminowanie z treści tego przepisu „ważnych względów zdrowotnych” jako przesłanki udzielenia przerwy, gdyż w poprzednim brzmieniu dawał on zbyt dużą możliwość interpretacyjną, a co za tym idzie – możliwość manipulowania nim w celu uzyskania przerwy w wykonaniu kary pozbawienia wolności³⁷.

Nie istnieje zatem obecnie możliwość uzyskania fakultatywnej przerwy w wykonaniu kary pozbawienia wolności z uwagi na względy zdrowotne inne niż „ciężka choroba” i nie ma podstaw, by rozumieć je jako „ważne względy rodzinne i osobiste”. Takie stanowisko prezentowane jest zgodnie w orzecznictwie sądów powszechnych³⁸.

Wszystko to, o czym była wyżej mowa, ma odniesienie także do odroczenia wykonania kary pozbawienia wolności. Do takiego wniosku prowadzi wykładnia językowa art. 151 k.k.w., który wśród przesłanek odroczenia nie wymienia względów zdrowotnych, a także wykładnia systemowa, poprzez porównanie treści art. 151 § 1 k.k.w. i art. 153 § 2 k.k.w. Oba te przepisy przewidują wprowadzić nieco inaczej sformułowane, ale pod względem semantycznym takie same przesłanki udzielenia odroczenia i przerwy ze względów osobistych i rodzinnych skazanego.

Poświęcenie temu problemowi nieco większej uwagi wymaga fakt, że w piśmiennictwo pojawiło się – odosobnione – stanowisko, iż wykreślenie „ważnych względów zdrowotnych” w art. 153 § 2 k.k.w. nie będzie miało wpływu na orzekanie w sprawach o udzielenie przerwy w wykonaniu kary pozbawienia wolności. Autor tego stanowiska uważa, że z tego powodu nowelizacja nie była uzasadniona, nie wzięto bowiem pod uwagę, iż „względy zdrowotne” skazanego sąd uwzględnia w ramach oceny jego warunków osobistych jako jeden z elementów tej przesłanki³⁹. Ten pogląd jest nie tylko odosobniony, ale też pozostający w opozycji do intencji ustawodawcy. Nie ma więc powodów do uznania go za zasadny.

Akceptując w pełni przedstawione w uzasadnieniu projektu zmian kodeksu karnego wykonawczego i w orzecznictwie oraz zaprezentowane wyżej rozumienie aktualnego stanu prawnego dotyczącego udzielania fakultatywnej przerwy w wykonaniu kary pozbawienia wolności, nie można się jednak

³⁷ Druk sejmowy nr 3961.

³⁸ Postanowienia SA: w Krakowie z dnia 15 maja 2012 r., sygn. II AKzw 479/12, KZS 2012, nr 7–8, poz. 6 i w Lublinie z dnia 6 czerwca 2012 r., sygn. II AKzw 558/12, LEX nr 1293496.

³⁹ S. Leleń, Kodeks karny wykonawczy..., s. 649.

oprzeć stwierdzeniu, że zmiana art. 153 § 2 k.k.w. rodzi pewną refleksję niedosytu.

Wydaje się, że w szczególnie uzasadnionych przypadkach, gdy względy zdrowotne łączą się z społecznymi, respektowanie zasady humanitaryzmu i poszanowania godności ludzkiej skazanego (art. 4 § 1 k.k.w.) może uzasadniać potraktowanie sytuacji zdrowotnej skazanego jako podlegającej ocenie w kategorii ważnych względów osobistych lub rodzinnych. Może to mieć miejsce wówczas, gdy brak pomyślnych rokowań leczenia nie zależy od tego, czy prowadzone jest ono w warunkach wolnościowych, czy też więziennych. Względy humanitarne powinny w takich przypadkach – zwłaszcza gdy mamy do czynienia z zaawansowanym stadium choroby nieuleczalnej – dawać sądowi podstawę do odroczenia wykonania kary albo udzielenia przerwy. Podstawą takiej decyzji byłyby ważne względy rodzinne lub osobiste, a nie stan zdrowia, który przecież w wyniku uzyskania przez skazanego odroczenia lub przerwy nie ulegnie poprawie⁴⁰.

Podobnie należałoby postąpić, gdyby z ustaleń sądu w sprawie o odroczenie wykonania kary wynikała jednoznacznie bezwzględna konieczność zakończenia leczenia kontynuowanego w warunkach wolnościowych, a jej przerwanie spowodowałoby zbyt ciężkie skutki zdrowotne dla skazanego.

Wydaje się jednak, że takie przypadki powinny należeć do rzadkości. Nie bez racji zauważono w orzecznictwie, że odwlekanie wykonania kary, w tym także poprzez przerwy w karze czy odraczanie jej wykonania bez dostatecznej poważnych powodów, jest sprzeczne z zasadą osądzenia sprawy bez nieuzasadnionej zwłoki (art. 45 ust. 1 Konstytucji RP) czy rozpatrzenia sprawy w rozsądnym terminie (art. 6 ust. 1 Konwencji o ochronie praw człowieka i podstawowych wolności) oraz z powinnością bezzwłocznego wykonania wyroku (art. 9 § 1 k.k.w.)⁴¹.

Omówiona w poprzednim punkcie regulacja dotycząca odbywania kary pozbawienia wolności przez kobietę ciężarną powoduje, że kodeks karny wykonawczy w art. 151 § 1 przewiduje wprowadzić odroczenie wykonania kary takiej kobiecie, ale jest to decyzja fakultatywna, uwzględniająca okoliczności konkretnej sprawy. Wydaje się, że chodzić będzie szczególnie o względy zdrowotne i patologiczne wymagające wysokokwalifikowanej pomocy i bezwzględną konieczność unikania stresu, jaki wiąże się z pewnością z pobytem kobiety ciężarnej w zakładzie karnym. Przy ich ocenie nie może więc ująć uwadze wspomniana możliwość osadzenia skazanej w zakładzie karnym, przy którym funkcjonuje szpitalny oddział położniczy.

⁴⁰ K. Postulski, *Fakultatywne odroczenie wykonania kary pozbawienia wolności*, *Palestra* 2013, nr 5–6, s. 51.

⁴¹ Postanowienie SA w Krakowie z dnia 14 marca 2001 r., sygn. II AKz 69/01, Prok. i Pr. 2002, dodatek „Orzecznictwo”, nr 2, poz. 33.

Możliwość odroczenia wykonania kary kobiecie ciężarnej nie jest uzależniona od zaawansowania ciąży, ale od istnienia tych szczególnych okoliczności, chociaż wspomniana wyżej, określona prawnie, granica w postaci 28. tygodnia ciąży nie jest tu bez znaczenia.

IV. Zawieszenie postępowania wykonawczego z powodu choroby

Utrzymywanie się ciężkiej choroby przez dłuższy okres może uzasadniać uznanie jej za długotrwałą przeszkodę w prowadzeniu postępowania wykonawczego. Ma to miejsce w sytuacji, gdy ciężka choroba nabiera cech choroby przewlekłej, wątpliwie rokującej na przyszłość, trudnej do leczenia w warunkach izolacji penitencjarnej⁴². W takim przypadku sąd jest obowiązany zawiesić postępowanie wykonawcze w zakresie kary pozbawienia wolności na podstawie art. 15 § 2 k.k.w.

Przepis art. 15 § 2 k.k.w. nie wyjaśnia, kiedy ciężka choroba, stanowiąca przesłankę również obligatoryjnego odroczenia lub przerwy w wykonaniu kary pozbawienia wolności, może być uznana za chorobę przewlekłą, stanowiącą długotrwałą przeszkodę uniemożliwiającą postępowanie wykonawcze, a więc obligującą sąd do zawieszenia tego postępowania. Chodzi o wytyczenie granicy pomiędzy stosowaniem art. 15 § 2 i 150 k.k.w.

W literaturze z zakresu medycyny sądowej już dawno temu uznano, że ciężka, długotrwała choroba, a więc choroba przewlekła, to taki poważny proces patofizjologiczny, który albo nie ustępuje w ogóle pod wpływem leczenia (wtedy jest to choroba nieuleczalna), albo cofa się dopiero po dłuższym czasie⁴³.

Również w aspekcie prawnym niemal zgodnie i od wielu lat przyjmuje się, że dla istnienia przewlekłości choroby konieczne jest długotrwałe upośledzenie czynności organizmu. Sąd Najwyższy wyraził stanowisko⁴⁴, że takie upośledzenie czynności organizmu powinno trwać powyżej 6 miesięcy. Ten okres, zdaniem Sądu Najwyższego, semantycznie odpowiada pojęciu długotrwałości.

Można spotkać też poglądy kwestionujące celowość przyjmowania sztywnych granic okresu ciężkiej i przewlekłej choroby oraz sugerujące, aby o istnieniu takiej długotrwałości decydował każdorazowo sąd, opierając się

⁴² Por. G. Wiciński, Glosa do uchwały SN z dnia 19 kwietnia 2000 r., sygn. I KZP 8/00, Prok. i Pr. 2001, nr 1, s. 75.

⁴³ T. Marcinkowski, Medycyna sądowa dla prawników, Warszawa 1975, s. 57.

⁴⁴ Zob. np. wyroki SN: z dnia 13 lutego 1976 r., sygn. V KR 274/75, LEX nr 63911 i z dnia 6 lipca 1972 r., sygn. Rw 612/72, RPEiS 1973, nr 1, s. 324, LEX nr 21498.

na opinii biegłych w powiązaniu z innymi dowodami⁴⁵, bądź opowiadające się za bardziej elastycznymi, choć wymiernymi czasowo granicami tego pojęcia⁴⁶.

Prezentowane jest również inne stanowisko w tej kwestii, uznające, że do przyjęcia długotrwałości (przewlekłości) ciężkiej choroby, jako przesłanki zawieszenia postępowania wykonawczego, wskazówką może być art. 68 k.k.w. z 1969 r. (obecnie art. 153 § 2 k.k.w.), który przewiduje możliwość udzielenia przerwy fakultatywnej na okres roku. Podobnie normuje tę kwestię art. 151 § 3 k.k.w. w zakresie odroczenia wykonania kary. Okres do roku nie powinien zatem być uznany za „długotrwały” w rozumieniu art. 15 § 2 k.k.w., skoro na taki okres można zawsze odroczyć lub przerwać wykonywanie kary również z innych przyczyn niż stan zdrowia. Zbędne byłoby w takim przypadku zawieszanie postępowania wykonawczego.

Wszystkie wspomniane wyżej poglądy dotyczące rozumienia pojęcia „przewlekłości” ciężkiej choroby wypowiedziane zostały wiele lat temu, ale nie straciły na aktualności, tym bardziej, że od tamtego czasu nie pojawiły się inne propozycje w tym przedmiocie. Można jednak z częścią z nich polemizować.

Tak więc dostrzegając racjonalność ostatniej propozycji, wytyczającej upływ roku jako wyznacznik pojęcia przewlekłości, nie wydaje się, by w każdym przypadku celowe było odraczanie czy udzielanie przerwy w wykonywaniu kary z powodu ciężkiej choroby przez ten okres. Konieczność taka nie będzie z pewnością zachodziła wówczas, gdy już znacznie wcześniej, w oparciu o dokonane ustalenia, sąd dojdzie do przekonania, że ciężka choroba skazanego jest chorobą nieuleczalną bądź będzie trwała ponad rok. Z drugiej strony, czas trwania choroby przekraczający rok nie będzie oznaczał jeszcze jej przewlekłości, gdy według prognoz lekarskich wyrażonych w stosownych dokumentach bliski jest już czas przewidywanej zdolności skazanego do wykonywania kary. Podobnie polemizować można z poglądami łączącymi pojęcie przewlekłości z okresem 6-miesięcznym. Istnieją natomiast podstawy do przyjęcia stanowiska, że nie ma granicy czasowej pomiędzy odroczeniem (przerwą) w razie wystąpienia przesłanki w postaci ciężkiej choroby a zawieszeniem postępowania, gdy ta ciężka choroba miałaby być uznana za chorobę przewlekłą.

Należy przyjąć, że granica, na której kończy się „ciężka choroba” (art. 150 k.k.w.), a zaczyna „przewlekła ciężka choroba” (art. 15 § 2 k.k.w.), jest płynna. Oznacza to, że nie wcześniej niż po okresie 6 miesięcy trwania ciężkiej choroby sąd ma prawo uznać ją za „przewlekłą” z konsekwencjami

⁴⁵ Zob. np. O. Chybiński, W. Gutenkunst, W. Świda, *Prawo karne – część szczególna*, Warszawa 1975, s. 132.

⁴⁶ H. Popławski, *Medyczno-prawne aspekty ciężkiego uszkodzenia ciała*, NP 1977, nr 4, s. 488 i cytowani tam autorzy.

określonymi w art. 15 § 2 k.k.w., jeżeli brak jest prognoz na rychłe ustanie tej przeszkody wykonywania kary. Sąd powinien natomiast uznać ją za długotrwałą przeszkodę w wykonaniu kary i zawiesić postępowanie wykonawcze, jeżeli ciężka choroba trwa ponad rok przy braku takich prognoz. Zawieszenie postępowania wykonawczego w zakresie kary pozbawienia wolności z powodu „ciężkiej choroby” może zatem nastąpić tylko wówczas, gdy nie ma widoków na ustanie tej przeszkody w odbywaniu kary w możliwym do przewidzenia czasie. Przez „długotrwałą przeszkodę” uniemożliwiającą prowadzenie postępowania należy zatem rozumieć taką przeszkodę, której termin ustania bądź w ogóle jest trudny do ustalenia, bądź co najmniej tak odległy w czasie, że przekracza wszelkie racjonalnie dopuszczalne okresy odroczenia⁴⁷.

Przewlekła ciężka choroba, to nadto taka choroba, która uniemożliwia osadzenie skazanego w zakładzie karnym z uwagi na obawę o zagrożenie życia lub spowodowanie poważnego niebezpieczeństwa dla jego zdrowia (*arg. ex art. 150 § 2 k.k.w.*). Nawet długotrwała, wręcz przewlekła, choroba, o ile może być leczona w warunkach więziennych (np. w szpitalu więziennym), nie daje podstaw do takiej decyzji. Jeżeli natomiast leczenie skazanego w czasie trwania odroczenia lub przerwy w wykonywaniu kary pozbawienia wolności nie przynosi pożądanych efektów, a rokowania są niepomyślne, trzeba przyjąć, że zachodzi długotrwała przeszkoda uniemożliwiająca postępowanie wykonawcze, będąca w tym przypadku przesłanką zawieszenia tego postępowania wykonawczego w całości lub części na czas trwania przeszkody⁴⁸.

Kodeks karny wykonawczy nie przewiduje żadnej granicy czasowej trwania zawieszenia postępowania wykonawczego z powodu „innej przewlekłej, ciężkiej choroby”. Jest nią „ustanie przeszkody”, które należy utożsamiać nie z całkowitym wyzdrowieniem (ustaniem choroby), ale ze złagodzeniem ostrości jej objawów i przebiegu do stanu, który nie uzasadnia już uznawania tej choroby za przeszkodę do wykonywania kary pozbawienia wolności⁴⁹.

Usunięcie przeszkody zobowiązuje organ procesowy do natychmiastowego podjęcia zawieszono postępowania⁵⁰.

⁴⁷ Zob. np. wyrok SN z dnia 8 grudnia 1978 r., sygn. Rw 447/78, OSNKW 1979, nr 5, poz. 59; podobnie postanowienie SN z dnia 5 sierpnia 1988 r., sygn. WZ 27/88, OSNKW 1989, nr 1–2, poz. 11, a także np. T. Grzegorzcyk, Kodeks postępowania karnego. Komentarz, Warszawa 2005, s. 124.

⁴⁸ G. Wiciński, Glosa do postanowienia SA w Katowicach..., s. 112.

⁴⁹ Postanowienie SA w Rzeszowie z dnia 1 października 2013 r., sygn. II AKzw 572/13, LEX nr 1375851 oraz aprobująca glosa K. Postulskiego do tego postanowienia, LEX nr 1376851.

⁵⁰ Zob. też G. Wiciński, Glosa do uchwały SN z dnia 19 kwietnia 2000 r.; cyt. w przypisie 42 i postanowienie SA w Krakowie z dnia 25 stycznia 2006 r., sygn. II AKzw 827/05, KZS 2006, nr 2, poz. 44.

Health status of convicted individuals in the context and their fitness to serve a penalty of deprivation of liberty

Abstract

Article 68 of the Constitution of the Republic of Poland sets forth the principle which places the right to health among fundamental human rights. This paper discusses practical aspects pertaining to the implementation of the principle by authorities enforcing decisions on deprivation of liberty against convicted individuals. Highlighted are legal regulations governing the provision of health care by the Prison Service, and the competence of courts in terms of health protection of convicted persons.

Dobrowolne poddanie się odpowiedzialności za przestępstwo skarbowe, a ustawy wymóg braku skazania za ten rodzaj czynu karalnego

Streszczenie

Wyrok zezwalający na dobrowolne poddanie się odpowiedzialności stanowi przykład orzeczenia przypisującego odpowiedzialność karną za popełnienie przestępstwa skarbowego albo odpowiedzialność za wykroczenie skarbowe i w konsekwencji przełamującego zasadę domniemania niewinności. Istnienie regulacji z art. 18 § 2 k.k.s. świadczy o tym, że takie orzeczenie ma charakter skazujący. Ustawodawca bardzo sownie nagradza osoby, które nie podejmują walki z organami skarbowymi, decydując się na szybkie zaspokojenie interesu fiskalnego podmiotów publicznoprawnych, naruszonego popełnionym przestępstwem skarbowym.

I. W polskim systemie prawnym funkcjonują zapisy ustawowe wiążące negatywne konsekwencje ze skazaniem za przestępstwo bądź przestępstwo skarbowe¹. W zamyśle legislacyjnym chodzi o to, aby wykluczyć z możliwości pełnienia określonych funkcji czy też prowadzenia pewnych rodzajów działalności osoby, które rażąco naruszyły funkcjonujące w społeczeństwie reguły postępowania, decydując się na popełnienie czynu karalnego, co zostało stwierdzone przez sąd prawomocnym wyrokiem skazującym².

¹ Zob. m.in.: art. 12 ustawy z dnia 27 lipca 2002 r. – Prawo dewizowe, tekst jedn. Dz. U. z 2012 r., poz. 826 z późn. zm.; art. 126 pkt 4 ustawy z dnia 27 lipca 2005 r. – Prawo o szkolnictwie wyższym, tekst jedn. Dz. U. z 2012 r., poz. 572 z późn. zm.; art. 11 § 2 pkt 1 ustawy z dnia 5 stycznia 2011 r. – Kodeks wyborczy, Dz. U. Nr 21, poz. 112 z późn. zm.

² Jak przykładowo czytamy w uzasadnieniu rządowego projektu ustawy – Kodeks wyborczy: „Osoby, które swym postępowaniem naruszają reguły postępowania obowiązujące w naszym społeczeństwie w takim zakresie, który upoważnia prokuratora do domagania się ich ukarania z urzędu, nie powinny mieć prawa ubiegania się o możliwość reprezentowania jakiegokolwiek społeczeństwa i ewentualnego podejmowania w jej imieniu istotnych dla niej decyzji. Dominujący system wartości wyrażony poprzez normy prawne powinien mieć w ocenie wnioskodawców dodatkową ochronę w postaci eliminacji z możliwości tak aktywnej partycypacji w życiu publicznym osób lekceważących go” – zob. J. Raglewski, Niektóre problemy wykładnicze normatywnego ujęcia przesłanki tzw. niegodności wyborczej w polskim prawie wyborczym, Kwartalnik Krajowej Szkoły Sądownictwa i Prokuratury 2012, nr 1, s. 10.

W niniejszym krótkim opracowaniu podejmujemy analizę zagadnienia, które nie cieszy się w literaturze karnistycznej³, jak i orzecznictwie sądowym dużym zainteresowaniem, a dotyczącym klasyfikacji wyroku, w którym sąd zezwala na dobrowolne poddanie się odpowiedzialności, jako wyroku skazującego. Brak szerszej refleksji teoretycznej mógłby błędnie wskazywać, że problem ten pozbawiony jest kontrowersyjności. Uczynić wypada zastrzeżenie, że rozstrzygnięcie tak zarysowanej kwestii wykładniczej nie ogranicza się jedynie do wymiaru teoretycznoprawnego, lecz ma także ważne znaczenie praktyczne. Abstrahując nawet od tego, że jedynie prawomocny wyrok skazujący ma walor prejudycjalny⁴, to o istotnym znaczeniu praktycznym przekonuje chociażby trudność w jednoznacznej prawnokarnej ocenie następującej sytuacji dotyczącej problemu wykluczenia wykonawców z postępowania w sprawie udzielenia zamówienia publicznego. W trakcie takiej procedury jeden z konkurujących podmiotów przedłożył zamawiającemu kopię wyroku wydanego w sprawie swojego konkurenta, w którym sąd zezwolił temu ostatniemu na dobrowolne poddanie się odpowiedzialności za popełnienie przestępstwa skarbowego. Przypomnijmy, że „prawomocne skazanie”, m.in. za przestępstwo skarbowe, stanowi jedną z przesłanek skutkujących wykluczeniem wykonawcy z postępowania o uzyskanie zamówienia publicznego (art. 24 ust. 1 pkt 4 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych⁵). Objaśniając *ratio legis* takiego rozwiązania legislacyjnego, podnosi się, że chodzi o regulację normatywną, która „w swym założeniu ma nie dopuścić do udzielenia zamówienia publicznego takiemu wykonawcy, który w związku z posiadanymi cechami nie daje rękojmi należytego wykonania zamówienia lub znajduje się w sytuacji, która zagraża podstawowym zasadom udzielania zamówień publicznych”⁶. Pamiętać również należy, że zamawiający nie może żądać od konkurujących ze sobą wykonawców innych dokumentów poza wskazanymi w przepisach rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 lutego 2013 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane⁷. Stosowanie zaś do § 3 ust. 1 tego aktu prawnego, w celu wykazania braku podstaw do wykluczenia z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego wykonawcy w okoliczno-

³ Jako opracowanie poświęcone wyłącznie temu zagadnieniu można wskazać właściwie tylko jeden artykuł: H. Gajewska-Kraczkowska, P. Suchocki, Dobrowolne poddanie się odpowiedzialności w postępowaniu karnym skarbowym i jego wpływ na postępowanie przed sądami administracyjnymi, *Przegląd Podatkowy* 2012, nr 9, s. 35–40.

⁴ Zob. art. 11 k.p.c. oraz art. 11 ustawy z dnia 30 sierpnia 2002 r. – Prawo o postępowaniu przed sądami administracyjnymi, tekst jedn. Dz. U. z 2012 r., poz. 270 z późn. zm.

⁵ Tekst jedn. Dz. U. z 2013 r., poz. 907 z późn. zm.

⁶ J. Andąła-Sępkońska, Wykluczanie wykonawców z postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 1a ustawy – Prawo zamówień publicznych, LEX nr 130675.

⁷ Dz. U. z 2013 r., poz. 231.

ściach, o których mowa w art. 24 ust. 1 ustawy, można (bądź żąda się, jeżeli wartość zamówienia jest równa lub przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy oraz przy udzielaniu zamówienia na usługi o charakterze priorytetowym) aktualnej informacji z Krajowego Rejestru Karnego w zakresie określonym w art. 24 ust. 1 punkty 4–8 tej ustawy, wystawionej nie wcześniej niż 6 miesięcy przed upływem terminu składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia albo składania ofert⁸. Zaistnienie takiej negatywnej przesłanki (w postaci karalności bądź braku przedstawienia informacji z Krajowego Rejestru Karnego) oznacza po stronie zamawiającego obowiązek wykluczenia wykonawcy z postępowania. Osoba ubiegająca się o udzielenie zamówienia publicznego składa także pisemne oświadczenie o niepodleganiu wykluczeniu z postępowania m.in. z uwagi na niekaralność w zakresie wynikającym z art. 24 ust. 1 ustawy – Prawo zamówień publicznych⁹. W perspektywie takiego stanu prawnego rozstrzygnięcia wymaga kwestia, jakiej treści oświadczenie winien złożyć wykonawca, wobec którego zastosowano dobrowolne poddanie się odpowiedzialności? Czy potwierdzając brak podstaw do wykluczenia, nie udziela on nieprawdziwej informacji, która może mieć wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia publicznego?

Odwołując się do dorobku piśmienniczego dotyczącego zagadnienia kwalifikacji wyroku zezwalającego na dobrowolne poddanie się odpowiedzialności za przestępstwo skarbowe, jako orzeczenia skazującego, w literaturze i judykaturze brak jednolitości poglądów. Charakterystyczny jest również brak pogłębionej refleksji teoretycznej, mającej uzasadnić którekolwiek z konkurujących stanowisk. Ta ubogość warstwy argumentacyjnej, przy uwzględnieniu kontrowersyjności problematyki, musi dziwić.

II. Dobrowolne poddanie się odpowiedzialności należy do tradycyjnych instytucji prawa karnego skarbowego pozwalających na konsensualne zakończenie postępowania w sprawie o przestępstwo skarbowe lub wykrocze-

⁸ Zgodnie z art. 5 ustawy, zamawiający może odstąpić przy udzielaniu zamówienia na usługi niepriorytetowe (wykaz usług o charakterze priorytetowym i niepriorytetowym znajduje się w aktach wykonawczych wydanych na podstawie art. 2a i 2b ustawy) od żądania dokumentów potwierdzających spełnienie warunków udziału w postępowaniu, w tym warunku niepodlegania wykluczeniu. Podobnie przedstawia się konieczność żądania powyższych dokumentów i oświadczeń o niepodleganiu wykluczeniu z postępowania w odniesieniu do wartości zamówienia. Artykuł 26 ustawy nakłada na zamawiającego obowiązek żądania od wykonawcy dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu, jeżeli wartość zamówienia jest równa lub przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8, natomiast jeżeli wartość zamówienia jest mniejsza niż „progi unijne”, żądanie powyższe ma charakter fakultatywny. Tak więc istnieje pewien zakres postępowań o udzielenie zamówienia publicznego, w których wskazane powyżej dokumenty (w szczególności interesująca nas informacja z KRK) oraz oświadczenia nie będą wymagane.

⁹ Jako oczywiste jawi się pytanie o sens istnienia takiego wymogu złożenia stosownego oświadczenia w sytuacji, gdy przedstawiana jest informacja z Krajowego Rejestru Karnego.

nie skarbowe. W ten sposób kończy się zresztą w praktyce zdecydowana większość spraw karnych skarbowych. Regulacja tej konstrukcji regresji karania zamieszczona jest w art. 17 i 18 k.k.s. oraz artykułach 142–149 k.k.s.¹⁰. Jedną z przesłanek warunkujących możliwość zastosowania jej do brodziejstwa jest to, aby wina sprawcy i okoliczności popełnienia czynu karnego nie budziły wątpliwości (art. 17 § 1 *in principio* k.k.s.). Sąd udziela zezwolenia na dobrowolne poddanie się odpowiedzialności wyrokiem (art. 148 § 5 k.k.s.) albo, gdy uzna, że brak jest podstaw do takiego rozstrzygnięcia, postanowieniem zwraca sprawę finansowemu organowi postępowania przygotowawczego (art. 148 § 6 k.k.s.). O atrakcyjności takiego sposobu zakończenia postępowania decyduje przede wszystkim wzgląd na dwa zapisy ustawowe. Pierwszym i najważniejszym, jest to, że wyrok taki nie podlega wpisowi do Krajowego Rejestru Karnego (art. 18 § 2 k.k.s.). Po drugie zaś, uiszczenie określonej kwoty tytułem kary grzywny za przestępstwo skarbowe nie jest traktowane jako przesłanka dla przyjęcia recydywy skarbowej (art. 18 § 3 k.k.s.).

Wyrok zezwalający na dobrowolne poddanie się odpowiedzialności stanowi przykład orzeczenia przypisującego odpowiedzialność karną za popełnienie przestępstwa skarbowego albo wykroczenia skarbowego i w konsekwencji przełamującego zasadę domniemania niewinności. Trafnie zwraca się uwagę, że skoro wniosek o udzielenie sprawcy zezwolenia na dobrowolne poddanie się odpowiedzialności jest alternatywą dla aktu oskarżenia (art. 145 § 1 k.k.s.), to wymaga poczynienia ustaleń faktycznych właściwych dla sytuacji, w której skargą byłby akt oskarżenia¹¹. Przypomnijmy, że do dnia 17 grudnia 2005 r., tj. czasu wejścia w życie obszernej nowelizacji kodyfikacji karnej skarbowej z dnia 28 lipca 2005 r.¹², sąd orzekał o zezwoleniu w formie postanowienia. Objaśniając racje, jakie przemawiały za taką zmianą formy orzeczenia, w uzasadnieniu rządowego projektu tej nowelizacji stwierdza się, iż „potrzeba zmiany regulacji instytucji zezwolenia na dobrowolne poddanie się odpowiedzialności jest systemową konsekwencją wyrażonego brzmienia art. 42 ust. 3 Konstytucji RP, z którego wynika, że przypisanie odpowiedzialności karnej przez sąd nastąpić może wyłącznie w dro-

¹⁰ Konstrukcji dogmatyczno-prawnej tej instytucji regresji karania sprawców przestępstw skarbowych i wykroczeń skarbowych poświęcono stosunkowo bogaty dorobek piśmienniczy – zob. m.in.: G. Skowronek, Dobrowolne poddanie się odpowiedzialności na gruncie Kodeksu karnego skarbowego, Prok. i Pr. 2005, nr 3; Sawicki, Zaniechanie ukarania jako element polityki karnej w prawie karnym skarbowym, Wrocław 2011; I. Zgoliński, Dobrowolne poddanie się odpowiedzialności w prawie karnym skarbowym, Warszawa 2011.

¹¹ T. Razowski, (w:) P. Kardas, G. Łabuda, T. Razowski, Kodeks karny skarbowy. Komentarz, Warszawa 2010, s. 997.

¹² Ustawa z dnia 28 lipca 2005 r. o zmianie ustawy – Kodeks karny skarbowy oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. Nr 178, poz. 1479).

dze «wyroku»¹³. Chodziło zatem o dostosowanie regulacji kodyfikacji karnej skarbowej do standardów konstytucyjnych (art. 42 ust. 3 Konstytucji). Przyznanie odpowiedzialności karnej przez sąd i przełamanie zasady domniemania niewinności może bowiem nastąpić wyłącznie w formie wyroku. Rozstrzygającym argumentem w kwestii charakteru prawnego wyroku zezwalającego na dobrowolne poddanie się odpowiedzialności nie może być jednak postać wydawanego przez sąd orzeczenia, jakim jest wyrok. Tak samo bowiem sąd postępuje w przypadku warunkowego umorzenia postępowania karnego (art. 342; art. 414 § 1 k.p.k.).

III. Analizując jurystyczne znaczenie terminu „skazanie za przestępstwo skarbowe” wyjść należy od tezy, że chodzi zapewne o taki typ rozstrzygnięcia sądowego kończącego postępowanie karne, przy którym sąd w sentencji wyroku uznaje, że konkretna osoba dopuściła się zarzucanego jej czynu spenalizowanego w przepisach karnych i zarazem spełnione są wszystkie przesłanki warunkujące przypisanie jej odpowiedzialności karnej. Następuje zatem uznanie winy w znaczeniu procesowym. Przybiera to postać wyrzeczenia „uznaje za winnego”. Sąd nie musi natomiast zastosować wobec sprawcy jakiegokolwiek środka prawnokarnej reakcji, chociażby tylko środka karnego. A zatem nawet w przypadku, gdy sąd odstępuje od wymiaru sankcji karnej (zob. m.in. art. 61 k.k.; art. 19 k.k.s.), to takie orzeczenie także stanowi wyrok skazujący¹⁴.

IV. Zwolennicy poglądu, zgodnie z którym wyrok zezwalający na dobrowolne poddanie się odpowiedzialności nie jest wyrokiem skazującym¹⁵, powołują się na następujące racje, mające przemawiać za takim ujęciem¹⁶: 1) usytuowanie przepisów opisujących materialnoprawną regulację tej instytucji regresji karania w rozdziale zatytułowanym „Zaniechanie ukarania sprawcy”; 2) ustawowe zaliczenie dobrowolnego poddania się odpowiedzialności nie do kategorii kary, lecz środka karnego (art. 22 § 2 pkt 1 k.k.s.; art. 47 § 2 pkt 1 k.k.s.); 3) art. 4 ustawy z dnia 28 października 2002 r. o odpowiedzialności podmiotów zbiorowych za czyny zabronione pod groźbą kary¹⁷ przewiduje normatywne rozróżnienie między prawomocnym wyrokiem skazującym, wyrokiem warunkowo umarzającym postępowanie karne albo postępowanie w sprawie o przestępstwo skarbowe, orzeczeniem o udzielenie zezwolenia na dobrowolne poddanie się odpowiedzialności oraz orzeczeniem sądu o umorzeniu postępowania z powodu okoliczności wyłączają-

¹³ Druk sejmowy z dnia 16 grudnia 2003 r., nr 2375, IV kadencja, s. 130.

¹⁴ Zob. m.in. Z. Gostyński, Odstąpienie od wymierzenia kary jako skazanie w świetle nowej kodyfikacji karnej, *Palestra* 1998, nr 11–12, s. 77 i n.

¹⁵ Jest „alternatywą dla wyroku skazującego”, przełamującą jednak domniemanie niewinności; por. T. Razowski (w:) P. Kardas, G. Łabuda, T. Razowski, *Kodeks karny skarbowy...*, s. 1014–1015.

¹⁶ H. Gajewska-Kraczkowska, P. Suchocki, *Dobrowolne poddanie...*, s. 38–39.

¹⁷ Tekst jedn. Dz. U. z 2014 r., poz. 1417 z późn. zm.

cej ukaranie sprawcy; 4) prawomocny wyrok o zezwoleniu na dobrowolne poddanie się odpowiedzialności nie podlega wpisowi do Krajowego Rejestru Karnego (art. 18 § 2 k.k.s.); 5) uiszczenie określonej kwoty pieniężnej tytułem kary grzywny za przestępstwo skarbowe nie stanowi przesłanki dla przyjęcia tzw. recydywy skarbowej z art. 37 § 1 pkt 4 k.k.s. (art. 18 § 3 k.k.s.). W tym kontekście powołuje się także wyrok Trybunału Konstytucyjnego z dnia 8 stycznia 2008 r.¹⁸, w którym polski sąd konstytucyjny stwierdził, iż dobrowolne poddanie się odpowiedzialności „jest to środek karny, który nie kończy się formalnie skazaniem”.

V. Nie brak również zwolennika poglądu, iż wyrok zezwalający na dobrowolne poddanie się odpowiedzialności jest wyrokiem skazującym. Interesujące i zarazem znamienne jest, że analizując wypowiedzi piśmiennicze odnoszące się do rozważanej kwestii, trudno znaleźć taką, w której wprost zostałoby stwierdzone, że mamy do czynienia z tego rodzaju orzeczeniem. W judykaturze sądów administracyjnych prezentowany jest pogląd, iż w rozważanym przypadku chodzi o wyrok skazujący¹⁹.

VI. Rozważając argumenty podnoszone dla poparcia stanowiska, zgodnie z którym wyrok zezwalający na dobrowolne poddanie się odpowiedzialności nie może być traktowany jako wyrok skazujący, najmocniejszy wydaje się ten, który odnosi się do wyraźnego odróżnienia w przepisie art. 4 ustawy o odpowiedzialności podmiotów zbiorowych za czyny zabronione pod groźbą kary, wyroku skazującego od zezwalającego na dobrowolne poddanie się odpowiedzialności²⁰. Jak się zdaje, pozostałe racje nie mają aż tak dużej siły przekonywania. I tak, usytuowanie przepisów zawierających materialnoprawną regulację dobrowolnego poddania się odpowiedzialności w rozdziale zatytułowanym „Zaniechanie ukarania sprawcy” nie może mieć istotnego znaczenia chociażby z tego względu, że w tym samym rozdziale mamy też pomieszczoną instytucję odstąpienia od wymierzenia kary (art. 19 k.k.s.). Nie budzi natomiast wątpliwości, że w takim przypadku dochodzi do wydania przez sąd wyroku skazującego. Nie jest również zrozumiałe, dlaczego relewantne znaczenie dla rozstrzygnięcia analizowanego problemu ma mieć to, że dobrowolne poddanie się odpowiedzialności nie jest karą, lecz środkiem karnym. Jak zostało to już bowiem zaakcentowane, wymiar środków penal-

¹⁸ Sygn. P 35/06, OTK-A 2008, nr 1, poz. 1.

¹⁹ H. Gajewska-Kraczkowska, P. Suchocki, Dobrowolne poddanie..., s. 35. Jak czytamy w uzasadnieniu wyroku WSA w Poznaniu z dnia 9 grudnia 2008 r., sygn. I SA/Po 770/08, LEX nr 539422: „Z mocy art. 148 § 5 k.k.s. orzeczenie uwzględniające wniosek o zezwolenie na dobrowolne poddanie się odpowiedzialności ma walor wyroku skazującego”.

²⁰ Zresztą, co ciekawe, nie mówi się tam o wyroku zezwalającym na dobrowolne poddanie się odpowiedzialności, lecz o orzeczeniu, a zatem normodawca posłużył się szerszym zakresowo terminem, obejmującym zarówno wyroki, jak i postanowienia. Nie sposób jednak objaśnić zasadności istnienia takiego zapisu ustawowego.

nych jest odrębnym zagadnieniem i nie warunkuje uznania, że konkretne orzeczenie ma charakter wyroku skazującego.

Niejako „koronnym” argumentem mającym uzasadnić tezę, zgodnie z którą wyrok wydany na podstawie art. 148 § 5 k.k.s. nie ma charakteru skazującego, jest to, że nie jest on wpisywany do Krajowego Rejestru Karnego (co wynika z zapisu ustawowego art. 18 § 2 k.k.s.). Takie rozwiązanie legislacyjne objaśnia się tym, iż „Jest to konsekwencja uznania, że zastosowanie tego środka karnego nie jest formą skazania”²¹. A zatem „Osoba dobrowolnie poddająca się odpowiedzialności karnej skarbowej zachowuje (...) status osoby niekaralnej”²², gdyż „dobrowolne poddanie się odpowiedzialności pozwala sprawcy uniknąć statusu i piętna skazanego”²³. Wydaje się, że przy takim ujęciu dochodzi do odwrócenia problemu. Otóż, o tym, czy dany wyrok ma charakter skazujący, nie może rozstrzygać wpis do wspomnianego rejestru karnego. Rejestrowane są w nim bowiem nie tylko orzeczenia mające taki charakter²⁴, czego najlepszym przykładem jest wyrok warunkowo umarzający postępowanie karne, który z całą pewnością nie jest wyrokiem skazującym. Zwolennicy poglądu o skazującym charakterze wyroku wydanego w trybie art. 148 § 5 k.k.s. pomijają również wzgląd na inną okoliczność. Uznając bowiem za trafne ich stanowisko, należy sobie zadać pytanie, jakie w takim razie jest uzasadnienie dla istnienia zapisu art. 18 § 2 k.k.s.? Przy obecnym brzmieniu art. 1 ustawy o Krajowym Rejestrze Karnym, musielibyśmy w tej kwestii skonstatować, że powołany zapis to klasyczne *superfluum* ustawowe, gdyż bez tego przepisu nie istniałaby jakakolwiek podstawa do wpisu. Istnienie takiego zapisu pozwala wręcz stworzyć argumentację dla poparcia przeciwnej tezy. Skoro bowiem ustawodawca dostrzegł konieczność wyłączenia możliwości wpisu wyroku zezwalającego na dobrowolne

²¹ I. Zgoliński, *Dobrowolne poddanie się odpowiedzialności...*, s. 210.

²² R. Kubacki, *Kodeks karny skarbowy. Komentarz*, Warszawa 2003, s. 121.

²³ L. Wilk, (w:) L. Wilk, J. Zagrodnik, *Kodeks karny skarbowy. Komentarz*, Warszawa 2007, s. 93. Tak też V. Konarska-Wrzesek, T. Oczkowski, *Prawo karne skarbowe (zagadnienia materialnoprawne i wykonawcze)*, Toruń 2005, s. 128.

²⁴ Zgodnie z art. 1 ust. 2 ustawy z dnia 24 maja 2000 r. o Krajowym Rejestrze Karnym (tekst jedn. Dz. U. z 2012 r., poz. 654 z późn. zm.) w rejestrze tym gromadzi się dane o osobach: 1) prawomocnie skazanych za przestępstwa lub przestępstwa skarbowe; 2) przeciwko którym prawomocnie warunkowo umorzono postępowanie karne w sprawach o przestępstwa lub przestępstwa skarbowe; 3) przeciwko którym prawomocnie umorzono postępowanie karne w sprawach o przestępstwa lub przestępstwa skarbowe na podstawie amnestii; 4) będących obywatelami polskimi prawomocnie skazanymi przez sądy państw obcych; 5) wobec których prawomocnie orzeczono środki zabezpieczające w sprawach o przestępstwa lub przestępstwa skarbowe; 6) nieletnich, wobec których prawomocnie orzeczono środki wychowawcze, poprawcze lub wychowawczo-lecznicze albo którym wymierzono karę na podstawie art. 13 lub art. 94 ustawy z dnia 26 października 1982 r. o postępowaniu w sprawach nieletnich; 7) prawomocnie skazanych za wykroczenia na karę aresztu; 8) poszukiwanych listem gończym; 9) tymczasowo aresztowanych; 10) nieletnich umieszczonych w schroniskach dla nieletnich.

poddanie się odpowiedzialności, to znaczy, że w ten sposób jurydycznie potwierdził, że mamy do czynienia właśnie z wyrokiem skazującym. To byłaby bowiem jedyna podstawa do dokonania wpisu. Na marginesie warto zwrócić uwagę, że trudności w wskazaniu dostatecznej podstawy dla istnienia „ustawowego dobrodziejstwa” stosowania dobrowolnego poddania się odpowiedzialności pojawiają się także w odniesieniu do art. 18 § 3 k.k.s., dotyczącego wyłączenia możliwości zastosowania podstawy nadzwyczajnego obostrzenia kary w postaci recydywy skarbowej. Skoro bowiem, w przypadku kary majątkowej, warunkiem zastosowania regulacji z art. 37 § 1 pkt 4 k.k.s. jest uiszczenie grzywny „wynoszącej co najmniej 120 stawek dziennych”, to nie jest możliwe spełnienie tego warunku w ramach zastosowania instytucji dobrowolnego poddania się odpowiedzialności. W tym wypadku bowiem sprawca uiszcza określoną kwotę pieniężną „tytułem kary grzywny” i nie znajduje zastosowania system wymiaru grzywny w ustawowym modelu tzw. stawek dziennych funkcjonującym w zakresie przestępstw skarbowych.

Przy ocenie, czy w wypadku wyroku zezwalającego na dobrowolne poddanie się odpowiedzialności mamy do czynienia ze skazaniem, nie może być traktowany jako rozstrzygający argument wzgląd na okoliczność, że sąd może udzielić zezwolenia na dobrowolne poddanie się odpowiedzialności, gdy wina sprawcy i okoliczności popełnienia czynu karalnego nie budzą wątpliwości. Także bowiem w wypadku warunkowego umorzenia postępowania karnego tak opisana przesłanka musi być spełniona (art. 66 § 1 k.k.), a nie budzi wątpliwości, że nie mamy w tym wypadku do czynienia z wyrokiem skazującym²⁵.

Z całą pewnością wyrok zezwalający na dobrowolne poddanie się odpowiedzialności ma charakter merytoryczny, ustalający zarówno sprawstwo, jak i winę, w znaczeniu procesowym, określonej osoby. Z tej też racji przybiera postać wyroku. Nie sposób przeto bronić tezy, iż taki wyrok sprowadza się jedynie do samego zezwolenia na zastosowanie ustawowej formuły degresji karania sprawcy przestępstwa skarbowego bądź wykroczenia skarbowego. Potwierdza on spełnienie w realiach rozpoznawanej sprawy przesłanek warunkujących odpowiedzialność za czyny zabronione. Istotne znaczenie dla rozstrzygnięcia analizowanej w ramach niniejszych uwag kwestii ma z całą pewnością postać wyrzeczenia w sentencji wyroku. Co ciekawe, jak ono winno brzmieć, także nie jest jednolicie rozstrzygane w piśmiennictwie. I tak, prezentowane jest stanowisko, zgodnie z którym „sąd powinien po opisie zarzucanego czynu przyjąć, że „uznaje oskarżonego winnym zarzucanego mu czynu (zarzucanych mu czynów)”²⁶. Z kolei według konkurencyjnego

²⁵ G. Bogdan, Z. Ćwiąkałski, P. Kardas, J. Majewski, J. Raglewski, M. Szewczyk, W. Wróbel, A. Zoll, Kodeks karny. Część ogólna. Komentarz, t. I, Warszawa 2012, s.916–917.

²⁶ T. Grzegorzczak, Kodeks karny skarbowy..., s. 607.

ujęcia „przedmiotem orzekania sądu jest „kwestia udzielenia zezwolenia na dobrowolne poddanie się odpowiedzialności”, nie zaś sama kwestia odpowiedzialności”²⁷. Nie jest przeto wymagane stwierdzenie o uznaniu winnym popełnienia czynu karalnego. Jeżeli zatem w sentencji rozstrzygnięcia zawartego w wyroku nie użyje się formuły „uznaje za winnego”, lecz jedynie określenie, iż sąd udziela zezwolenia na dobrowolne poddanie się odpowiedzialności, to trudno bronić przekonania, że mamy w tym wypadku do czynienia z wyrokiem skazującym. Musi być bowiem wyraźnie wskazane, za co przypisuje się odpowiedzialność sprawcy. W tym kontekście warto przypomnieć, że w wyrokach warunkowo umarzających postępowanie karne, sąd nie używa formuły „uznaje za winnego”, co jest charakterystyczne dla wyroków nie mających charakteru skazującego.

VII. Kończąc rozważania, chcielibyśmy odnieść się do jeszcze jednej kwestii, nie mającej w tym wypadku charakteru jurydycznego, lecz aksjologiczny. Zwłaszcza w kontekście istniejących w polskim systemie prawnym klauzul ustawowych statuujących wymóg braku skazania za przestępstwo skarbowe (i wiążących się z tym bardzo poważnych negatywnych konsekwencji) rozważaniom jurydycznym musi towarzyszyć refleksja o charakterze aksjologicznym. Otóż, musi pojawić się pytanie, czy zagwarantowane w zapisach ustawowych przywileje dla osoby decydującej się na skorzystanie z dobrowolnego poddania się odpowiedzialności w art. 18 § 2 i 3 k.k.s. nie idą zbyt daleko. Odnosząc się do rozwiązań legislacyjnych z zakresu zamówień publicznych, pamiętać należy, że zgodnie z założeniem ustawodawcy wykluczenie wykonawcy ma nie dopuścić do udzielenia zamówienia publicznego podmiotowi, który w związku z posiadanymi cechami nie daje rękojmi należytego wykonania zamówienia lub znajduje się w sytuacji, która zagraża podstawowym zasadom udzielania zamówień publicznych. Jak twierdzi się, popełnienie wymienionych w art. 24 ustawy – Prawo zamówień publicznych rodzajów przestępstw dyskwalifikuje wykonawcę z punktu widzenia jego rzetelności, zaufania w obrocie gospodarczym oraz przestrzegania zasad prawa zamówień publicznych²⁸. Przy akceptacji takiego uzasadnienia, nie sposób wskazać dostatecznej podstawy aksjologicznej dla rudymenarnego zróżnicowania sytuacji dwóch sprawców identycznego przestępstwa skarbowego, z których jeden nie podjął ryzyka obrony w zwykłym procesie karnoskarbowym, decydując na skorzystanie z dobrowolnego poddania się odpowiedzialności, drugi zaś został skazany w takim postępowaniu. Dlaczego pierwszy z nich nie ma być wykluczony z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, a drugi tak. Przecież obaj dopuścili się przestępstwa skarbowego. Różni ich jedynie odmienny tryb ustalenia ich

²⁷ A. R. Światłowski (w:) G. Bogdan, A. Nita, J. Raglewski, A. R. Światłowski, Kodeks karny skarbowy. Komentarz, Gdańsk 2007, s. 779.

²⁸ J. Andała-Sępkowska, Wykluczanie wykonawców..., *op. cit.*

odpowiedzialności karnej. Trudno nie odnieść wrażenia, że państwo bardzo sowsie nagradza osoby, które nie podejmują walki z organami skarbowymi, decydując się na szybkie zaspokojenie interesu fiskalnego podmiotów publicznych. Nie jesteśmy zwolennikami dużej represyjności systemu prawnokarnego, lecz otwarte pozostaje pytanie, czy nie mamy w tym wypadku do czynienia ze zbyt daleko idącym uprzywilejowaniem sprawcy przestępstwa skarbowego. Z perspektywy bowiem przesłanek istnienia takiego wykluczenia (eliminacja wykonawców, którzy nie spełniają warunków odnośnie do ich cech podmiotowych) istotne powinno być tylko to, że osoba dopuściła się zachowania karalnego²⁹. Kwestią obojętną natomiast winno być to, w jaki sposób została zakończona sprawa karna skarbową, tj. czy nastąpiło to na podstawie aktu oskarżenia, czy też wniosku o dobrowolne poddanie się odpowiedzialności.

Rozważania czynione w ramach niniejszego opracowania skłaniają również do konstatacji, że na gruncie obecnego prawa zamówień publicznych wtórne znaczenie ma okoliczność, czy wykonawca rzeczywiście spełnia warunki udziału w postępowaniu i nie podlega wykluczeniu, a podstawowe dokonanie ustalenia, czy te okoliczności zostały przez niego wykazane w dopuszczalnie jurydycznie sposób. Trudno nie odnieść wrażenia, że ustawodawca dał prymat prawdzie formalnej nad prawdą materialną. Konsekwencją takiego ujęcia będzie sytuacja, że nawet gdy zamawiający dysponuje informacjami z innego źródła niż oferta lub wniosek wykonawcy, to i tak pozostanie związany dyspozycją normy prawnej art. 24 ustawy – Prawo zamówień publicznych. Brak dostatecznych podstaw prawnych do uznania, że zachodzi konieczność wyjścia poza uregulowania prawa zamówień publicznych i całościowego analizowania regulacji prawa karnego³⁰. Wobec powyższego może dojść do wręcz paradoksalnej sytuacji godzącej w fundamentalną zasadę wysłowaną w art. 7 ustawy – Prawo zamówień publicznych, zgodnie z którą zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców.

²⁹ Ostrze takiej argumentacji słabnie jednak przy uwzględnieniu faktu, iż zapis ustawowy z art. 24 ustawy – Prawo zamówień publicznych nie obejmuje wyroków warunkowo umarzających postępowanie, które także nie mają charakteru skazującego.

³⁰ Zob. orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej – m.in. wyrok z dnia 24 października 2012 r., sygn. akt KIO 2194/12, www.uzp.gov.pl.

Voluntary entering a guilty plea to a tax offence versus regulatory requirement of no conviction for such tax offence

Abstract

A judgement, which provides for voluntary entering a guilty plea, is an example of a ruling that assigns criminal responsibility for a tax (minor) offence, thereby violating the principle of the presumption of innocence. The regulation set forth in Article 18, § 2 of the Criminal Code for Tax Offences shows that the ruling is actually a convicting one. The legislator generously rewards those who do not fight with tax authorities but quickly satisfy fiscal interests of public authorities, which interests have been infringed by the tax offence.

Grzegorz Krysztofiuk

Perspektywy współpracy sądowej w sprawach karnych w Unii Europejskiej

Streszczenie

Artykuł jest poświęcony analizie stopnia realizacji zadań sformułowanych w Programie sztokholmskim w zakresie współpracy sądowej w sprawach karnych w Unii Europejskiej. Autor skoncentrował się na omówieniu sukcesów i porażek w realizacji, przyjętych w 2009 r., założeń. Ponadto Autor wskazał cele i zadania, jakie powinny się znaleźć w nowym, obecnie przygotowywanym, programie wieloletnim dla Przestrzeni Wolności, Bezpieczeństwa i Sprawiedliwości. Program ten zastąpi Program sztokholmski i wyznaczy nowe zadania na lata 2015–2020.

Wstęp

Nazwa „Program sztokholmski” nadal niewiele mówi praktykom procesu karnego. Dzieje się tak pomimo bliskiego już upływu 5-letniego okresu objętego tym programem. Ten trzeci już wieloletni program dla Przestrzeni Wolności, Bezpieczeństwa i Sprawiedliwości (dalej PWBIS) zapewne podzieli los swoich poprzedników¹. Nie znajdzie miejsca w powszechnej świadomości praktyków i popadnie w zapomnienie. Taki los spotkał poprzednie programy, w tym Program z Tampere, który zapoczątkował budowę PWBIS i miał fundamentalne znaczenie dla rozwoju tej dziedziny współpracy. Obecnie trwają prace nad czwartym już programem rozwoju, czyli strategicznymi wytycznymi planowania prawodawczego i operacyjnego. Program ma wejść w życie jednocześnie z ważnymi zmianami w funkcjonowaniu Przestrzeni Wolności, Bezpieczeństwa i Sprawiedliwości². Nie będą to tak przełomowe

¹ Pierwszym wieloletnim dokumentem programowym był Program z Tampere ogłoszony w 1999 r. W 2004 r. został przyjęty drugi dokument pod nazwą „Program Haski. Wzmacnianie wolności, bezpieczeństwa i sprawiedliwości w Unii Europejskiej”, Dz. Urz. UE C 53 z dnia 3 marca 2005 r.

² Rada Europejska zapowiedziała, że określi nowe strategiczne wytyczne na swoim posiedzeniu w czerwcu 2014 r.; por. Konkluzje z posiedzenia Rady Europejskiej w dniach 24–24 października 2013 r., dostępne na stronie http://www.consilium.europa.eu/uedocs/cms_data/docs/pressdata/en/ec/139197.pdf. Za bardziej prawdopodobne należy jednak uznać przyjęcie tego dokumentu na grudniowym posiedzeniu Rady Europejskiej w okresie włoskiej pre-

zmiany jak wejście w życie Traktatu z Amsterdamu³ lub Traktatu z Lizbony⁴. Mogą one jednak w istotny sposób zmienić oblicze PWBiS. W różnych miejscach i na wielu forach toczy się obecnie dyskusja nad priorytetami i zadaniami, które powinny znaleźć się w nowym programie. Przed udzieleniem odpowiedzi na to pytanie należy jednak podjąć się próby podsumowania dorobku Programu sztokholmskiego. W niniejszym artykule ograniczono się do analizy tego zagadnienia wyłącznie w zakresie współpracy sądowej w sprawach karnych.

Założenia Programu sztokholmskiego

Na posiedzeniu w dniach 10–11 grudnia 2009 r. Rada Europejska przyjęła dokument pod nazwą „Program sztokholmski – otwarta i bezpieczna Europa dla dobra i ochrony obywateli”⁵. W dokumencie tym zostały określone priorytety i zadania dla całej Przestrzeni Wolności, Bezpieczeństwa i Sprawiedliwości na lata 2010–2014. Program został przyjęty i jest wdrażany po wejściu w życie Traktatu z Lizbony. Traktat ten wprowadził przełomowe zmiany w całej przestrzeni poprzez zlikwidowanie dawnego III filara UE i zastosowanie metody wspólnotowej⁶. Priorytety i zadania dotyczące współpracy sądowej w sprawach karnych zostały podzielone w Programie sztokholmskim pomiędzy trzy priorytety polityczne: „Promowanie praw obywatelskich: Europa praw”, „Ułatwienie życia obywatelom: Europa prawa i sprawiedliwości” oraz „Europę, która chroni”⁷.

W ramach pierwszego z tych priorytetów Rada Europejska wskazała zadania w zakresie praw jednostki w postępowaniu karnym. Rada Europejska wezwała w nim Komisję do przedstawienia wniosków przewidzianych

zydencji. Z uwagi na państwo sprawujące prezydencję w drugiej połowie 2014 r. nowe wytyczne mogą nosić nazwę „Program Rzymski”.

³ Traktat o zmianie Traktatu o Unii Europejskiej, traktatów ustanawiających Wspólnoty Europejskie i niektórych związanych z nimi aktów, podpisany w dniu 2 października 1997 r., Dz. Urz. WE C 340 z dnia 10 listopada 1997 r.

⁴ Traktat zmieniający Traktat o Unii Europejskiej i Traktat ustanawiający Wspólnotę Europejską, podpisany w dniu 13 grudnia 2007 r., Dz. Urz. UE C 306 z dnia 17 grudnia 2007 r.

⁵ Dz. Urz. UE C 115 z dnia 4 maja 2010 r.

⁶ Szerzej zob. m.in. C. Ladenburger, *Police and Criminal Law in the Treaty of Lisbon. A New Dimension for the Community Method*, *European Constitutional Law Review* 2008, nr 4, s. 20 i n.; K. Karsznicki, *Traktat Lizboński – nowa szansa na usprawnienie współpracy w obszarze wymiaru sprawiedliwości*, *Prokuratura i Prawo* 2009, nr 11–12, s. 70 i n.; G. Gancarz, *Zmiany dotyczące przestrzeni wolności, bezpieczeństwa i sprawiedliwości zawarte w Traktacie z Lizbony*, (w:) *Traktat z Lizbony – Postanowienia, ocena i implikacje*, *Biuletyn analiz UKiE* 2008, nr 20, s. 166 i n.

⁷ Priorytety i zadania w zakresie współpracy sądowej w sprawach karnych w Programie haskim były określone w ramach jednego priorytetu – „Wzmocnienie wymiaru sprawiedliwości” (punkt 3.3 „Współpraca sądowa w sprawach karnych”).

w harmonogramie wzmocnienia praw procesowych osób podejrzanych lub oskarżonych, który uznała za element Programu⁸. Nadto, w Programie znalazło się wezwanie Komisji do przeanalizowania dalszych elementów minimalnych praw procesowych osób podejrzanych i oskarżonych, takich jak domniemanie niewinności, oraz oszacowanie, czy wymagają one wspólnych działań w celu propagowania lepszej współpracy. Inny punkt tego priorytetu dotyczy praw ofiar przestępstw, w tym terroryzmu. Rada Europejska zaapelowała w nim do Komisji i państw m.in. o przeanalizowanie możliwości stworzenia kompleksowego instrumentu prawnego dotyczącego tego zagadnienia w miejsce obowiązujących dwóch aktów⁹.

Priorytet „Europa prawa i sprawiedliwości” stanowi główne miejsce, w którym Rada Europejska określiła zadania UE w dziedzinie współpracy sądowej. Opis priorytetu rozpoczyna się od przypomnienia dwóch filarów współpracy, tj. zasady wzajemnego uznawania oraz niezbędnego zbliżenia przepisów prawnych, co w pełni koresponduje z postanowieniami Traktatu o funkcjonowaniu UE (dalej TFUE) dotyczącymi tej współpracy (art. 67 ust. 3 i art. 82 ust. 1). Rada Europejska wskazała cztery podstawowe kierunki działalności UE w odniesieniu do współdziałania w sprawach karnych:

- dalsze wdrażanie wzajemnego uznawania,
- wzmacnianie wzajemnego zaufania,
- opracowanie podstawowych, wspólnych zasad minimalnych,
- zwiększenie obecności Unii na arenie międzynarodowej w dziedzinie prawa.

Dalsze wdrażanie zasady wzajemnego uznawania miało zostać zintensyfikowane i oparte na bardziej przyjaznych dla użytkowników instrumentach. Proces ten miał zostać skoncentrowany na usuwaniu problemów stale pojawiających się we współpracy, takich jak terminy i warunki językowe oraz zasada proporcjonalności. W związku z tym Rada Europejska wezwała Komisję do następujących działań:

- zaproponowania kompleksowego systemu, który zastąpiłby wszystkie instrumenty istniejące w obszarze dowodów, w tym decyzję ramową

⁸ Por. Rezolucję Rady z dnia 30 listopada 2009 r. dotyczącą harmonogramu działań mających na celu wzmocnienie praw procesowych osób podejrzanych lub oskarżonych w postępowaniu karnym, Dz. Urz. UE C 295 z dnia 4 grudnia 2009 r. Harmonogram obejmuje: prawo do tłumaczenia pisemnego i ustnego, informowania o prawach i zarzutach, pomocy prawnej, kontaktu z krewnymi, pracodawcami i władzami konsularnymi oraz szczególnego traktowania osób, które tego wymagają. Przewidziana jest w nim także zielona księga w sprawie tymczasowego aresztowania. Możliwe jest uzupełnienie listy działań.

⁹ Mowa o decyzji ramowej Rady 2001/220/WSiSW w sprawie pozycji ofiar w postępowaniu karnym, Dz. Urz. WE L 82 z dnia 22 marca 2001 r. oraz dyrektywie Rady 2004/80/WE odnoszącej się do kompensaty dla ofiar przestępstw, Dz. Urz. UE L 261 z dnia 6 sierpnia 2004 r.

w sprawie europejskiego nakazu dowodowego¹⁰, obejmującego w miarę możliwości wszystkie rodzaje dowodów, zawierającego ostateczne terminy wdrożenia i ograniczającego w jak największym stopniu podstawy odrzucenia wniosku,

- zbadania, czy istnieją inne sposoby ułatwienia dopuszczalności dowodów w tym obszarze,
- zbadania, czy niektóre środki dochodzeniowe mogłyby zostać wykonywane przez organy państwa wnioskującego w powiązaniu i w porozumieniu z organami państwa wykonującego zgodnie z art. 89 TFUE (tj. na terytorium tego państwa),
- zbadania, czy i jak organy jednego państwa mogłyby szybko uzyskać informacje od prywatnych i publicznych podmiotów innego państwa bez stosowania środków przymusu,
- przeanalizowania wyników oceny europejskiego nakazu aresztowania i przedstawienia wniosków służących poprawie jego skuteczności i ochrony prawnej osób,
- przygotowania analizy dotyczącej przeszkód utrudniających transgraniczne egzekwowanie sankcji i decyzji administracyjnych dotyczących wykroczeń drogowych i przedstawienie dalszych inicjatyw w tym zakresie,
- przeanalizowania wykorzystania utraty praw w państwach członkowskich i zaproponowania Radzie programu działań, w tym wymiany informacji na temat niektórych rodzajów utraty praw.

Rada Europejska wskazała ponadto, że ofiarom lub świadkom narażonym na ryzyko należało zaoferować, skuteczne w całej Unii, środki ochrony. Nadto, Rada Europejska wezwała do skrupulatnego wdrożenia przez państwa członkowskie decyzji Rady 2009/426/WSiSW w sprawie wzmocnienia Eurojustu¹¹. Dopiero ocena realizacji tego instrumentu, zdaniem Rady Europejskiej, może stać się podstawą do dalszych analiz w kierunku nowych możliwości zgodnie z TFUE, w tym do ustanowienia urzędu prokuratora europejskiego. W ramach tego priorytetu Rada Europejska wskazała także środki wzmocnienia wzajemnego zaufania, takie jak: szkolenie sędziów, prokuratorów i innych pracowników wymiaru sprawiedliwości, rozwój sieci kontaktów wyższych urzędników, wzmoczenie oceny *ex ante* i *ex post*, udoskonalenie narzędzi przeznaczonych dla sędziów i prokuratorów, w tym elektronicznych, oraz opracowanie podręczników.

¹⁰ Decyzja ramowa Rady 2008/978/WSiSW w sprawie europejskiego nakazu dowodowego, Dz. Urz. UE L 350 z dnia 30 grudnia 2008 r.

¹¹ Decyzja Rady 2009/426/WSiSW w sprawie wzmocnienia Eurojustu i w sprawie zmiany decyzji 2002/187/WSiSW ustanawiającej Eurojust w celu zintensyfikowania walki z poważną przestępczością, Dz. Urz. UE L 138 z dnia 4 czerwca 2009 r.

Ostatni priorytet – „Europa, która chroni” – dotyczy kwestii bezpieczeństwa i nie ma w nim wprost nawiązań do współpracy sądowej w sprawach karnych. Znalazły się w nim jednak zalecenia istotne z punktu widzenia tej współpracy. Rada Europejska wezwała w nim m.in. do szybkiego wdrożenia ECRIS¹² oraz zobowiązała Komisję do oceny, czy tworzenie sieci rejestrów karnych umożliwi zapobieganie popełnieniu przestępstw, np. poprzez kontrole dotyczące dostępu do niektórych stanowisk, oraz czy możliwe jest zwiększenie wymiany informacji na temat środków nadzoru. Komisja miała także zaproponować, w uzupełnieniu ECRIS, stworzenie rejestru skazanych w państwach członkowskich obywateli państw trzecich.

Harmonogram wdrażania priorytetów wskazanych w Programie sztokholmskim został przyjęty przez Komisję w dniu 20 kwietnia 2010 r. (dalej plan działań)¹³.

Ocena wykonania Programu sztokholmskiego

Na wstępie należy zastrzec, że ostateczna ocena realizacji Programu sztokholmskiego będzie możliwa dopiero po upływie okresu nim objętego, tj. w grudniu 2015 r. Niemniej już dziś, po upływie ponad czterech lat jego wdrażania, można pokusić się o dokonanie wstępnych ocen.

Ocenę należy rozpocząć od podkreślenia istotnego postępu osiągniętego w dziedzinie zbliżania praw procesowych podejrzanych i oskarżonych. Harmonizacja tych uprawnień od lat jest wskazywana jako niezbędny warunek wzajemnego zaufania do decyzji sądowych wydawanych w innych państwach członkowskich. W ramach realizacji harmonogramu wzmocnienia praw procesowych podejrzanych i oskarżonych dotychczas przyjęto następujące dyrektywy:

- 2010/64/UE z dnia 20 października 2010 r. w sprawie prawa do tłumaczenia ustnego i tłumaczenia pisemnego w postępowaniu karnym¹⁴,
- 2012/13/UE z dnia 22 maja 2012 r. w sprawie prawa do informacji w postępowaniu karnym¹⁵,

¹² Decyzja ramowa Rady 2009/315/WSiSW w sprawie organizacji wymiany informacji pochodzących z rejestru karnego pomiędzy państwami członkowskimi oraz treści tych informacji, Dz. Urz. UE L 93 z dnia 7 kwietnia 2009 r.

¹³ Por. Komunikat Komisji „Przestrzeń wolności, bezpieczeństwa i sprawiedliwości dla europejskich obywateli. Plan działań służący realizacji programu sztokholmskiego”, KOM (2010) 171 final.

¹⁴ Dz. Urz. UE L 280 z dnia 26 października 2010 r. Termin implementacji dyrektywy minął w październiku 2013 r.

¹⁵ Dz. Urz. UE L 142 z dnia 1 czerwca 2012 r. Termin implementacji dyrektywy minie w czerwcu 2014 r.

- 2013/48/UE z dnia 22 października 2013 r. w sprawie prawa dostępu do adwokata w postępowaniu karnym i w postępowaniu dotyczącym europejskiego nakazu aresztowania oraz w sprawie prawa do poinformowania osoby trzeciej o pozbawieniu wolności i prawa do porozumiewania się z osobami trzecimi i organami konsularnymi w czasie pozbawienia wolności¹⁶.

Nadto Komisja ogłosiła projekty trzech kolejnych dyrektyw:

- w sprawie wzmocnienia określonych aspektów domniemania niewinności i prawa do obecności na rozprawie w postępowaniu karnym¹⁷,
- w sprawie gwarancji procesowych dla dzieci będących podejrzanymi lub oskarżonymi w postępowaniu karnym¹⁸,
- w sprawie tymczasowej pomocy prawnej dla podejrzanych lub oskarżonych, którzy zostali pozbawieni wolności, oraz w sprawie pomocy prawnej w ramach postępowania dotyczącego europejskiego nakazu aresztowania¹⁹.

W wykonaniu Programu sztokholmskiego została ogłoszona przez Komisję zielona księga poświęcona stosowaniu przepisów UE dotyczących wymiaru sprawiedliwości w sprawach karnych w obszarze pozbawienia wolności²⁰. Celem księgi było zbadanie kwestii wpływu problemów związanych z pozbawieniem wolności na wzajemne zaufanie i stosowanie instrumentów wzajemnego uznawania.

Analogicznie do harmonogramu działań dotyczącego praw procesowych podejrzanych i oskarżonych, Rada przyjęła w dniu 10 czerwca 2011 r. rezolucję w sprawie harmonogramu działań na rzecz zwiększania praw i ochrony ofiar, zwłaszcza w postępowaniu karnym²¹. Rada postanowiła w nim o podjęciu działań, które mają obejmować ustawodawstwo oraz inne środki. W szczególności harmonogram dotyczy: zastąpienia decyzji ramowej Rady 2001/220/WSiSW nową dyrektywą, wydania przez Komisję zalecenia dotyczącego praktycznych metod i sprawdzonych rozwiązań w związku z przyjęciem dyrektywy i ułatwiającego wprowadzanie w życie nowej dyrektywy, weryfikację dyrektywy Rady 2004/80/W, w szczególności poprzez sprawdzenie, czy istniejące procedury, na podstawie których ofiara może wnioskować o kompensatę, oraz przez zidentyfikowanie pokrzywdzonych o szczególnych potrzebach związanych np. z rodzajem lub okolicznościami przestępstwa.

¹⁶ Dz. Urz. UE L 294 z dnia 6 listopada 2013 r. Termin implementacji dyrektywy minie w listopadzie 2016 r.

¹⁷ COM (2013) 821 final z dnia 27 listopada 2013 r.

¹⁸ COM (2013) 822 final z dnia 27 listopada 2013 r.

¹⁹ COM (2013) 824 final z dnia 27 listopada 2013 r.

²⁰ COM (2011) 327 final z dnia 14 czerwca 2011 r.

²¹ Dz. Urz. UE C 187 z dnia 28 czerwca 2011 r. Wcześniej, bo w dniu 18 maja 2011 r., Komisja ogłosiła komunikat „Wzmacnianie praw ofiar w UE”, COM (2011) 274 final.

W ramach realizacji postanowień Programu sztokholmskiego w zakresie praw ofiar przyjęte zostały dwa środki prawne: dyrektywa 2011/99/UE z dnia 13 grudnia 2011 r. w sprawie europejskiego nakazu ochrony²² oraz dyrektywa 2012/29/UE z dnia 25 października 2012 r. ustanawiająca normy minimalne w zakresie praw, wsparcia i ochrony ofiar przestępstw oraz zastępująca decyzję ramową Rady 2001/220/WSiSW²³.

W dniu 17 lipca 2013 r. Komisja ogłosiła swoje propozycje mające na celu zwiększenie skuteczności w zwalczaniu przestępstw popełnianych na szkodę interesów finansowych Unii Europejskiej. Jedną z tych propozycji w sposób szczególny dotyczy współpracy sądowej. Jest nią projekt rozporządzenia w sprawie Agencji Unii Europejskiej ds. Współpracy Wymiarów Sprawiedliwości w Sprawach Karnych (Eurojust)²⁴. Planowana agencja ma nadal wykonywać zadania powierzone obecnie Eurojust, przy czym będzie funkcjonować niezależnie od Prokuratury Europejskiej, która ma zajmować się ściganiem i oskarżaniem w sprawach o przestępstwa na szkodę interesów finansowych Unii²⁵.

W zakresie wdrażania zasady wzajemnego uznawania orzeczeń, oprócz wspomnianej już dyrektywy dotyczącej europejskiego nakazu ochrony, Rada oraz Parlament Europejski przyjęły dyrektywę 2014/41/UE z dnia 3 kwietnia 2014 r. w sprawie europejskiego nakazu dochodzeniowego w sprawach karnych²⁶.

Wyżej wymienione osiągnięcia wskazują, że realizacja założeń Programu sztokholmskiego ukierunkowana została przede wszystkim na kwestię zbliżenia prawa państw członkowskich w zakresie uprawnień oskarżonych oraz pokrzywdzonych. To wyraźna zmiana w porównaniu z poprzednimi okresami współpracy w sprawach karnych, gdy to skoncentrowano się głównie na ułatwianiu współdziałania pomiędzy organami państw członkowskich. Zmiana ta jednoznacznie zdominowała ostatnie cztery lata, czyniąc priorytet „Promowanie praw obywatelskich: Europa praw” podstawowym obszarem współpracy. W efekcie tego uzyskano znaczący postęp, w szczególności w zakresie wdrażania w życie harmonogramu zbliżania praw podejrzanych

²² Dz. Urz. UE L 338 z dnia 21 grudnia 2011 r. Termin implementacji dyrektywy minie w styczniu 2015 r.

²³ Dz. Urz. UE L 315 z dnia 14 listopada 2012 r. Termin implementacji dyrektywy minie w listopadzie 2015 r.

²⁴ COM (2013) 535 final. Plan Komisji obejmuje także reformę OLAF oraz przyjęcie dyrektywy w sprawie ochrony interesów finansowych Unii za pomocą prawa karnego, której projekt ogłoszono w dniu 11 lipca 2012 r., COM (2012) 363 final. Por. Komunikat w sprawie ochrony interesów finansowych Unii Europejskiej przez prawo karne i w drodze dochodzeń administracyjnych z dnia 26 maja 2011 r., COM (2011) 293, oraz Komunikat „Lepsza ochrona interesów finansowych Unii: ustanowienie Prokuratury Europejskiej i reforma Eurojustu” z dnia 17 lipca 2013 r., COM (2013) 532 final.

²⁵ COM (2013) 534 final.

²⁶ Dz. Urz. UE L 130 z dnia 1 maja 2014 r.

i oskarżonych. Większa część zadań przewidzianych w tym harmonogramie przyjęła już postać dyrektyw. Kolejny, ogłoszony przez Komisję, pakiet projektów wykracza nawet poza katalog praw wprost wymienionych w harmonogramie. W szczególności dotyczy to projektu dyrektywy poświęconego niektórym aspektom domniemania niewinności oraz obecności oskarżonego. W tym zakresie przyjęcie dyrektywy nie było wprost przewidziane. Nie można jednak nie zauważyć, że postęp w dziedzinie zbliżania praw oskarżonego ma, póki co, charakter jedynie legislacyjny. Żadna z przyjętych dyrektyw nie została dotychczas wdrożona przez państwa członkowskie. Nadto, należy stwierdzić, iż przyjęte dyrektywy dotyczą tych praw, które nie budziły większych dyskusji i zastrzeżeń ze strony państw członkowskich. Nieprzypadkowo cały proces został rozpoczęty od dyrektywy dotyczącej prawa do tłumaczenia. Jej postanowienia nie wzbudziły bowiem poważniejszych oporów ze strony państw. Ogłoszone przez Komisję projekty dyrektyw dotyczą praw procesowych, których harmonizacja będzie znacznie trudniejsza. W szczególności należy to odnieść do dyrektywy dotyczącej pomocy prawnej, której wdrożenie w życie będzie zapewne związane także z koniecznością poniesienia wydatków finansowych. Projekty te dotyczą fundamentalnych zagadnień procesu karnego (np. domniemania niewinności), co także utrudni proces zbliżenia przepisów. Wypracowanie konsensusu i przyjęcie tych dyrektyw będzie więc procesem znacznie trudniejszym i bardziej długotrwałym z uwagi na większe opory ze strony państw. Pomimo znacznego postępu na drodze do zbliżenia przepisów dotyczących praw podejrzanych i oskarżonych uznać należy, iż główna część pracy w tej dziedzinie jest dopiero przed Unią.

W obszarze praw pokrzywdzonych przyjęty został nowy środek prawny ustanawiający normy minimalne w zakresie praw, wsparcia i ochrony ofiar i zastępujący obecnie obowiązującą decyzję ramową. Wdrożenie tego środka nie przyniesie jednak istotnej zmiany w dziedzinie praw pokrzywdzonych z uwagi na to, że postanowienia obu środków (decyzji ramowej i dyrektywy) są do siebie zbliżone. Zmiana ma więc w dużym stopniu charakter jedynie formalny. Istotniejsze może być wdrożenie dyrektywy w sprawie europejskiego nakazu ochrony, która przewiduje stworzenie mechanizmu gwarantującego wzajemne uznawanie przez państwa członkowskie decyzji dotyczących środków ochrony dla ofiar przestępstw. Pamiętać jednak należy, iż w dyrektywie tej przewidziano bardzo długi okres implementacji przez państwa członkowskie. Dodatkowo podkreślenia wymaga, że dyrektywa nie będzie miała zastosowania do środków przyjmowanych z myślą o ochronie świadków. Te wszystkie okoliczności nie pozwalają obecnie na dokonanie oceny znaczenia tego środka dla praktyki.

O ile w ramach priorytetu dotyczącego Europy praw osiągnięto znaczący postęp (przynajmniej na poziomie legislacyjnym), to w odniesieniu do pozo-

stałych priorytetów należy stwierdzić daleko mniejsze sukcesy. W szczególności dotyczy to wdrażania zasady wzajemnego uznawania orzeczeń sądowych w sprawach karnych. W analizowanym okresie przyjęto dwie dyrektywy przewidujące dalsze rozszerzenie stosowania tej zasady, przy czym dyrektywa dotycząca europejskiego nakazu dochodzeniowego została ogłoszona dopiero w maju 2014 r. Oba środki wejdą w życie za kilka lat (europejski nakaz dochodzeniowy dopiero w maju 2017 r.). Na największą krytykę zasługuje właśnie długotrwały brak postępu w dziedzinie uzyskiwania i uznawania dowodów, co miałoby najistotniejsze znaczenie dla praktyki. Długotrwałość prac nad dyrektywą dotyczącą europejskiego nakazu dochodzeniowego spowodowała przy tym, że europejski nakaz dowodowy pozostaje instytucją martwą. Komisja nie przedstawiła też żadnej nowej inicjatywy ani analizy dotyczącej rozszerzenia zasady wzajemnego uznawania na nowe kategorie orzeczeń, w tym na, od dawna wskazywane, orzeczenia o utracie praw. Zaniechano także przeprowadzenia analiz i zgłoszenia inicjatyw, które miałyby na celu usunięcie praktycznych trudności w stosowaniu już przyjętych środków wzajemnego uznawania. Cały obszar wzajemnego uznawania został wyraźnie zaniedbany. Komisja i Rada poświęciły mu niewiele uwagi, pomimo że w Programie sztokholmskim przewidziano objęcie wzajemnym uznawaniem wszystkich rodzajów wyroków i orzeczeń sądowych, które zależnie od systemu prawnego mogą mieć charakter karny, a nawet administracyjny. Nie sposób przy tym znaleźć w tym dokumencie podstaw do aż tak daleko posuniętego uprzywilejowania współpracy w dziedzinie zbliżenia praw procesowych. W Programie w sposób prawidłowy rozłożono akcenty, przewidując zadania zarówno w dziedzinie zbliżenia przepisów, jak i współpracy sądowej. Realizacja założeń poszła jednak inną drogą, w której zlekceważono wiele zaleceń wskazanych w priorytecie „Europa prawa i sprawiedliwości”.

Strategiczne wytyczne planowania

Zgodnie z art. 68 TFUE, Rada Europejska określa „strategiczne wytyczne planowania prawodawczego i operacyjnego w przestrzeni wolności, bezpieczeństwa i sprawiedliwości”. Nowy program wieloletni będzie pierwszym programem, który rzeczywiście zostanie przyjęty na podstawie przytoczonego postanowienia traktatu. Poprzednie programy nie miały szczególnej podstawy traktatowej, mimo to powszechnie akceptowano zasadność ich przyjmowania. W Programie sztokholmskim zostało co prawda zamieszczone odniesienie do art. 68 TFUE, ale uczyniono to dopiero na koniec procesu przygotowywania tego dokumentu. W związku z tym nie sposób przyjąć, aby

wskazany program stanowił realizację postanowień art. 68 TFUE²⁷. Podstawa traktatowa będzie więc jednym z wyróżników nowego programu. Rada Europejska sformułuje w nim wytyczne, które mają mieć dwie cechy: charakter strategiczny oraz dotyczyć planowania prawodawczego i operacyjnego. Strategiczny charakter wytycznych ma pozwolić na odróżnienie ich od planu działań, przyjmowanego przez Komisję. Wytyczne mają mieć charakter dosyć ogólny, określać cele, które mają zostać osiągnięte w określonej perspektywie czasowej oraz generalnie wskazywać narzędzia zmierzające do realizacji tych celów. Strategiczne wytyczne nie powinny tym samym zamienić się w zestaw konkretnych działań do podjęcia w najbliższych latach. Muszą mieć charakter bardziej generalny, uwzględniający nie tylko dzisiejszy stan współpracy, ale także przewidujący okoliczności, które mogą wpłynąć na tę współpracę w przyszłości. Można się w tym miejscu odwołać do pojęcia kamieni milowych użytego w Programie z Tampere. Przestrzec jednak należy przed zbytnią ogólnością postanowień programu i nadaniem im charakteru wybitnie politycznego²⁸. Rada Europejska ma przecież przyjąć wytyczne, które pozwolą na planowanie prawodawcze i operacyjne. Wytyczne te mają stać się podstawą do określenia przez Komisję konkretnych działań w postaci nowych inicjatyw prawodawczych i wniosków operacyjnych (art. 17 Traktatu o UE). Zbyt ogólne zarysowanie perspektywy, generalizowanie zadań i unikanie wskazania narzędzi pozostawi zbyt szerokie pole interpretacji dla Komisji. Postanowienia Programu sztokholmskiego są w miarę konkretne, a mimo to Komisja przedstawiła dosyć subiektywną ich interpretację w planie działań. W przypadku przyjęcia bardzo ogólnego nowego programu pole do takich działań będzie jeszcze większe. Pamiętać przy tym należy, iż istnienie specjalnej podstawy prawnej do przyjmowania strategicznych wytycznych w PWBIS ma na celu zapewnienie państwom członkowskim istotnego wpływu na kierunek ewolucji tej dziedziny współpracy. Ma to zostać zapewnione poprzez skład Rady Europejskiej, której członkami są szefowie państw i rządów państw członkowskich. Przyjęcie zbyt ogólnych wytycznych, pozostawiających szerokie pole do interpretacji, uczyni wpływ państw członkowskich dosyć iluzorycznym.

Traktat nie określa perspektywy czasowej, którą ma objąć nowy program. Dotychczas przyjęło się planowanie na okresy pięcioletnie²⁹. Doświadczenia wcześniejszych programów wskazują, iż były to zbyt krótkie przedziały cza-

²⁷ Por. Y. P a s c o u a u, The future of the area of freedom, security and justice. Addressing mobility, protection and effectiveness in the long run. Discussion paper, 23 January 2014, European Policy Center, s. 11, dostępny na stronie http://www.epc.eu/documents/uploads/pub_4092_discussion_paper.pdf.

²⁸ Odmienne por. Y. P a s c o u a u, *ibidem*, s. 11–12.

²⁹ Przyjęcie pięcioletnich okresów było uzasadnione długością okresów przejściowych przewidzianych w Traktacie z Amsterdamu i Traktacie z Lizbony w zakresie wejścia w życie niektórych zmian dotyczących PWBIS; por. Y. P a s c o u a u, *ibidem*, s. 13.

su. Z reguły prace nad istotną częścią zadań przewidzianych w danym programie były kończone dopiero w następnym okresie pięcioletnim. Machina stanowienia prawa w UE, zwłaszcza po rozszerzeniu udziału w niej Parlamentu Europejskiego i parlamentów narodowych, jest zbyt wolna, aby zachować dotychczasową perspektywę czasową. W związku z tym za zasadną należy uznać propozycję wydłużenia okresu planowania strategicznego na okres 7 lat³⁰, pod warunkiem jednak wprowadzenia okresowych przeglądów realizacji wytycznych (a przynajmniej jednego w połowie okresu³¹).

W podstawie traktatowej nie wskazano wprost adresata strategicznych wytycznych. Z pewnością jest nim Komisja, na której spoczywać będzie główna odpowiedzialność za wdrożenie w życie zaleceń Rady Europejskiej. W trakcie opracowywania programu należy jednak pamiętać, że wytyczne powinny zostać skierowane głównie do praktyków procesu karnego w państwach członkowskich oraz w instytucjach unijnych zajmujących się współpracą sądową. Cele, zadania i narzędzia powinny w związku z tym zostać tak opisane w wytycznych, aby były zrozumiałe i przekonujące dla praktyków, także tych, którzy dotychczas mieli niewiele wspólnego ze współpracą sądową. Dokument ten powinien trafić do każdego sędziego, prokuratora, policjanta, funkcjonariusza innych służb, adwokata, radcy prawnego uczestniczącego w postępowaniach karnych. Nie może to być dokument zrozumiały głównie dla specjalistów zajmujących się prawem współpracy sądowej. Nie powinien mieć też charakteru zbyt generalnego, bo nie będzie miał mocy przekonywania praktyków. W ramach dyskusji dotyczącej nowego programu sformułowano postulat skierowania go głównie do ogółu obywateli Unii. Postulat tak szerokiego określenia kręgu adresatów ma na celu zapewnienie jak najszerszego odbioru wytycznych, które dotyczą przecież wrażliwych i istotnych dla każdego obywatela sfer bezpieczeństwa i sprawiedliwości. Dlatego też nowy program powinien zostać napisany w sposób zwięzły, prosty i konkretny³². Podzielając postulaty konkretności i zwięzłości dyskutowanego dokumentu, nie sposób uznać, aby wytyczne opisane w najprostszy nawet sposób spotkały się z zainteresowaniem szerszych rzesz odbiorców. Obecnie nawet wśród praktyków takie zainteresowanie nie jest zbyt duże. W związku z tym należy skierować strategiczne wytyczne głównie do praktyków procesu karnego, a ogółowi obywateli UE przybliżyć je dzięki odpowiedniej polityce informacyjnej.

³⁰ Por. Y. P a s c o u a u, *ibidem*.

³¹ W odniesieniu do Programu sztokholmskiego zaniechano przeprowadzenia takiego przeglądu, pomimo że jest to przewidziane w tym dokumencie oraz było przedmiotem rezolucji Parlamentu Europejskiego skierowanej do Komisji; szerzej zob. S. Carrera, E. Guild, Does the Stockholm Programme matter?, grudzień 2012 r., s. 1–3, dostępny na stronie [http://aei.pitt.edu/38964/1/No_51_Carrera_and_Guild_on_Stockholm_Programme\[1\].pdf](http://aei.pitt.edu/38964/1/No_51_Carrera_and_Guild_on_Stockholm_Programme[1].pdf).

³² Tak por. Y. P a s c o u a u, *ibidem*, s. 12.

Przy opracowywaniu następnego programu wieloletniego należy uwzględnić nową sytuację prawną, w jaką wejdzie współpraca sądowa w sprawach karnych w grudniu 2014 r. W tej dacie skończy się okres przejściowy przewidziany w Traktacie z Lizbony. Zgodnie z Protokołem w sprawie postanowień przejściowych, dołączonym do Traktatu z Lizbony, przez maksymalnie pięć lat od wejścia w życie traktatu, Trybunałowi Sprawiedliwości UE przysługuje wyłącznie kompetencja określona w dawnym art. 35 TUE w stosunku do aktów przyjętych do tego momentu w dziedzinie współpracy sądowej w sprawach karnych. Identyczne zasady mają zastosowanie w odniesieniu do uprawnienia Komisji do wniesienia skargi na państwo członkowskie. Po tej dacie trybunał uzyska pełną kompetencję do orzekania w trybie prejudycjalnym w sprawie ważności i wykładni aktów prawnych dotyczących współpracy sądowej oraz do orzekania w sprawie innych skarg, wnoszonych przez Komisję, państwa członkowskie, osoby fizyczne lub prawne. Po upływie okresu przejściowego Komisji oraz państwom członkowskim będzie przysługiwało uprawnienie do wniesienia skargi na państwo członkowskie, które nie wypełni obowiązku w zakresie wdrożenia prawa europejskiego do swojego porządku prawnego lub będzie to czynić w sposób nieprawidłowy. Oba te narzędzia mogą okazać się przełomowe dla współpracy sądowej, zwłaszcza w zakresie implementacji przyjętych dotychczas decyzji ramowych i dyrektyw przez państwa członkowskie. Proces implementacji to pięta achillesowa tej dziedziny współpracy. Dlatego przy projektowaniu nowych wytycznych powinny zostać uwzględnione nowe, skuteczne środki poprawy w tym zakresie.

W związku z wejściem w życie ostatnich zmian przewidzianych w Traktacie z Lizbony dalszemu wzmocnieniu ulegnie pozycja Komisji w PWBIS. W okresie wdrażania w życie Programu sztokholmskiego rosnące znaczenie tego organu spowodowało wzrost napięcia pomiędzy Radą, reprezentującą interesy państw członkowskich, a Komisją – organem strzegącym wspólnotowego podejścia do zagadnień przestrzeni. Państwa członkowskie dążyły do zachowania swojego wpływu, który uzyskały w okresie międzyrządowego charakteru przestrzeni. Komisja zaś starała się uzyskać pozycję podobną do tej, jaką posiada w innych dziedzinach współpracy³³. Dlatego też w planie działań Komisja przedstawiła autorską interpretację priorytetów przewidzianych w Programie sztokholmskim, a w czasie jego realizacji nastąpiło dalsze odejście od wskazanych w nim zadań. Powyższa rywalizacja przyniosła utratę znaczenia Programu sztokholmskiego. Dokument ten nie uzyskał już takiej rangi, co poprzednie programy wieloletnie. Proces ten zapewne będzie

³³ S. Carrera i E. Guild zmiany wprowadzone przez Traktat z Lizbony określili mianem pluralizmu instytucjonalnego i zakończenia wyłącznej własności Rady w zakresie politycznego i legislacyjnego programowania PWBIS; por. tychże, *Does the Stockholm Programme...*, *op. cit.*, s. 14.

postępował w nowym okresie programowania z uwagi na dalsze zmiany w kierunku uwspólnotowienia PWBIS. Należy mieć ten proces na uwadze w trakcie prac nad nowym programem, podobnie jak rosnący wpływ Parlamentu Europejskiego na proces programowania przestrzeni. Cały czas należy także przypominać o wpływie Karty praw podstawowych Unii na PWBIS. Nowy program musi w pełnym zakresie uwzględniać prawa i zasady zagwarantowane w karcie, w tym zasadę proporcjonalności.

Perspektywy współpracy

W dniu 11 marca 2014 r. Komisja ogłosiła własny komunikat dotyczący agendy do 2020 r.³⁴. W komunikacie tym, jako trzy główne priorytety polityczne, uznano zwiększanie zaufania, mobilności i wzrostu w Unii. Dla osiągnięcia tych celów polityka UE w dziedzinie wymiaru sprawiedliwości powinna koncentrować się w nadchodzących latach na konsolidacji dotychczasowych osiągnięć oraz, w stosownych przypadkach, na kodyfikacji prawa i praktyk UE oraz uzupełnianiu istniejących ram nowymi inicjatywami. W zakresie konsolidacji Unia powinna skoncentrować się na zapewnieniu skutecznego stosowania postanowień Karty praw podstawowych i prawa wtórnego odnoszącego się do poszczególnych praw, takiego jak przepisy dotyczące prawa do rzetelnego procesu sądowego. Zadaniem Unii powinno stać się zapewnienie istnienia skutecznych środków odwoławczych w przypadku naruszenia prawa Unii, a także promowanie takich mechanizmów rozwiązywania sporów jak mediacja. Nadto, w ramach konsolidacji, Unia winna skoncentrować się na szkoleniu personelu sądowego i prawników praktyków w zakresie prawa europejskiego oraz lepszym wykorzystaniu narzędzi e-sprawiedliwości. Praktycy w całej Europie muszą prowadzić współpracę w zakresie opracowywania szybkiego i bezpiecznego sposobu wymiany informacji oraz pozyskiwania wsparcia ze strony swoich odpowiedników. Należy wzmocnić istniejące mechanizmy i sieci w sprawach karnych, takie jak europejskie sieci sądowe, i w pełni wykorzystywać ich potencjał, również *on-line*. Eurojust musi, zdaniem Komisji, w pełni wywiązywać się z powierzonej mu roli, bowiem nawet po powołaniu Prokuratury Europejskiej będzie odgrywał kluczową rolę w odniesieniu do innych rodzajów przestępstw międzynarodowych. Dlatego też konieczne będzie dalsze zwiększanie efektywności jego działania. W ramach kodyfikacji Komisja poddaje pod rozważę

³⁴ Komunikat „Unijny program na rzecz wymiaru sprawiedliwości na 2020 r. – zwiększanie zaufania, mobilności i wzrostu w Unii”, COM (2014) 144 final. Wcześniej Komisja ogłosiła publiczne konsultacje, a także zorganizowała w dniach 21–22 listopada 2013 r. konferencję pod nazwą „Assises de la Justice”; zob. informacje dostępne na stronie http://ec.europa.eu/justice/events/assises-justice-2013/index_en.htm.

skodyfikowanie praw procesowych w sprawach karnych w ramach jednego instrumentu, aby zapewnić dalszą poprawę w zakresie równych szans i zwiększyć spójność ochrony praw podejrzanych. W końcu w ramach uzupełnienia Komisja proponuje podjęcie szeregu inicjatyw uzupełniających polegających na wzmacnianiu mechanizmu wzajemnego uznawania w oparciu o dotychczasowe działania podejmowane w obszarze uznawania kar pieniężnych, nakazów konfiskaty i pozbawienia praw oraz ułatwieniu ofiarom uzyskania odszkodowania, w szczególności od sprawcy czynu.

Stanowisko w odniesieniu do perspektyw dla PWBIS zajął także Parlament Europejski³⁵. W ogłoszonym stanowisku uznano, że priorytetem okresu posztokholmskiego powinno być dalsze harmonizowanie uprawnień osób oskarżonych, w tym rozważenie objęcia tym procesem dodatkowych praw, spoza harmonogramu zbliżania praw podejrzanych i oskarżonych. Parlament Europejski wezwał także do dyskusji dotyczącej ochrony świadków oraz osób zawiadamiających o popełnieniu przestępstwa. W stanowisku zamieszczono nadto wezwanie pod adresem Komisji do rozważenia zasadności przyjęcia środka prawnego przewidującego wspólne standardy dotyczące tymczasowego aresztowania. Parlament Europejski wskazał również, że wzajemne zaufanie może być pogłębione nie tylko dzięki harmonizacji uprawnień procesowych, ale także poprzez przyjęcie środków poprawiających prawidłowe funkcjonowanie wymiaru sprawiedliwości, w tym traktowanie więźniów w państwach członkowskich.

Biorąc pod uwagę stanowiska Komisji oraz Parlamentu Europejskiego, należy podkreślić zasadność skoncentrowania się na budowie podstaw do wzajemnego zaufania. Podejmowane w tym celu od kilku lat wysiłki nadal nie przynoszą wystarczających efektów. Bez zaś rzeczywistego zaufania do systemów wymierzania sprawiedliwości w sprawach karnych w innych państwach członkowskich nie ma szans na prawidłowe funkcjonowanie zasady wzajemnego uznawania orzeczeń. Zaufanie to powinno być budowane przede wszystkim wśród praktyków procesu karnego. Dlatego słusznie podkreśla się znaczenie, już stosowanych, narzędzi budowania wzajemnego zaufania, takich jak: szkolenia praktyków, wzmocnienie sieci kontaktów między nimi, udoskonalanie narzędzi. Głównym narzędziem budowy wzajemnego uznawania powoli staje się zbliżenie przepisów procesowych państw członkowskich. Zbliżenie to, polegające na ustaleniu wspólnych, najniższych standardów, ma pozwolić na ograniczenie obaw praktyków co do prawa obowiązującego w innych państwach oraz praktyki jego stosowania. Często bowiem to nie samo prawo, ale praktyka funkcjonowania systemów wymiaru sprawiedliwości w sprawach karnych w innych państwach budzi największe

³⁵ Por. Report on the mid-term review of the Stockholm Programme, 4 marca 2014 r., s. 10–11, dostępny na stronie <http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-//EP//NONSGML+REPORT+A7-2014-0153+0+DOC+PDF+V0//EN>.

wątpliwości. Zastrzeżenia te są brane pod uwagę przy podejmowaniu decyzji, np. co do wykonania europejskiego nakazu aresztowania. Jeśli dane państwo członkowskie nie radzi sobie np. z zapewnieniem godziwych warunków osobom osadzonym lub też ma problemy ze zbyt częstym stosowaniem tymczasowego aresztowania, co znajduje odzwierciedlenie w orzecznictwie Europejskiego Trybunału Praw Człowieka, to niezależnie od obowiązującego w tym państwie prawa wydawane w nim orzeczenia nie będą obdarzane zaufaniem. Dlatego też słusznie zauważył Parlament Europejski, że dla zbudowania wzajemnego zaufania nie wystarczą ani narzędzia skierowane do praktyków, ani nawet zbliżenie przepisów proceduralnych. Konieczna jest nadto pomoc w zapewnieniu prawidłowego funkcjonowania systemów wymiaru sprawiedliwości w poszczególnych państwach członkowskich. Tylko prawidłowo działający system, w którym w rozsądnym terminie wydaje się orzeczenia, a środki przymusu stosowane są w wyjątkowych przypadkach, wzbudzi zaufanie do swoich decyzji. Tylko system, w którym orzeczone kary wykonywane są niezwłocznie, a więźniowie mogą liczyć na godne traktowanie, nie będzie rodził wątpliwości w procesie wzajemnego uznawania decyzji. Zbudowanie systemów spełniających te kryteria to zadanie przede wszystkim państw członkowskich. Pomoc Unii w tej dziedzinie będzie jednak bezcenna. Unia może w istotny sposób pomóc państwom w rozwiązaniu ich problemów poprzez wsparcie finansowe, promowanie dobrych przykładów, ocenę obowiązujących rozwiązań³⁶. Unia nie przejmie od państw odpowiedzialności za funkcjonowanie systemów, ale bez jej udziału poprawa obecnej sytuacji może być w wielu państwach bardzo trudna. Budowa efektywnych systemów wymierzania sprawiedliwości w sprawach karnych powinna tym samym stać się podstawowym narzędziem wzmacniania wzajemnego zaufania w najbliższych latach. Zaznaczyć przy tym należy, iż budowa takich systemów będzie przyczyniała się także do wzrostu gospodarczego w państwach członkowskich, co podkreśla Komisja w swoim komunikacie.

Proces zbliżania przepisów proceduralnych jest obecnie ograniczony do uprawnień pokrzywdzonych i podejrzanych. Na proces ten należy patrzeć przede wszystkim jako na narzędzie budowy wzajemnego zaufania umożliwiającego wzajemne uznawanie. Dzięki zbliżeniu przepisów ułatwiona zostanie także mobilność, na którą wskazała Komisja w swoim komunikacie.

³⁶ Przykładem narzędzia takiej pomocy jest tablica wyników wymiaru sprawiedliwości UE. Jest to narzędzie porównawcze, którego celem jest zwiększenie skuteczności wymiarów sprawiedliwości w Unii Europejskiej. Unijna tablica wyników ma za zadanie dostarczyć obiektywnych, wiarygodnych i porównywalnych danych dotyczących funkcjonowania wymiarów sprawiedliwości w państwach członkowskich UE. Na podstawie tablicy z 2012 r. ustalono, że problemy z długością postępowań sądowych istnieją w sześciu państwach członkowskich, w tym w Polsce. Szerzej zob. http://europa.eu/rapid/press-release_IP-13-285_pl.htm.

Obywatel korzystający ze swobody przemieszczania będzie bowiem pewien, że niezależnie od państwa członkowskiego swojego pobytu będzie mu przysługiwał katalog uprawnień wspólnych dla wszystkich państw. W związku z tym za oczywistość należy uznać kontynuowanie w najbliższych latach rozpoczętych prac nad zbliżeniem przepisów dotyczących praw oskarżonych. Proces ten jest daleki od zakończenia. Już teraz należy jednak rozważyć granice tego procesu, który, co warto stale przypominać, nie ma na celu stworzenia wspólnej procedury karnej dla państw członkowskich, ale ma ułatwić współpracę sądową. Przedstawione przez Komisję projekty dyrektyw dotyczą podstawowych uprawnień oskarżonych, takich jak: domniemanie niewinności, prawo do udziału w rozprawie, pomoc prawna. Przyjęcie i wdrożenie tych środków w połączeniu z wdrożeniem już przyjętych dyrektyw oznaczać będzie, że procesowi harmonizacji poddane zostaną wszystkie, najważniejsze prawa procesowe oskarżonych. Nie wydaje się, aby istniała konieczność dalszego kontynuowania tego procesu, chyba że praktyka stosowania instrumentów wzajemnego uznawania wykaże zasadność kolejnych prac. W przyszłym programie należy tym samym umieścić obowiązek zakończenia prac nad zbliżeniem przepisów dotyczących tylko tych uprawnień, które zostały wskazane w harmonogramie z 2009 r. oraz projektach ogłoszonych przez Komisję z możliwością poszerzenia tego katalogu tylko w razie potwierdzenia w praktyce takiej konieczności.

Ze zbliżaniem uprawnień oskarżonych związany jest postulat ustanowienia wspólnych, minimalnych zasad dotyczących stosowania tymczasowego aresztowania, zwłaszcza w postępowaniu poprzedzającym proces sądowy³⁷. Problematyka stosowania tymczasowego aresztowania rzeczywiście często jest podnoszona jako jedna z przeszkód utrudniających wzajemne uznawanie decyzji, zwłaszcza w odniesieniu do europejskiego nakazu aresztowania. Przypadki stosowania izolacyjnego środka zapobiegawczego w sprawach drobnej przestępczości, zbyt długich okresów stosowania tego środka w toku śledztwa, zwłaszcza wobec cudzoziemców, a także złych warunków pobytu osób tymczasowo aresztowanych w zakładach karnych, są podnoszone jako powody uzasadniające odmowę wykonania europejskiego nakazu aresztowania. Polska jest przykładem państwa członkowskiego, które ma wręcz systemowe problemy z prawidłowym stosowaniem tymczasowego aresztowania, co wielokrotnie znalazło wyraz w orzeczeniach Trybunału ze Strasburga. Stan ten nie buduje zaufania do orzeczeń wydanych w Polsce. Biorąc to pod uwagę należy podzielić zalecenie umieszczenia w nowym programie zadania w zakresie zbliżenia przepisów dotyczących podstaw stosowania tymczasowego aresztowania. Zbliżenie przepisów w tym zakre-

³⁷ Postulat taki konsekwentnie zgłasza Fair Trials International; por. Stockholm's Sunset: New horizons for justice in Europe, March 2014, s. 32–39, dostępne na stronie <http://www.fairtrials.org/wp-content/uploads/Stockholms-Sunset.pdf>.

się usunęłyby jedną z przeszkód w prawidłowym stosowaniu zasady wzajemnego uznawania. Zastrzec przy tym należy, iż harmonizacja w tej dziedzinie powinna skoncentrować się na podstawach stosowania środka zapobiegawczego, a nie obejmować warunków jego wykonywania (np. maksymalnej długości stosowania).

Procesem zbliżenia przepisów należałoby objąć jeszcze jedną grupę przepisów proceduralnych, tj. tych dotyczących dopuszczalności dowodów w procesie karnym. Harmonizacja tej grupy przepisów miałaby podwójne znaczenie. Z jednej strony umożliwiłaby rzeczywiste wprowadzenie w życie zasady wzajemnego uznawania w odniesieniu do dowodów. Z drugiej wzmocniłaby uprawnienia pokrzywdzonych i oskarżonych w procesie karnym. Harmonizacja prawa w tej dziedzinie będzie wyjątkowo trudnym procesem z uwagi na istotne różnice zachodzące pomiędzy państwami członkowskimi. Warto w związku z tym zapisać w nowym programie przynajmniej rozpoczęcie prac w tym zakresie.

Zadania w zakresie zbliżenia prawa państw członkowskich z pewnością zdominują nowy okres rozwoju współpracy sądowej państw członkowskich. Nie należy jednak traktować tego zadania jako absolutnego priorytetu, jak chce tego Parlament Europejski. Współpraca sądowa opiera się bowiem na dwóch filarach. Oprócz zbliżenia przepisów jest nim wzajemne uznawanie orzeczeń. Utraciło ono nieco swojego blasku i atrakcyjności w ostatnich latach, co nie oznacza jednak, że w tym zakresie nie ma zadań do wykonania. Słusznie przy tym zauważa Komisja, że będzie to okres, który przebiegnie pod hasłem konsolidacji.

Pierwszym zadaniem w odniesieniu do zasady wzajemnego uznawania powinien być monitoring wdrożenia przyjętych dotychczas instrumentów³⁸. Zadanie to zostało podkreślone w Programie sztokholmskim, ale pozostaje cały czas aktualne. Owa aktualność wynika przede wszystkim z opóźnień w implementacji wielu z przyjętych środków w większości państw członkowskich³⁹. Należy przypomnieć także o nowych uprawnieniach Trybunału Sprawiedliwości i Komisji. Szczególnie ten ostatni organ musi wzmocnić swoje zaangażowanie w obszarze monitorowania procesu implementacji. Monitoring nie może jednak koncentrować się, jak często ma to miejsce obecnie, na samych przepisach przyjętych w państwach członkowskich.

³⁸ S. Carrera i E. Guild obrazowo wskazali, że dotychczas udało się zbudować tory, a teraz jest czas, aby spowodować, że będzie poruszał się po nich pociąg; por. tychże, *Does the Stockholm Programme...*, *op. cit.*, s. 15.

³⁹ Por. Sprawozdanie Komisji dla Parlamentu Europejskiego i Radu z postępów we wdrażaniu przez państwa członkowskie decyzji ramowych 2008/909/WSiSW, 2008/947/WSiSW oraz 2009/829/WSiSW w sprawie wzajemnego uznawania wyroków skazujących na karę pozbawienia wolności lub inny środek polegający na pozbawieniu wolności, na karę w zawieszeniu albo kary alternatywne oraz na środki nadzoru stanowiące alternatywę dla tymczasowego aresztowania, COM (2014) 57 final z dnia 5 lutego 2014 r.

W zdecydowanie większym zakresie należy uwzględnić badanie praktyki stosowania tych przepisów, co z kolei wymaga większego zaangażowania w proces oceny praktyków. Komisja uzyska prawo do zaskarżania państw naruszających obowiązek implementacji. Będzie to realne narzędzie nacisku na państwa członkowskie, jednak bez zwiększenia zaangażowania w badanie praktyki stosowania instrumentów wzajemnego uznawania narzędzie to nie spełni swojej roli.

W przyszłym programie winno się znaleźć, po raz kolejny zresztą, zalecenie zakończenia procesu wdrożenia zasady wzajemnego uznawania poprzez objęcie nią wszystkich, istotnych kategorii orzeczeń w sprawach karnych. Postulat ten dotyczy przede wszystkim dowodów⁴⁰. Brak efektywnych mechanizmów ich wzajemnego uznawania jeszcze przez długi czas stanowić będzie podstawową lukę w systemie stosowania zasady. Unia od lat nie może jednak sobie skutecznie poradzić z tym problemem, pomimo że objęcie zasadą wzajemnego uznawania dowodów stanowiłoby prawdziwe ułatwienie we współpracy sądowej. Od lat postuluje się także objęcie zasadą wzajemnego uznawania orzeczeń dotyczących pozbawienia niektórych praw, np. praw do pracy z dziećmi. Od lat też nic się w tym zakresie nie dzieje. Niewiele również zrobiono, aby zrealizować zalecenie Programu sztokholmskiego dotyczące wprowadzenia ułatwień w stosowaniu środków wzajemnego uznawania. W związku z tym należy zaapelować o ponowne zobowiązanie Komisji do pochylenia się nad tym problemem, w szczególności do dokonania przeglądu dotychczas przyjętych decyzji ramowych i dyrektyw w kierunku ograniczenia katalogu podstaw odmowy uznania orzeczenia, wprowadzenia wspólnego katalogu podstaw odmowy dla wszystkich środków, kwestii językowych i sposobów przekazywania dokumentów, aktualizacji wzorów. Część tych środków jest stosowana wystarczająco długo, aby zbadać potrzebę ich poprawienia w czysto praktycznym aspekcie. Podobnie należy dokonać przeglądu przyjętych instrumentów pod kątem możliwości lepszego zagwarantowania w nich prawa do obrony oraz możliwości skutecznego zaskarżania przypadków nadużyć przy stosowaniu tych instrumentów⁴¹.

Nadal brakuje rzeczowej analizy zmian w funkcjonowaniu Eurojustu wprowadzonych decyzją Rady 2009/426/WSiSW w sprawie wzmocnienia Eurojustu. Zgodnie z Programem sztokholmskim, analiza ta miała stać się

⁴⁰ Por. J. C. Marin, Towards a More Integrated European Area of Justice Based on Mutual Trust Criminal Law, wystąpienie podczas konferencji „Assises de la Justice”, s. 3, dostępne na stronie http://ec.europa.eu/justice/events/assises-justice-2013/files/interventions/marin_en.pdf.

⁴¹ Por. M. McGowan, Towards a More Integrated European Area of Justice Based on Mutual Trust Criminal Law, wystąpienie podczas ww. konferencji, s. 7–8, dostępne na stronie <http://ec.europa.eu/justice/events/assises-justice-2013/files/interventions/mcgowan.pdf>.

podstawą do podjęcia decyzji co do ustanowienia Prokuratury Europejskiej. Tak się jednak nie stało. Bez przeprowadzenia tej analizy Komisja zaproponowała utworzenie Prokuratury Europejskiej i przekształcenie Eurojustu w agencję. W związku z tym w nowym programie należy powrócić do zalecenia przeprowadzenia analizy skuteczności wprowadzonych zmian, także pod kątem zasadności wykorzystania możliwości przewidzianych w art. 85 ust. 1 TFUE. Przepis ten pozwala na poszerzenie obecnych kompetencji Eurojustu m.in. o wszczynanie śledztwa karnego.

Na zakończenie należy stwierdzić, że w okresie realizacji Programu sztokholmskiego całkowicie zlekceważono wymiar zewnętrzny współpracy sądowej, tj. współdziałania z państwami spoza Unii. Należy postulować zwiększenie aktywności w tej dziedzinie poprzez zbadanie możliwości zawarcia umów ułatwiających współpracę sądową, w tym ekstradycję, przede wszystkim z bliskimi sąsiadami UE.

Podsumowanie

Przyszły program wieloletni w zakresie współpracy sądowej w sprawach karnych nie będzie miał charakteru przełomowego. Ta dziedzina Przestrzeni Wolności, Bezpieczeństwa i Sprawiedliwości nie potrzebuje zresztą przełomu, lecz kontynuacji (konsolidacji) rozpoczętych prac. Nowy program nie zostanie też przyjęty w przełomowym dla współpracy momencie, jak miało to miejsce w przypadku poprzednich dokumentów. Nie należy jednak nie doceniać zmian, jakie nastąpią wraz z upływem okresu przejściowego. Nowe uprawnienia Trybunału Sprawiedliwości i Komisji w istotny sposób wpłyną na współpracę sądową. Zapewne staną się skutecznymi narzędziami walki z najsłabszą jej stroną, tj. z nieterminowym wdrażaniem przyjętych instrumentów oraz z niskim poziomem procesu implementacji. W nowym okresie rozwoju współpracy należy jednak powrócić do równego rozłożenia akcentów pomiędzy jej dwa filary – wzajemne uznawanie i zbliżenie przepisów państw członkowskich. Zlekceważenie jednego z nich – wzajemnego uznawania w okresie realizacji Programu sztokholmskiego – jest nie tylko sprzeczne z jego założeniami, ale nadto doprowadziło do pominięcia wielu zawartych w nim zaleceń. W związku z tym spora część zadań sformułowanych w tym dokumencie pozostała jedynie na papierze. Wiele z nich nadal jest aktualnych, co nie najlepiej świadczy o organach unijnych. Nic bowiem bardziej nie przekona praktyków do nowego programu niż konsekwencja w jego realizacji. Aby tak się stało, konieczne jest zapewnienie szerokiego udziału wszystkich zainteresowanych stron w opracowaniu założeń strategicznych wytycznych. Praktycy, środowiska naukowe, organizacje pozarządowe muszą mieć zapewnioną możliwość przedstawienia swoich propozycji. Postulaty każdego z tych środowisk muszą też zostać poważnie potrakto-

wane. Tylko dzięki temu opracowywane wytyczne będą rzeczywiście strategiczne.

Perspectives for judicial cooperation in criminal matters in the EU

Abstract

This paper analyses the extent to which tasks within the area of judicial co-operation in criminal matters in the European Union are implemented as set out in the Stockholm Programme. Discussed are successes and failures in the implementation of the Stockholm Programme objectives adopted in 2009. Moreover, goals and tasks are identified that should be included in the new multiannual programme regarding the area of freedom, security and justice, which is currently being prepared. The programme is intended to supersede the Stockholm Programme and set new tasks for the period 2015–2020.

Michał Mistygacz, Małgorzata Szeroczyńska

Regulamin wewnętrznego urzędowania powszechnych jednostek organizacyjnych prokuratury z dnia 11 września 2014 r. – analiza krytyczna wybranych zagadnień¹

Streszczenie

Artykuł w sposób krytyczny omawia regulamin wewnętrznego urzędowania powszechnych jednostek organizacyjnych prokuratury z dnia 11 września 2014 r. Analizuje ten akt pod kątem jego niezgodności z zasadami poprawnej legislacji, jak i niespójności z nowelizacją k.p.k. Wskazuje aspekty, w jakich nie jest on zgodny z k.p.k. i ustawą o prokuraturze. W szczególności omawia ryzyko naruszenia przez niego niezależności prokuratora. Prezentuje również przewidywalne negatywne skutki wprowadzanej zmiany właściwości rzeczowej, przerost nadzoru służbowego oraz brak systemowych rozwiązań dotyczących zapewnienia obecności autora aktu oskarżenia w rozprawach. Autorzy jako praktycy wskazują na wiele aspektów codziennego funkcjonowania prokuratury, których prawodawca w ogóle zdał się nie wziąć pod uwagę. Ogólna ocena regulaminu jest jednoznacznie negatywna.

W dniu 11 września 2014 r. Minister Sprawiedliwości wydał rozporządzenie – Regulamin wewnętrznego urzędowania powszechnych jednostek organizacyjnych prokuratury (regulamin)², którego termin wejścia w życie został określony na dzień 1 stycznia 2015 r. Niestety regulamin ten należy w ocenić negatywnie – zarówno mając na uwadze sposób dokonania zmian ustrojowych z poziomu rozporządzenia, jak i jego treść. Potwierdził to również sam prawodawca – Minister Sprawiedliwości, przygotowując zmiany regulaminu, które zostały ogłoszone w dniu 31 grudnia 2015 r.³ i przesunęły wejście w życie regulaminu na dzień 14 stycznia 2015 r. Nie najlepiej o jakości wprowadzonej regulacji świadczy też projekt kolejnej zmiany regulaminu – projekt rozporządzenia Ministra Sprawiedliwości z dnia 5 marca 2015 r.

¹ Dz. U. poz. 1218 i 1962. Stan prawny na dzień 1 maja 2015 r.

² Dz. U. poz. 1218.

³ Rozporządzenie Ministra Sprawiedliwości z dnia 18 grudnia 2014 r. zmieniające rozporządzenie – Regulamin wewnętrznego urzędowania powszechnych jednostek organizacyjnych prokuratury (Dz. U. poz. 1962).

1. Niedopuszczalność zmian systemowych z poziomu aktu podstawowego

Mając na względzie nowelizację Kodeksu postępowania karnego, która wejdzie w życie z dniem 1 lipca 2015 r.⁴, dla zapewnienia poprawnej i skutecznej realizacji reformy niezbędne są głębokie zmiany w organizacji i sposobie funkcjonowania prokuratury. Z uwagi na konieczność przeprowadzenia zmian o charakterze systemowym należy uznać za niedopuszczalną z punktu widzenia zasad prawidłowej legislacji próbę dostosowania struktury organizacyjnej prokuratury do nowej procedury karnej za pomocą aktu wykonawczego – rozporządzenia wydanego na podstawie ustawy o prokuraturze z dnia 20 czerwca 1985 r.⁵. Samo spowolnienie prac legislacyjnych nad prawem o prokuraturze nie może stanowić usprawiedliwienia dla wprowadzenia rozwiązań prowizorycznych i pozostających w sprzeczności z zasadami poprawnej legislacji.

W pierwszej kolejności należy przypomnieć, że rozporządzenie jest aktem wykonawczym do ustawy wydawanym przez organy władzy wykonawczej na podstawie ustawowego upoważnienia i w celu wykonania ustawy. Nie jest jednak źródłem prawa, które w sposób pierwotny może uregulować określony wycinek stosunków społecznych. Funkcjonalne więzi łączące rozporządzenie z ustawą świadczą o jego służebności. Egzystencja aktów niesamoistnych, a więc również rozporządzeń, w systemie źródeł prawa jest uzależniona od ustaw, które określają również maksymalny zakres regulacji („szerokość”), jaki może być unormowany w aktach podstawowych (niesamoistnych). Łączność ustawy i rozporządzenia przejawia się więc w istnieniu więzi dwojakiego rodzaju: więzi kompetencyjnej (wydawane na podstawie upoważnienia) oraz więzi funkcjonalnej (powiązanie treściowe)⁶. *Iunctio* pomiędzy rozporządzeniem a ustawą tworzy przedmiot regulacji. Wykonawczy charakter rozporządzenia można określić jako przedłużenie regulacji ustawowej, gdyż ta regulacja ma służyć wykonaniu ustawy. Rozporządzenie nie może więc normować spraw, które nie są uprzednio uregulowane przez akt o mocy ustawy. W praktyce rozporządzenie ma uszczegóławiać (konkretyzować, detalizować) normy ustawowe⁷.

⁴ Ustawa z dnia 27 września 2013 r. o zmianie ustawy z dnia 6 czerwca 1997 r. – Kodeks postępowania karnego i niektórych innych ustaw (Dz. U. poz. 1247 ze zm.).

⁵ Tekst jedn. Dz. U. z 2011 r., Nr 270, poz. 1599 ze zm.

⁶ S. Wronkowska, Model rozporządzenia jako aktu wykonawczego do ustaw w świetle konstytucji i praktyki, (w:) Konstytucyjny system źródeł prawa w praktyce, pod red. A. Szmyta, Warszawa 2005, s. 74.

⁷ P. Sarnecki, System źródeł prawa w Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej, Warszawa 2002, s. 47–48.

Na tle art. 92 Konstytucji RP z dnia 2 kwietnia 1997 r.⁸ ustawa, poza określeniem konstytucyjnego organu władnego wydawać akty wykonawcze do ustawy, powinna zawierać szczegółowe upoważnienie (zakres spraw, które mają być regulowane – upoważnienie w sensie przedmiotowym) do wydania rozporządzenia oraz wytyczać treść przyszłych przepisów rozporządzenia. Treść rozporządzenia musi pozostawać w zgodności nie tylko z upoważnieniem ustawowym, ale również z całością ustawodawstwa (wszystkimi aktami wyższego rzędu). Taka konstatacja wynika choćby z orzecznictwa Trybunału Konstytucyjnego, który w wyroku z dnia 6 marca 2004 r. wskazał, iż „warunki, jakim na tle nowej Konstytucji muszą odpowiadać unormowania zawierane w rozporządzeniach, były już wielokrotnie przedmiotem wypowiedzi Trybunału Konstytucyjnego. Wynika z nich m.in., że rozporządzenie nie tylko musi czynić zadość wymaganiom formalnym ustanowionym w art. 92 Konstytucji, ale także – w płaszczyźnie materialnej nie może zawierać unormowań, które stanowią materię ustawową. W świetle obowiązującej ustawy zasadniczej materię taką stanowią m.in. unormowania dotyczące sfery praw i wolności jednostki, a w szczególności – ustanawiające ograniczenia w zakresie korzystania z konstytucyjnych wolności i praw (art. 31 ust. 3), kompetencji organów władzy publicznej”⁹. Tym samym rozporządzenie może jedynie „uszczegółowiać” przepisy ustawy, może dotyczyć „głębokości” regulacji, nie wychodząc poza zakres określony ustawą upoważniającą.

Odnosząc powyższe rozważania do szczegółowych rozwiązań zawartych w omawianym regulaminie, należy jednoznacznie wskazać, że narusza on ową konstytucyjną regułę. Nie można oprzeć się wrażeniu, że Minister Sprawiedliwości na gwałt, szybko, łatwo sobie dostępnym narzędziem prawnym, jakim jest właśnie rozporządzenie, próbuje „załatać” obecny i najwyraźniej również przyszły brak ustawy regulującej organizację i zadania pracy prokuratury zgodnie z nową procedurą karną. O nagłości i niestety bylejakości procesu przyjmowania tego rozporządzenia świadczy choćby fakt, że ogłoszony regulamin jest prawie dwukrotnie dłuższy niż jego projekt z dnia 29 lipca 2014 r., który podlegał konsultacjom międzyresortowym. Tak więc około połowy treści tego aktu nie było z nikim konsultowane, ani przez nikogo, w szczególności przez praktyków, opiniowane. Z punktu widzenia prawa konstytucyjnego takie zastępowanie przez rozporządzenie regulacji ustawowych jest po prostu niedopuszczalne.

Przed wszystkim jednak niedopuszczalne należy ocenić próby ingerencji prawodawcy z poziomu regulaminu w materię ustawową w kwestii niezależ-

⁸ Dz. U. Nr 78, poz. 483 ze zm.

⁹ Wyrok Trybunału Konstytucyjnego z dnia 6 marca 2000 r., sygn. P 10/99, OTK ZU 2001, nr 2, s. 194. Tak również w wyrokach z dnia 19 maja 1998 r., sygn. U 5/97, OTK ZU 1998, nr 4, s. 252 oraz z dnia 11 maja 1999 r., sygn. P 9/98, OTK ZU 1999, nr 4, s. 385.

ności prokuratora. Na szczęście z próby tej prawodawca jeszcze przed wejściem w życie regulaminu się wycofał.

Przykładem takiej ingerencji był m.in. § 16 ust. 1 i 2 regulaminu w pierwotnym brzmieniu. Zgodnie z tym przepisem kierownik jednostki lub zwierzchnik służbowy mógł wyznaczać współreferenta sprawy, zaznaczając, które czynności wymagały wcześniejszej opinii współreferenta. Jednakże, według § 16 ust. 2 zd. 2 regulaminu w pierwotnym brzmieniu, w razie rozbieżności stanowisk między prokuratorem prowadzącym postępowanie a współreferentem sprawę przedstawiałoby się zwierzchnikowi służbowemu lub kierownikowi jednostki. Nie wiadomo jednak, czemu takie przedstawienie sprawy miałoby służyć, gdyż zgodnie z ustawą o prokuraturze zwierzchnik służbowy nie posiada uprawnień do podjęcia wiążącej decyzji rozstrzygającej konflikt między referentami. Odmienne stanowisko, a więc przyjęcie założenia, zgodnie z którym zwierzchnik służbowy posiadałby uprawnienie do wydania polecenia co do treści czynności procesowej, byłoby sprzeczne z kardynalną zasadą niezależności prokuratora i jedną z jej gwarancji określonych w art. 8 ust. 2 ustawy o prokuraturze. Zgodnie z tym przepisem prokurator jest obowiązany wykonywać zarządzenia, wytyczne i polecenia przełożonego prokuratora, które jednak nie mogą dotyczyć treści czynności procesowej. Powyższe uwagi prowadzą do wniosku, że § 16 ust. 1 i 2 regulaminu w jego pierwotnym brzmieniu nie tylko był sprzeczny z ustawową zasadą niezależności prokuratora, ale również wykraczał poza zakres upoważnienia określonego w art. 18 ust. 1 ustawy o prokuraturze.

Obecnie, zgodnie z § 16 ust. 1 regulaminu, w sprawach o obszernym materiale dowodowym, a także zawiłych pod względem faktycznym lub prawnym, albo gdy potrzeba taka wynika z toku prowadzonego postępowania, kierownik jednostki lub zwierzchnik służbowy może wyznaczyć współreferenta sprawy, określając zakres postępowania, którym zajmuje się każdy z referentów, i rozstrzygając ewentualne spory co do tego zakresu, ale z pewnością już nie spory co do czynności postępowania, ani tym bardziej decyzji procesowej. Współreferent: 1) na bieżąco zapoznaje się z wykonywaniem istotnych czynności procesowych w sprawie, w której jest współreferentem; 2) oprócz czynności realizowanych w ramach określonego przez kierownika jednostki lub zwierzchnika służbowego zakresu postępowania, w sprawach niecierpiących zwłoki, w przypadku przedłużającej się nieobecności prokuratora prowadzącego sprawę, przeprowadza w jego zastępstwie czynności (§ 16 ust. 2 regulaminu), tak więc jego rola została określona jako służebna wobec referenta, który ma głos decydujący, jeśli chodzi o prowadzenie sprawy i jej zakończenie.

Podobnie pozytywnie należy ocenić zaniechanie wprowadzenia, wykraczającej poza zakres ustawowego upoważnienia i naruszającej zasadę niezależności prokuratora, instytucji *quasi*-aprobaty decyzji procesowych

i wniosków prokuratora. Otóż, zgodnie z projektowanym § 20 ust. 1 regulaminu w wersji z dnia 29 lipca 2014 r., w postępowaniu karnym i karnoskarbowym w sprawach dotyczących zbrodni i czynów opisanych w rozdziałach XIX, XX i XXV kodeksu karnego oraz w sprawach, których przedmiotem czynu zabronionego jest mienie znacznej wartości, prokurator prowadzący sprawę miał przedstawiać zwierzchnikowi służbowemu, w celu zapoznania się, projekty: 1) aktu oskarżenia; 2) wniosku o zastosowanie środka zapobiegawczego; 3) postanowienia o umorzeniu śledztwa; 4) wniosku o umorzenie śledztwa i zastosowanie środków zabezpieczających; 5) skargi kasacyjnej oraz 6) nadzwyczajnych środków zaskarżenia. Także w tym wypadku trudno zrozumieć, czemu ta instytucja miała służyć. Jeśli miało to być akceptowanie przez przełożonego przedkładanych projektów jako warunek ich wejścia w życie, to jednoznacznie należało stwierdzić, że taka regulacja była niedopuszczalna, gdyż pozostawała w całkowitej sprzeczności z zasadą niezależności prokuratora określoną w ustawie i sprowadzała prokuratora (także prokuratury apelacyjnej i okręgowej) do roli asesora podlegającego, zgodnie z art. 99 ust. 1a ustawy o prokuraturze, aprobacie. Jeśli jednak miało to być faktycznie jedynie – jak *expressis verbis* mówił projekt – „w celu zapoznania się”, to tym bardziej sens takiej regulacji był niezrozumiały. Przepis ten nie dawał bowiem przełożonemu faktycznie żadnej mocy sprawczej nad czynnościami prokuratora, bo w przypadku, gdy przełożony nie zgadzał się z projektem danego postanowienia albo wniosku sporządzonym przez podległego mu prokuratora, mógłby jedynie przejąć sprawę do własnego prowadzenia, co z pewnością przy zakładanych przez projekt (oraz ogłoszony regulamin) olbrzymich prokuraturach okręgowych i apelacyjnych byłoby po prostu niewykonalne. Co więcej, z pewnością instytucja ta przedłużałaby postępowanie, gdyż wymagałaby od prokuratora zawsze spotkania z przełożonym, co przy jednostkach z wpływem kilkuset spraw miesięcznie, byłoby wręcz niewykonalne, bo przełożeni po wykonaniu swoich bieżących innych obowiązków po prostu nie mieliby czasu zapoznawać się z taką liczbą projektów, a nawet jeśli formalnie mogliby to czynić, to jakoś ich zapoznania się byłaby praktycznie iluzoryczna.

Na marginesie należy w tym miejscu wytknąć projektodawcy elementarny brak wiedzy, próżno bowiem szukać w ustawie z dnia 10 września 1999 r. – Kodeks karny skarbowy¹⁰ zbrodni, nadto kasacja, bo takim pojęciem posługuje się Kodeks postępowania karnego (rozdział 55), a nie skarga kasacyjna, jest jednym z nadzwyczajnych środków zaskarżenia w procesie karnym. Na szczęście większość tego typu błędów, które zawierał projekt, została usunięta na dalszym etapie prawodawczym i regulamin ich już nie powtarza, choć prawodawca nie uniknął innych lapsusów językowych. Przykładowo:

¹⁰ Tekst jedn. Dz. U. z 2013 r., poz. 186 ze zm.

§ 96 ust. 2 zd. 1 regulaminu nakazuje doręczenie podejrzanemu postanowienia o zabezpieczeniu majątkowym przesyłką poleconą za zwrotnym potwierdzeniem odbioru, podczas gdy zdanie 2 tego samego paragrafu wskazuje na obowiązek doręczenia osobiście podczas przesłuchania lub za pośrednictwem administracji aresztu śledczego w przypadku podejrzanego pozbawionego wolności oraz za pośrednictwem organu egzekucyjnego w przypadku podejrzanego przebywającego na wolności. Pomijając już nawet sprzeczność pomiędzy wskazanymi w obu zdaniach sposobami doręczeń (nie można bowiem przyjąć, że regulamin nakazuje dokonać doręczenia dwutorowo, bo wtedy niemożliwe byłoby obliczenie terminu do wniesienia zażalenia), wskazać należy na zbędność tego przepisu. Postanowienie o zabezpieczeniu majątkowym, jak każde postanowienie zaskarżalne, musi być doręczone za potwierdzeniem odbioru, co wynika wprost z k.p.k. Tak więc, czy doręczenie dokonywane jest osobiście, czy też przesyłką pocztową (w przypadku osoby pozbawionej wolności i tak zawsze przekazywanej za pośrednictwem administracji aresztu śledczego), nie ma większego znaczenia i fakt przebywania podejrzanego na wolności nie powinien mu odebrać uprawnienia odebrania postanowienia osobiście przy przesłuchaniu.

2. Nieadekwatność propozycji rozporządzenia do nowelizacji Kodeksu postępowania karnego

Brak zmiany ustawy o prokuraturze powoduje, iż obowiązujące rozporządzenie – które musi być zgodne z obowiązującą obecnie ustawą – nie wprowadza faktycznie żadnych zmian w organizacji prokuratury i jedynie drobne zmiany w funkcjonowaniu jednostek poszczególnych stopni. Nie zapewni to żadną miarą możliwości prawidłowego i skutecznego wykonywania przez prokuratorów swoich zadań zgodnie ze znowelizowanymi przepisami k.p.k., tym bardziej, że mimo obecności takich stwierdzeń w uzasadnieniu projektu tego rozporządzenia z dnia 29 lipca 2014 r., wprowadzone w regulaminie z dnia 11 września 2014 r. rozwiązania w dużej części nie są kompatybilne z nowym k.p.k., w szczególności wobec zmian tego regulaminu z dnia 18 grudnia 2014 r. Należy bowiem stwierdzić, że bez zmiany ustawy o prokuraturze, która wprowadziłaby głębokie zmiany w organizacji prokuratury, sama nowelizacja rozporządzenia nie rozwiąże problemów praktycznych wynikających z nowelizacji k.p.k.

Należy jednoznacznie stwierdzić, iż regulamin nie dostosowuje roli i zadań prokuratora do kontradyktoryjnego procesu. Co prawda, w § 18 ust. 2 pkt. 1 regulaminu wskazuje się jako podstawową czynność prokuratora wykonywanie przez niego czynności przed sądem, jednakże już w § 8 pkt 1, § 9 punkty 1 i 2 i § 10 punkty 1 i 2 jako pierwsze zadanie prokuratur rejon-

wych, okręgowych i apelacyjnych określa się prowadzenie i nadzorowanie postępowań przygotowawczych. Także sama konstrukcja rozporządzenia pokazuje, iż zadania przed sądem nie są traktowane priorytetowo – omówione są one po postępowaniu przygotowawczym, a nawet po zagadnieniach współpracy międzynarodowej i poświęca się im tylko sześć paragrafów (łącznie na postępowanie przed sądem I i II instancji), podczas gdy samemu postępowaniu przygotowawczemu, w którym z założenia nowela k.p.k. miała zmniejszyć udział prokuratora na rzecz Policji, oraz stosowanemu w czasie jego trwania środkom przymusu, poświęconych jest ponad siedemdziesiąt paragrafów, a współpracy zagranicznej prawie pięćdziesiąt. Taki plan regulaminu i proporcje w zakresie regulacji stanowią kalkę z obecnie obowiązujących przepisów i wyraźnie świadczą o braku zmiany priorytetów w zadaniach prokuratora.

Sprzeczność z k.p.k. widać choćby w § 67 ust. 2 regulaminu, zgodnie z którym prokurator obecny na miejscu zdarzenia podejmuje decyzję o wszczęciu śledztwa lub dochodzenia, podczas gdy art. 325a § 1 k.p.k. w brzmieniu obowiązującym od 1 lipca 2015 r. wskazuje, że dochodzenie wszczyna Policja, a prokurator jedynie wtedy, jeśli ze względu na wagę lub złożoność sprawy postanowi o prowadzeniu dochodzenia własnego.

Do ambarasującego wniosku prowadzi również spostrzeżenie, jakich elementów brakuje w regulaminie. Chodzi o brak regulacji dotyczącej zakończenia postępowania w postaci skargi publicznej – aktu oskarżenia, wniosku o warunkowe umorzenie postępowania oraz wniosku o umorzenie postępowania i zastosowanie środków zabezpieczających (zresztą początkowo także kwestie zakończenia postępowania w postaci umorzenia śledztwa i dochodzenia zawarte w § 105a–105c zostały pominięte i uregulowała je dopiero nowelizacja do regulaminu ogłoszona w dniu 31 grudnia 2014 r.¹¹).

Najbardziej oburza pominięcie w regulaminie fazy przygotowania aktu oskarżenia. Biorąc pod uwagę, że jest to najbardziej zmieniona część k.p.k., każdy prokurator i pracownik sekretariatu oczekiwałby, że szczegóły – także te techniczne – sporządzania aktu oskarżenia według nowych wymogów znajdą się właśnie w regulaminie. Nic bardziej błędnego. Prawodawca pozwala prokuratorom iść tutaj na żywioł i uczyć się na błędach, nie dając im żadnej wskazówki. Ten brak niesie jednak za sobą ryzyko ukształtowania się odmiennych praktyk sporządzania aktów oskarżenia w różnych regionach Polski i osobistych interpretacji prokuratorów oraz sądów, jak taki akt (w tym szczegółowość tezy dowodowej) ma wyglądać. Z kolei odmienne praktyki będą prowadzić do nierówności w traktowaniu stron procesu w zależności od miejsca, gdzie będzie sporządzany taki akt i gdzie proces będzie się toczył. To oczywiście jest całkowicie niedopuszczalne, co prowadzi do wnio-

¹¹ Dz. U. poz. 1962.

sku, że brak regulaminowych powszechnych reguł sporządzania aktu oskarżenia narusza kodeksowe i konstytucyjne prawa uczestników procesu karnego. Zgodnie z art. 333 § 1 k.p.k. po nowelizacji, akt oskarżenia będzie musiał zawierać nie tylko, jak obecnie listę osób, których wezwania oskarżyciel żąda i wykaz innych dowodów, których przeprowadzenia na rozprawie głównej domaga się oskarżyciel, ale także zawierać wykaz dowodów, o których przeprowadzenie podczas rozprawy głównej oskarżyciel wnosi, wraz z określeniem dla każdego dowodu, jakie okoliczności mają być udowodnione, a w razie potrzeby także wraz ze wskazaniem sposobu i kolejności przeprowadzenia dowodów. Wykaz powinien być usystematyzowany według rodzajów czynności dowodowych, w szczególności zawierać odrębne listy: 1) osób, których wezwania na rozprawę oskarżyciel żąda, 2) dokumentów, których odczytania, odtworzenia bądź ujawnienia domaga się oskarżyciel, 3) dowodów rzeczowych, podlegających oględzinom. Regulamin pomija milczeniem również kwestię materiałów postępowania przygotowawczego przekazywanych do sądu wraz z aktem oskarżenia. Obejmą one: 1) postanowienia i zarządzenia dotyczące tych osób wydane w toku postępowania, 2) protokoły z czynności dowodowych i załączniki do nich przewidziane przez ustawę, 3) opinie oraz dokumenty urzędowe i prywatne uzyskane lub złożone do akt sprawy, 4) informację z systemu teleinformatycznego ministra właściwego do spraw finansów publicznych, dotyczącą stosunków majątkowych i źródeł dochodu oskarżonego, w tym prowadzonych i zakończonych postępowań podatkowych. Protokoły przesłuchania świadków, których wezwania na rozprawę zażądał oskarżyciel będą przekazywane sądowi w wyodrębnionym zbiorze dokumentów (art. 334 § 3 k.p.k.). Strony będą mogły zażądać dołączenia do aktu oskarżenia również innych, wskazanych w żądaniu zgłoszonym w terminie 3 dni od dnia zapoznania się z materiałami postępowania, materiałów postępowania przygotowawczego¹². Regulamin pomija całkowitym milczeniem kwestię retencji i charakteru materiałów, które nie będą przekazywane do sądu. Niedopuszczalne konstytucyjnie jest bowiem pozostawienie regulacji przedmiotowych kwestii – jak wskazano powyżej, bardzo istotnych z punktu widzenia praw procesowych stron – zarządzeniu Prokuratora Generalnego w sprawie organizacji i zakresu działania sekretariatów oraz innych działów administracji w powszechnych jednostkach organizacyjnych prokuratury (które *nota bene*, według projektu z dnia 2 kwietnia 2015 r., nie precyzuje wyglądu aktu oskarżenia, a jedynie zawartość poszczególnych zbiorów w aktach sprawy, i tak większość tych kwestii pozostawiając zarządzeniom prokuratora, a więc jego swobodnym decyzjom

¹² Zob. M. Mistygacz, Rola prokuratora w procesie karnym w świetle nowelizacji Kodeksu postępowania karnego – zagadnienia wybrane, (w:) M. Kolendowska-Matejczuk, K. Szwarz (red.), Prawo do obrony w postępowaniu penalnym. Wybrane aspekty, Warszawa 2014, s. 107.

w poszczególnych sprawach). Zarządzenie bowiem, jako akt wewnętrzny administracji publicznej, wiąże wyłącznie poszczególne organy, ale już nie obywateli, i nie może swoim zakresem dotyczyć materii praw i obowiązków człowieka, a z pewnością sporządzanie aktu oskarżenia i prowadzenie akt postępowania przygotowawczego z tą materią się zasadniczo wiąże, choćby poprzez utrudnienie zrozumienia akt sprawy w czasie zapoznania się z nimi.

Na marginesie należy wspomnieć o potrzebie dalszych zmian regulaminu, wynikających z konieczności dostosowania go do ustaw z dnia 28 listopada 2014 r.¹³ i z dnia 20 lutego 2015 r.¹⁴, choćby poprzez określenie zasad odstępowania od anonimizacji danych świadka, wprowadzenie do przepisów o obrocie zagranicznym regulacji związanych z europejskim nakazem ochrony, czy poprzez usunięcie odwołania do powództwa cywilnego (np. z § 108 ust. 3 regulaminu), zlikwidowanego tą ostatnią ustawą.

Jeśli chodzi o postępowanie sądowe, to nowelizacja regulaminu przywróciła w zasadzie stare rozwiązania. Pierwotne brzmienie § 171 ust. 1 regulaminu wprowadzało zasadę, zgodnie z którą w postępowaniu przed sądem II instancji powinien być wyznaczony prokurator, który występował przed sądem I instancji. Było to rozwiązanie jak najbardziej zasługujące na pozytywną ocenę. Nie ma żadnej potrzeby, by w prokuraturach wyższego rzędu (okręgowych i apelacyjnych) istniały wydziały sądowe obsadzające tylko sprawy odwoławcze, w których pracujący prokuratorzy nie znają akt, nie byli obecni na żadnym etapie postępowania i muszą się specjalnie przygotowywać w celu udziału w rozprawie odwoławczej. Obecne brzmienie § 171 regulaminu po nowelizacji wprowadza zasadę, zgodnie z którą do udziału przed sądem odwoławczym wyznaczany jest prokurator prokuratury odpowiadającej strukturze sądu. Jedynie na podstawie decyzji prokuratora okręgowego na wniosek prokuratora rejonowego wyznacza się prokuratora, który był wyznaczony do udziału w postępowaniu przed sądem I instancji. Analogiczną decyzję podejmuje prokurator apelacyjny na wniosek odpowiednio prokuratora okręgowego albo prokuratora rejonowego.

Samemu postępowaniu przed sądem I instancji regulamin poświęca jedynie trzy paragrafy. Pozostawia obecne rozwiązanie wskazujące, że do udziału w postępowaniu przed sądem I instancji powinien być wyznaczony prokurator, który w danej sprawie prowadził postępowanie przygotowawcze lub był jej współreferentem, nadzorował postępowanie przygotowawcze albo sporządził akt oskarżenia (§ 166 ust. 1). Jest to zgodne z założeniem procesu kontradyktoryjnego. Autorzy nowelizacji, jak również autorzy nowelizacji k.p.k., zdają się jednak zapominać, że jest to obecnie przepis martwy, przynajmniej na poziomie prokuratur rejonowych – poza poważnymi sprawami

¹³ Ustawa o ochronie i pomocy dla pokrzywdzonego i świadka, Dz. U. z 2015 r., poz. 21.

¹⁴ Ustawa o zmianie ustawy – Kodeks karny oraz niektórych innych ustaw, Dz. U. poz. 396.

przed sądem okręgowym. Ułożenie bowiem sesji w taki sposób, by prokurator mógł chodzić na sprawy, w których skierował akt oskarżenia, jest nierealne, przy czym nie chodzi tu tylko o przypadki losowe czy urlopy prokuratora referenta, jest to problem systemowy. Przykładowo: w Prokuraturze Rejonowej Warszawa-Śródmieście w Warszawie 20 faktycznie obecnych w pracy prokuratorów obsługuje wokandy u 18 sędziów w sądach rejonowych oraz sąd okręgowy. Daje to łącznie miesięcznie od 100 do 120 wokand, przy czym z reguły każda wokanda składa się z kilku spraw. Prokuratura Rejonowa Warszawa-Śródmieście w Warszawie należy do prokuratur rejonowych o najniższej efektywności, ale i tak kieruje średnio miesięcznie ponad 50 aktów oskarżenia (Prokuratura Rejonowa Warszawa-Mokotów w Warszawie, kieruje miesięcznie ok. 200 aktów oskarżenia, dysponując jedynie dwa razy większą liczbą prokuratorów do ich obsadzenia w sądzie). Pomijając nawet fakt, że sprawy, w których postępowanie przygotowawcze prowadziła Prokuratura Rejonowa Warszawa-Śródmieście w Warszawie dość często rozpatrywane są przez inne sądy niż Sąd Rejonowy dla Warszawy-Śródmieścia w Warszawie, w tym sądy pozawarszawskie (a sąd śródmiejski orzeka w bardzo wielu sprawach prowadzonych przez inne prokuratury), co wynika z odmiennych rozstrzygnięć o właściwości miejscowej dokonywanych przez nadrzędne jednostki prokuratury w porównaniu z oceną tej właściwości dokonywaną przez sądy, stwierdzić należy, że ułożenie wokand sądowych tak, by w danej godzinie nie pokrywały się w żadnym sądzie rozprawy z aktu oskarżenia jednego prokuratora, jest po prostu niewykonalne. Możliwe byłoby to tylko wtedy, gdyby jeden prokurator był przypisany do jednego sędziego – ten ostatni sądził tylko akty oskarżenia autorstwa „swojego” prokuratora. To byłoby jednak całkowicie sprzeczne z zasadą obiektywizmu i mogło kształtować w społeczeństwie przekonanie o ścisłej współpracy oskarżyciela publicznego i sądu, a więc podważało opinię o niezawisłości sędziów, co jest niedopuszczalne.

Tak więc nieuchronne będzie – jak to jest obecnie – wyznaczanie prokuratorów do udziału na etapie postępowania sądowego w sprawach, których nie prowadzili. Obecnie regulamin taką możliwość przewiduje, wskazując, że jest to dopuszczalne w uzasadnionych przypadkach. Ewidentnie regulacja § 166 ust. 1 zd. 2 regulaminu ma stanowić wyjątek, a w praktyce będzie regulą z powodów wskazanych powyżej. Uzasadnione przypadki stanowi pojęcie należące do kategorii pojęć nieostrych. Zatem uzasadnionym przypadkiem będzie każdy problem organizacyjno-kadrowy. Taka konstrukcja legislacyjna, która z założenia będzie wypaczana, nie powinna w ogóle być wprowadzana.

Powyższy problem ma zlikwidować zmiana regulaminu zaproponowana w projekcie z dnia 5 marca 2015 r., który wprowadza instytucję dni wokandowych prokuratora. Otóż, zgodnie z projektowanym § 22a ust. 1 regulami-

nu, prokurator rejonowy, uwzględniając plan sesji właściwego sądu rejonowego, ma ustalić dla podległych prokuratorów stały rozkład dni, w których referenci sądowi sprawy będą brali udział w rozprawie (posiedzeniu) przed tym sądem (dni wokandowe prokuratorów). Rozkład dni wokandowych prokuratorów, po jego ustaleniu i każdej aktualizacji, prokurator rejonowy będzie przekazywać niezwłocznie prezesowi właściwego sądu rejonowego (projektowany art. 22 ust. 2 regulaminu). Znając stały rozkład dni wokandowych prokuratorów, sędziowie powinni tak ułożyć wokandy, by umożliwić prokuratorowi udział w rozprawach w sprawach, w których wniósł akt oskarżenia. Czyli jeden sędzia powinien wyznaczyć na wokandzie danego dnia tylko sprawy z aktów oskarżenia jednego prokuratora, a pozostali sędziowie z tego sądu powinni tego samego dnia nie wyznaczać spraw z aktów oskarżenia tego prokuratora. Założenie tej nowelizacji jest bardzo szlachetne, ale w praktyce przy dużych sądach i prokuraturach zupełnie nierealne, a wręcz niesprawiedliwe. Pomijając już nawet wspomniane wcześniej wypadki życiowe (zwolnienia i urlopy, odejście z danej prokuratury itp.) oraz przypadki kierowania aktów oskarżenia do innych sądów niż własny sąd rejonowy (sądzienia przez ten sąd spraw z innych prokuratur), trzeba mieć świadomość, że istnieją w Polsce sądy rejonowe, w których pracuje więcej sędziów niż prokuratorów w prokuraturze tego rejonu (przykładem może być obecnie choćby Prokuratura Rejonowa Warszawa-Wola w Warszawie i Sąd Rejonowy dla Warszawy-Woli w Warszawie). Ponadto oczywiste jest, że prokuratorzy z jednej prokuratury kierują różną liczbę aktów oskarżenia, co wynika najczęściej ze specyfiki działu, na którym pracują. Ci prokuratorzy, którzy są autorami dużej liczby aktów oskarżenia i którzy mają „pecha”, bo nie udało im się skierować wielu wniosków w trybie art. 335 k.p.k. lub sądy w ich sprawach nie wydały dużej liczby wyroków nakazowych, zostaliby „ukarani”, gdyż ich obciążenie w sądzie byłoby większe niż prokuratorów, którzy tych aktów oskarżenia wysyłają mniej (np. pracujących na działach śledczych), częściej stosują tryb konsensualny (czyli np. są łagodniejsi) albo prowadzą sprawy mniejszej wagi (pozwalające na wydanie wyroku nakazowego). Ta sama zależność będzie też wiązała się ze stażem pracy w danej jednostce – prokurator dłużej pracujący będzie musiał wziąć udział w większej liczbie rozpraw niż np. asesor, bo także w sprawach, w których skierował akt oskarżenia przed laty (często tylu, że zdążył o sprawie całkowicie zapomnieć), ale wyrok w nich jeszcze nie zapadł albo został (czasami nawet kilkakrotnie) uchylony. Przy czym trzeba pamiętać, że większe obciążenie w sądzie nie przełoży się na zmniejszenie obciążenia pracą w prokuraturze w ramach prowadzonych lub nadzorowanych postępowań przygotowawczych czy też różnorakiego rodzaju dyżurów. Można się obawiać, że takie rozwiązanie będzie demotywoowało prokuratorów do kierowania dużej liczby aktów oskarżenia.

Projekt wprowadza ponadto instytucję referenta sądowego sprawy (projektowany § 108 ust. 4 regulaminu), a więc z założenia nie będzie musiał to być autor aktu oskarżenia, ale prokurator stale uczestniczący w rozprawach w danej sprawie. O niemożności uczestniczenia przez referenta sądowego w rozprawie prokurator rejonowy będzie zobowiązany poinformować sąd. Stąd rodzi się pytanie, na które projekt zmiany regulaminu nie odpowiada, czy zatem wyznaczenie przez sąd terminu rozprawy poza dniem wokandy prokuratora, kolizji terminów, a w szczególności niemożności jego uczestniczenia w rozprawie z przyczyn życiowych będzie uzasadniało kierowanie do sądu wniosków o zarządzenie przerwy bądź odroczenie rozprawy. Trudno sobie przykładowo wyobrazić sytuację, że sąd odroczy rozprawę z powodu przedłużającej się choroby prokuratora albo ją zawiesi na okres urlopu macierzyńskiego autora aktu oskarżenia, które to urlopy przy sfeminizowaniu prokuratur rejonowych są dość częste. Należy mieć co do tego wątpliwość, mając w szczególności na względzie, że nie ulega zmianie ustawowa zasada jedności prokuratury, tym bardziej, że sąd musi z urzędu dbać o zachowanie zasady koncentracji materiału procesowego, a więc zapewnić, by postępowanie sądowe stanowiło zwarty tok czynności bez zbędnych przerw i nieuzasadnionych zahamowań¹⁵.

Wracając do wątku głównego, podkreślić trzeba, iż aby prokurator mógł być zaznajomiony ze sprawą, należy stworzyć ku temu warunki – czyli przy zwiększeniu obciążenia na etapie postępowania sądowego zmniejszyć ilość pozostałych obowiązków. Regulamin jednak nie stwarza takich możliwości. Pozostawia obowiązek pełnego nadzoru nad dochodzeniami w formie poleceń i wytycznych, w tym także kontroli planu śledztwa i dochodzenia. Ponadto zwiększa udział prokuratorów prokuratur rejonowych w postępowaniach cywilnych, rozszerzając ich kompetencje na sprawy we właściwości sądów okręgowych. Pozostaje więc pytanie – jeśli więc prokurator nie będzie miał mniej zadań w postępowaniu przygotowawczym oraz w ramach innych swoich zadań, to kiedy ma się realnie przygotowywać do udziału w postępowaniu sądowym.

Regulamin zdaje się odpowiadać na to pytanie, zmieniając kompetencje rzeczowe poszczególnych prokuratur w zakresie prowadzenia postępowań przygotowawczych. Jest to jednak jedynie odpowiedź pozorna. Co spowoduje bowiem zmiana właściwości rzeczowej zgodnie z § 9 ust. 1 pkt 1 i § 10 ust. 1 pkt 1 regulaminu? Otóż, jedynie nieznaczna część postępowań przechodzi z poziomu prokuratur rejonowych na poziom prokuratur okręgowych albo apelacyjnych (w prokuraturach warszawskich jest to poniżej 10%, przy czym w większości chodzi o proste postępowania z zakresu fałszowania pieniędzy czy naruszenia praw autorskich). Zgodnie z § 9 ust. 1 pkt 1 regu-

¹⁵ Por. J. Tyłman, T. Grzegorzczak, *Polskie postępowanie karne*, Warszawa 2009, s. 158.

laminu właściwość rzeczowa prokuratur okręgowych obejmuje: prowadzenie i nadzorowanie postępowań przygotowawczych w sprawach o poważne przestępstwa kryminalne i gospodarcze, w tym: a) przestępstwa przeciwko obrotowi gospodarczemu, jeżeli przestępstwa dopuszczono się względem mienia o znacznej wartości; b) przestępstwa z art. 189a k.k.¹⁶, art. 252 § 1 i 2 k.k., a także z art. 286 § 1 k.k. i art. 287 § 1 k.k. w zw. z art. 294 § 1 k.k., jeżeli przestępstwa dopuszczono się względem mienia o wielkiej wartości oraz art. 310 § 1 k.k.; c) przestępstwa z art. 171 ustawy z dnia 29 sierpnia 1997 r. – Prawo bankowe¹⁷, przestępstwa z art. 56a i 57–60 ustawy z dnia 26 października 2000 r. o giełdach towarowych¹⁸, przestępstwa z art. 43 i 44 ustawy z dnia 26 stycznia 1984 r. – Prawo prasowe¹⁹, przestępstwa określone w art. 115–119 ustawy z dnia 4 lutego 1994 r. o prawie autorskim i prawach pokrewnych²⁰ oraz przestępstwa z art. 303–305 ustawy z dnia 30 czerwca 2000 r. – Prawo własności przemysłowej²¹. Natomiast właściwość rzeczowa prokuratur apelacyjnych obejmuje obecnie prowadzenie i nadzorowanie postępowań przygotowawczych w sprawach: a) o charakterze terrorystycznym; b) dotyczących zorganizowanej przestępczości mającej na celu popełnianie poważnych przestępstw kryminalnych, gospodarczych lub skarbowych; c) o poważne przestępstwa korupcyjne; d) o przestępstwa przeciwko obrotowi gospodarczemu, jeżeli przestępstwa dopuszczono się względem mienia o wielkiej wartości (§ 10 pkt. 1 regulaminu). Już w tej chwili obserwuje się zresztą działania prokuratur wyższego rzędu, które bronią się przed wpływem spraw z prokuratur rejonowych poprzez sugerowanie, że dane czyny nie wyczerpują znamion przestępstw, które należą do ich właściwości rzeczowej (np. wskazywanie, że podszywanie się pod właściciela nieruchomości i sprzedaż tej nieruchomości bez wiedzy tego ostatniego nie stanowi przestępstwa oszustwa, ale przywłaszczenie prawa majątkowego, bo art. 284 k.k. nawet odnośnie do mienia wielkiej wartości pozostał we właściwości prokuratury rejonowej, albo że pobranie pieniędzy z konta na podstawie danych skopiowanych z karty bankomatowej nie świadczy o sfalszowaniu tej karty, a jedynie ewentualnie o przygotowaniu do takiego sfalszowania – czyli stanowi przestępstwo z art. 310 § 4 k.k., a nie z należącego do właściwości prokuratury okręgowej art. 310 § 1 k.k.).

Przeniesienie kompetencji rzeczowych do prokuratur wyższego rzędu z natury rzeczy musi być połączone z delegacjami, co stwarza poważne problemy logistyczne i finansowe. Pada pytanie, gdzie tych prokuratorów

¹⁶ Ustawa z dnia 6 czerwca 1997 r. – Kodeks karny, Dz. U. Nr 88, poz. 553 ze zm.

¹⁷ Dz. U. z 2012 r., poz. 1376 ze zm.

¹⁸ Dz. U. z 2014 r., poz. 197.

¹⁹ Dz. U. Nr 5, poz. 24 ze zm.

²⁰ Dz. U. z 2006 r., Nr 90, poz. 631 ze zm.

²¹ Dz. U. z 2013 r., poz. 1410.

fizycznie umiejscowić i kto ma im zapewnić obsługę administracyjną. Pomijając już fakt, że mają oni prawo do dodatku, to poza większymi miejscowościami ponoszone będą musiały być również koszty dojazdów, a nawet zakwaterowania delegatów. Może się pojawić również problem, że prokuratorzy z prokuratur rejonowych, szczególnie znacznie oddalonych od miasta będącego siedzibą prokuratury okręgowej, nie będą chcieli być delegowani, co przy zasadach długości delegacji bez zgody może prowadzić do ciągłej rotacji prokuratorów delegowanych, a tym samym odbijać się na jakości i długości prowadzonych postępowań, z którymi coraz to nowy referent będzie się musiał za każdym razem od początku zaznajamiać. Pamiętać przy tym należy, że dla prokuratury rejonowej każda delegacja to utrata prokuratora, którego zadania muszą być rozłożone na pozostających w jednostce prokuratorów, a tym samym prowadzić do ich dalszego przeciążania pracą, zwiększania ilości dni sesyjnych i uniemożliwiania w praktyce prawidłowego przygotowania się do sesji.

Autorzy regulaminu zdają się nie dostrzegać tego problemu, najwyraźniej uważając, iż nie będzie potrzeby takich delegacji, gdyż wszyscy prokuratorzy (pomijając kierowników jednostek powyżej 10 prokuratorów oraz ewentualnego zmniejszenia obciążenia dla innych prokuratorów funkcyjnych; na marginesie warto wspomnieć, że regulamin nie wskazuje, jak dalece obciążenie może być zmniejszone, a więc ujmując rzecz anegdotycznie: czy jedna sesja w roku już wyczerpuje obowiązek z § 18 ust. 2?) – także w prokuraturach okręgowych i apelacyjnych – prowadzą obecnie postępowania. Założenie to jest błędne. Po pierwsze, zgodnie z § 18 ust. 2 regulaminu, każdy prokurator jest zobowiązany do stałego wykonywania przez prokuratora przynajmniej jednego z zadań, które obejmują: 1) wykonywanie czynności oskarżyciela publicznego przed sądami; 2) nadzorowanie lub prowadzenie postępowania przygotowawczego w sprawach karnych; 3) wytaczanie powództw oraz składanie wniosków oraz udział w postępowaniu sądowym w sprawach cywilnych; 4) udział w postępowaniu administracyjnym oraz zaskarżanie do sądu niezgodnych z prawem decyzji administracyjnych i udział w postępowaniu sądowym w sprawach zgodności z prawem tych decyzji; 5) inicjowanie kontroli zgodności z prawem uchwał i zarządzeń organów jednostek samorządu terytorialnego oraz rozporządzeń porządkowych wojewody. Z obowiązku tego zwolnieni są prokuratorzy wykonujący czynności w Prokuraturze Generalnej, prokuratorzy delegowani do Ministerstwa Sprawiedliwości lub innej jednostki organizacyjnej podległej Ministrowi Sprawiedliwości lub przez niego nadzorowanej, prokuratorzy delegowani do pełnienia obowiązków lub pełnienia określonej funkcji poza granicami państwa, prokuratorzy Głównej Komisji Ścigania Zbrodni przeciwko Narodowi Polskiemu oraz prokuratorzy kierujący jednostkami o obsadzie kadrowej powyżej dziesięciu prokuratorów. W przypadku prokuratorów pełniących funkcje

dopuszczalne jest zmniejszenie obciążenia obowiązków służbowych w zakresie realizacji zadań w zakresie koniecznym do prawidłowego pełnienia funkcji. Tak więc z założenia nałożenie dodatkowego obowiązku prowadzenia lub nadzorowania postępowań przygotowawczych może dotyczyć jedynie obecnych wydziałów organizacyjnych, wizytacyjnych i nadzorczych (a np. już nie wydziałów sądowych, bo pracujący w nich prokuratorzy wypełniają jedno – z założenia procesu kontradiktoryjnego najważniejsze – zadanie prokuratora). Oczywiście także ci prokuratorzy nie będą musieli prowadzić postępowań przygotowawczych, bo wystarczy, by uczestniczyli w postępowaniu sądowym. Poza tym, należy mieć świadomość, że nakładanie dodatkowych obowiązków jest dopuszczalne, jeśli dotychczasowe obowiązki są zmniejszane lub wręcz likwidowane. Regulamin jednak żadnego zmniejszenia obowiązków nie zakłada. Nie zmniejsza się znaczenia nadzoru zewnętrznego, a zadania wizytacji i lustracji wydają się jeszcze bardziej rozbudowane niż obecnie. Nakładanie na prokuratorów z tych wydziałów dodatkowej pracy doprowadzi z czasem do ich przeciążenia, a więc w efekcie nie sie ryzyko tego, że żadnego zadania nie będą wykonywać dobrze albo będą je wykonywać nawet ze znacznym opóźnieniem. Nie można na żadnego pracownika nakładać bez końca obowiązków, gdyż jest to sprzeczne z higieną i bezpieczeństwem pracy, a więc zasadami konstytucyjnymi. Fakt, że prokurator pracuje wymiarem obowiązków, nie oznacza, iż pracuje przez 24 godziny na dobę 7 dni w tygodniu.

Na marginesie należy wyraźnie podkreślić, że brak jakichkolwiek argumentów merytorycznych do przeniesienia do prokuratur okręgowych i apelacyjnych właśnie wskazanych w regulaminie rodzajów spraw. Trudno bowiem uznać, że chodzi w tym wypadku o sprawy trudne, do prowadzenia których prokuratorzy prokuratur rejonowych nie są wystarczająco przygotowani albo prowadzenie których wymaga dużej ilości czasu. Zresztą taka interpretacja byłaby nie tylko obraźliwa dla większości prokuratorów w Polsce, ale wręcz uniemożliwiałaby ich delegowanie do prokuratur wyższego rzędu – jako „niewystarczająco przygotowanych” w oczach prawodawcy do prowadzenia tych „poważnych” spraw. Co prawda, pozytywnie należy ocenić zmianę, której dokonał prawodawca w porównaniu z projektem z dnia 29 lipca 2014 r., zgodnie z którym we właściwości prokuratur okręgowych miały się znaleźć wszystkie przestępstwa oszustwa niezależnie od wartości szkody, a więc nawet te o przysłówowe 5 złotych. Nie można jednak się zgodzić z założeniem, że sprawy z ustawy o ochronie prawa autorskiego i praw pokrewnych czy prawa własności przemysłowej są sprawami skomplikowanymi, a mając na uwadze liczbę zawiadomień odnośnie do takich czynów – w szczególności, jeśli chodzi o czyny popełniane w Internecie – to zwiększą one bezprodukcyjnie ilość obowiązków prokuratur okręgowych, podczas gdy w rzeczywistości większość tych zawiadomień kończy się wydaniem postanowienia

o odmowie wszczęcia postępowania (nie wspominając nawet o masie wiadomości dotyczących sfałszowanych pieniędzy ujawnionych w bankach z tzw. „wpłat zamkniętych”, w przypadku których ustalenie sprawcy jest z założenia niewykonalne i które tuż po wszczęciu i uzyskaniu opinii o nieautentyczności pieniądza kończą się umorzeniem z powodu niewykrycia sprawcy).

Inny wątek, który wymaga podkreślenia w świetle nowej procedury, to wspomniana już wcześniej kwestia niezależności. Celem regulacji gwarantujących niezależność prokuratorów powinno być również zapewnienie ochrony przed nadużyciami wewnątrzorganizacyjnymi przełożonych, albowiem „tylko prokurator posiadający prawo do samodzielnego kształtowania linii oskarżenia jest prawdziwym partnerem dialogu na rozprawie sądowej”²². Racjonalizacja zatrudnienia winna więc obejmować między innymi wydziały organizacyjne w prokuraturach okręgowych i apelacyjnych, a także przededefiniowanie zadań w zakresie nadzoru służbowego, tak aby miały one charakter pomocniczy. Nieracjonalne jest utrzymywanie paralelnie wewnętrznego nadzoru służbowego oraz nadzoru zewnętrznego, wraz z obecnie rozbudowanymi formami nadzoru procesowego. W zasadzie prokuratorzy sprawujący nadzór nad postępowaniem przygotowawczym jednostek niższego szczebla jedynie w nieznacznym zakresie „przyozdabiają” nadzorowane postępowania, w praktyce nie mając wpływu na ich kształt. Nadzór w nikłym zakresie jest pomocny w dochodzeniu do prawdy. W konsekwencji brak jest minimalnych form odpowiedzialności za działanie organu nadzorowanego, tak w rozumieniu odpowiedzialności prawnej, dyscyplinarnej (*responsibility*), jak i współcześnie szeroko rozwijającej się w europejskich modelach prokuratury instytucji „rozliczalności” (*accountability*). Nadzór niemający charakteru instruującego w żaden wymierny sposób nie wpływa na efektywność prowadzonego postępowania. Tym samym ograniczenie nadzoru sprawowanego przez prokuratora nadrzędnego wydaje się rozwiązaniem ze wszech miar uzasadnionym. Sens nadzoru polega na udzielaniu realnej pomocy nadzorowanemu prokuratorowi w konkretnym postępowaniu w różnych jego fazach. Natomiast żądanie informacji, do których powraca regulamin (§ 26 ust. 3 regulaminu), odciąga nadzorowanego od produktywnej pracy i powoduje marnotrawienie czasu. Niższy szczebel w hierarchii służbowej w jednostkach organizacyjnych prokuratury nie etykietuje nikogo jako z definicji mniej profesjonalnego²³. Nadto, tam, gdzie kierunek postępowania wymuszany jest poleceniami przełożonego, zanika poczucie odpowiedzialności prokuratora za rozwój sprawy²⁴. W przypadku odmiennej oceny kierunku

²² S. Waltoś, (w:) P. Hofmański (red.), System Prawa Karnego Procesowego. Zagadnienia ogólne, t. I, część I, Warszawa 2013, s. 381.

²³ J. Gurgul, Nadzór służbowy – zadania i metody, *Prokuratura i Prawo* 2009, nr 10, s. 116–117.

²⁴ Zob. R. Ingraden, *Książeczka o człowieku*, Kraków 1975, s. 91–92.

postępowania czy też treści decyzji procesowej prokuratora podległego prokuratorowi nadzrędnemu sprawującemu nadzór służbowy powinien mieć instrument oddziaływania na to postępowanie poprzez przejęcie sprawy do dalszego prowadzenia (uprawnienie takie ma jednak obecnie i ma mieć w przyszłości jedynie prokurator bezpośrednio przełożony, co z przyczyn powyżej wskazanych jest rozwiązaniem nefunkcjonalnym). Prokurator nadzrębny byłby wówczas odpowiedzialny za kierunek i wynik postępowania przygotowawczego, przy jednoczesnym zachowaniu niezależności prokuratora podległego.

Doświadczenie uczy, że najbardziej efektywny jest nadzór nad prokuratorem ze strony sądu. Usprawnienia pracy prokuratury należy więc upatrywać w ograniczeniu nadzoru służbowego z jednoczesnym rozszerzeniem przejmowania do prowadzenia przez jednostkę wyższego rzędu spraw o skomplikowanym charakterze, ale też jedynie takich. Ograniczenie (albo nawet likwidacja) obowiązków nadzoru zewnętrznego oraz lustracji i wizytacji odciążałoby prokuratorów wyższych szczebli, tak by mogli faktycznie prowadzić postępowania karne, ale też zmniejszyłoby ilość obowiązków prokuratorów niższego szczebla, którzy nie będą musieli pisać sprawozdań czy tracić czasu i kontroli nad postępowaniami w przypadku przekazywania ich do wglądu prokuratorom sprawującym nadzór (co w praktyce ma miejsce w odniesieniu do spraw w toku zarówno na terenie jednostki prowadzącej sprawę – wymagając często uzyskania akt z Policji lub od biegłego, a tym samym spowalniając czynności dowodowe – jak i nawet mimo brzmienia regulaminu – w jednostkach wyższego rzędu, szczególnie w sprawach podlegających okresowemu monitoringowi, co tym bardziej spowalnia postępowanie, gdyż zdarza się, iż takie akta przekazywane są do jednostki monitorującej na okres nawet kilku tygodni).

Na marginesie warto zaznaczyć, że nowy regulamin w pierwotnej wersji pominął najważniejszą i obowiązkową formę nadzoru – aprobatę nad asesorem. Powyższą, niedopuszczalną lukę prawną usunęła nowelizacja regulaminu. Zgodnie z § 31a ust. 1 regulaminu aprobatą lub jej odmowa następuje poprzez zamieszczenie na rękopisie albo odpisie pisma procesowego odpowiedniej adnotacji, daty i podpisu oraz odcisnięcie pieczęci służbowej lub też w formie elektronicznej. W razie odmowy aprobaty informuje się asesora o powodach tej decyzji i udziela mu wskazówek co do sposobu załatwienia sprawy lub usunięcia stwierdzonych uchybień (§ 31a ust. 2 regulaminu). Trzeba jednak przyznać, że regulacja aprobaty według poprzedniego regulaminu²⁵ była poprawniejsza, następowała ona bowiem na projekcie decyzji asesora, która nabywała status decyzji procesowej dopiero z chwilą uzyskania aprobaty. W obecnym stanie prawnym można by się zastanawiać, jaki

²⁵ Rozporządzenie Ministra Sprawiedliwości z dnia 24 marca 2010 r. – Regulamin wewnętrznego urzędowania powszechnych jednostek organizacyjnych prokuratury, Dz. U. z 2014 r., poz. 144.

status prawny (pomijając kwestie odpowiedzialności dyscyplinarnej) będzie miało postanowienie o umorzeniu lub odmowie wszczęcia postępowania, a tym bardziej akt oskarżenia, datowany i podpisany przez asesora, który został rozesłany do stron czy przesłany do sądu bez uzyskania aprobaty bezpośrednio przełożonego.

Pozytywnie natomiast należy ocenić zmianę w zakresie kierowania wniosków o pomoc prawną do równorzędnych jednostek organizacyjnych prokuratury – zgodnie z § 56 ust. 1 regulaminu wniosek taki kieruje prokurator prowadzący albo nadzorujący postępowanie, bez konieczności podpisywania takiej korespondencji przez kierownika jednostki (zachowanie drogi służbowej obowiązuje wyłącznie w odniesieniu do prokuratorów przełożonych, zgodnie z § 14b regulaminu po nowelizacji).

Pozytywnie należy również ocenić określenie środków przysługujących prokuratorom pełniącym funkcje kierownicze służących wykonywaniu zadań służbowych (§ 12 regulaminu), a przede wszystkim uprawnienia prokuratora bezpośrednio przełożonego w odniesieniu do kontroli decyzji prokuratorów podległych. Zgodnie z wprowadzonym nowelizacją § 14a regulaminu, stwierdzając potrzebę zmiany lub uchylecia decyzji prokuratora podległego, prokurator bezpośrednio przełożony: 1) podejmuje nową decyzję osobiście; 2) w szczególnie uzasadnionych przypadkach może polecić opracowanie projektu nowej decyzji, na podstawie pisemnych wytycznych, innemu prokuratorowi, jednakże w takim przypadku nową decyzję podpisuje prokurator bezpośrednio przełożony, a jego polecenie i wytyczne włącza się do akt głównych sprawy. Tego rodzaju rozwiązanie pozwala bezpośrednio przełożonemu na sprawowanie realnego nadzoru na postępowaniach i decyzjami podejmowanymi przez prokuratorów podległych, bez naruszenia ich niezależności, z pełnią odpowiedzialności osobistej bezpośrednio przełożonego za nową decyzję procesową.

3. Nieprzydatność rozwiązań dla rozstrzygnięcia wątpliwości zgłaszanych pod rządami poprzedniego regulaminu

Warto jeszcze wskazać na pewne inne kwestie, których w nowym regulaminie nie ma, choć poprzednio były, a także takie, które nie zostały w ogóle uregulowane, pomimo zgłaszanych notorycznie uwag o istnieniu takiej potrzeby.

Jako przejaw nadmiernej centralizacji należy ocenić rozdział regulaminu dotyczący tworzenia wewnętrznej struktury organizacyjnej jednostek prokuratury. Przykładowo: zgodnie z § 4 ust. 1 pkt 4 regulaminu prokurator apelacyjny, po uzyskaniu zgody Prokuratora Generalnego, dokonuje podziału na komórki organizacyjne podległych prokuratur rejonowych. Nie znajduje ra-

cjonalnego uzasadnienia przeniesienie określenia struktury i liczby działów w prokuraturach okręgowych przez prokuratora apelacyjnego, i to po aprobachie Prokuratora Generalnego, a przede wszystkim uniemożliwia prokuratorowi rejonowemu dokonywanie szybkich i sprawnych zmian struktury jednostki związanych choćby z nagłym zmniejszeniem obsady kadrowej danej prokuratury, a przecież przy równoczesnych kilku delegacjach i długotrwałych zwolnieniach łatwo może dojść do faktycznej likwidacji jakiegoś działu, który będzie utrzymywany fikcyjnie tylko dlatego, że zmiana struktury organizacyjnej wymaga współdziału prokuratora apelacyjnego i Prokuratora Generalnego, co z reguły trwa co najmniej około miesiąca.

Regulamin nie poświęca wystarczającej uwagi zwiększeniu się roli prokuratora objawiającym się w zastępowaniu konfrontacyjnych form postępowania – formami konsensualnymi, a także zwiększeniu się roli mediacji – regulamin w zasadzie w ogóle o tych kwestiach nie wspomina, a wręcz przeciwnie – § 168 ust. 3 regulaminu zdaje się podważać samodzielność prokuratora w roli negocjatora na sali sądowej.

Usunięte zostały regulacje o zasadach udostępnienia akt, w tym w formie elektronicznej, co w praktyce jest niezmiernie ważne (łącznie z takimi nieuregulowanymi dotychczas kwestiami, jak wysokość opłaty za wydanie kopii materiałów na płycie CD), w szczególności wobec wchodzących od 1 lipca 2015 r. zasadniczych zmian w zakresie końcowego zapoznania się z materiałami postępowania, rozszerzenia tego uprawnienia na pokrzywdzonych i pełnomocników oraz zmianami w zakresie dostępu do akt przy stosowaniu i przedłużaniu tymczasowego aresztowania.

Pozytywnie natomiast należy ocenić wprowadzenie możliwości rozstrzygania ewentualnych sporów kompetencyjnych między jednostkami różnego rzędu, choć regulamin nie rozstrzyga niezwykle problematycznej, praktycznej kwestii, czy polecenie prokuratora nadrzędnego wykonania określonej czynności służbowej skierowane do prokuratora niższego rzędu, który nie urzęduje w podległym mu okręgu, ma taką samą moc wiążącą jak polecenie właściwego miejscowo prokuratora nadrzędnego. Jest to szczególnie istotne zagadnienie, albowiem praktyka wydawania poleceń przez prokuratora nadrzędnego skierowanych do prokuratora poza zakresem właściwości okręgu prokuratury apelacyjnej czy prokuratury okręgowej jest zachowaniem sprzecznym z zasadą hierarchicznego podporządkowania. Wydaje się jednak, że prokurator, który nie jest hierarchicznie podporządkowany danemu prokuratorowi nadrzêdnemu, nie powinien być zobowiązany do wykonywania jego poleceń, a właśnie mieć możliwość wszczęcia sporu kompetencyjnego²⁶. Zatem, instytucjonalizację sporów o właściwość przynajmniej między

²⁶ Zob. M. Mistygacz, *Ustrój prokuratury w Polsce. Tradycja i współczesność*, Warszawa 2013, s. 199–201.

prokuraturą rejonową a prokuraturą okręgową, gdzie arbitrem byłaby jednostka wyższego rzędu nad tą ostatnią, ocenić należy pozytywnie (§ 58 ust. 3). Takie rozwiązanie ma charakter gwarancyjny, zwiększa niezależność procesową, ale jest również rozwiązaniem transparentnym w zakresie odpowiedzialności. *De lege ferenda* warto rozważyć byłoby wprowadzenie zaskarżenia postanowienia w przedmiocie właściwości do sądu właściwego do rozpoznania sprawy²⁷.

W świetle § 58 ust. 2 regulaminu wydaje się dopuszczalne nie tylko zainicjowanie sporu kompetencyjnego z jednostką wyższego rzędu pozostającą poza zakresem hierarchicznego podporządkowania, ale również własną nadrzędną jednostką organizacyjną prokuratury. Brak jest podstaw prawnych do ograniczania wszczęcia postępowania w zakresie rozstrzygnięcia sporu kompetencyjnego – powinien móc on dotyczyć zarówno właściwości miejscowej, jak i rzeczowej. Wydaje się również, że zgodnie z regulaminem każde przekazanie sprawy w zakresie właściwości rzeczowej przez prokuraturę wyższego szczebla prokuraturze niższego szczebla winno przyjmować formę postanowienia, gdyż nie należy również zapominać, że prowadzenie sprawy przez jednostkę organizacyjną prokuratury niewłaściwą rzeczowo naraża na ewentualny zarzut przeprowadzenia postępowania przez organ niewłaściwy. Instytucjonalizacja sporów kompetencyjnych nie ma jedynie charakteru wewnątrzorganizacyjnego, ale również procesowy. Rzuca na ocenę, czy postępowanie zostało przeprowadzone przez uprawniony organ.

Niestety, Prokurator Generalny, a także poszczególne prokuratury apelacyjne przeprowadziły inną interpretację tego przepisu. Zgodnie ze stanowiskiem Prokuratora Generalnego z dnia 20 lutego 2015 r. prokuratura wyższego szczebla przekazuje sprawy prokuraturom sobie miejscowo podległym pismem (w ten sam sposób zwraca im sprawy przekazane przez prokuratury niższego rzędu w ich uznaniu zgodnie z właściwością rzeczową), a te ostatnie nie mają uprawnienia wejść z nią w spór, ale są przekazaniem związane. Zgodnie z tym stanowiskiem Prokuratora Generalnego spór kompetencyjny między jednostkami różnego szczebla jest dopuszczalny jedynie, jeśli ma charakter miejscowo-rzeczowy – a więc toczy się między prokuraturami z różnych okręgów. Co więcej, niektóre prokuratury apelacyjne odmawiają rozstrzygnięcia sporu między prokuraturą rejonową a okręgową, jeśli w spór weszła prokuratura rejonowa, której prokuratura okręgowa przekazała sprawę zgodnie z właściwością rzeczową, ale niewłaściwie ze względu na właściwość miejscową. W takim wypadku prokuratura rejonowa nie może się dalej bronić przed niewłaściwym przekazaniem miejscowym, gdyż nie ma uprawnienia do dalszego przekazania sprawy jednostce według niej właści-

²⁷ Zob. R. A. Stefański, Właściwość prokuratora w sprawach karnych, *Ius Novum* 2009, nr 2, s. 62.

wej miejscowo. Powyższe interpretacje w praktyce w większości przypadków uniemożliwiają wejście w spór z prokuraturą wyższego rzędu, a więc pozbawiają nową regulację jej mocy prawnej.

Regulamin petryfikuje niesprawiedliwą regulację ustalania właściwości miejscowej w sprawach cywilnych (§ 191 ust. 1 regulaminu), która powoduje, że tylko niektóre jednostki (te, w których obszarze znajduje się sąd cywilny, a czasem nawet kilka) są kompetentne do prowadzenia takich spraw. Przykładowo w związku z taką regulacją, Prokuratura Rejonowa Warszawa-Śródmieście w Warszawie jest właściwa do prowadzenia spraw cywilnych dla całego Śródmieścia, Ochoty, Włoch i Ursusa, pomimo iż teren działania tych sądów leży w obszarze działania trzech prokuratur rejonowych, z kolei Prokuratura Rejonowa Warszawa-Wola w Warszawie – dla Woli, Bemowa, Mokotowa, Ursynowa i Wilanowa, a więc obszaru działania dwóch prokuratur (w tym największej w Polsce – Prokuratury Rejonowej Warszawa-Mokotów w Warszawie).

W regulaminie brak jest również jednoznacznych regulacji, czy prokurator może wykonywać czynności w ramach postępowań prywatnoskargowych, jeśli nie obejmuje ich ściganiem z urzędu, np. w zakresie wydawania postanowień o zwolnieniu z tajemnicy telekomunikacyjnej celem ustalenia sprawcy przestępstwa internetowego, czego wykonywania w ramach art. 488 k.p.k. odmawiają sądy – przynajmniej śródmiejski w Warszawie – a do czego Policja nie ma samodzielnie uprawnień. Ponadto, jedyny przepis poświęcony postępowaniu w sprawach prywatnoskargowych wskazuje, że pokrzywdzonego poucza się o prawie do skierowania prywatnego aktu oskarżenia oraz o tym, że w takim wypadku akta postępowania zostaną przesłane do sądu tylko w przypadku, gdy prokurator wydał postanowienie o odmowie wszczęcia postępowania. Prawodawca pominął całkowicie sprawy zakończone umorzeniem, podczas gdy to właśnie w tych sprawach znajduje się materiał dowodowy, który mógłby zostać wykorzystany przez sąd. Z założenia takiego materiału nie ma natomiast w postępowaniach zakończonych odmową wszczęcia, co pozbawia głębszego sensu taką regulację.

Analogicznie, a więc negatywnie, należy ocenić § 204 regulaminu nakazujący każdą skargę formalnie żądającą pociągnięcia prokuratora do odpowiedzialności dyscyplinarnej – niezależnie od jej zasadności – przekazywać rzecznikowi dyscyplinarnemu. Doprowadzi to do „zalanía” w krótkim czasie rzecznika dyscyplinarnego skargami, które bardzo często nie mają żadnego uzasadnienia. Tym samym wskazane jest, by kierownicy jednostek mieli uprawnienie do weryfikacji zasadności tych skarg i przekazywali do rzecznika dyscyplinarnego jedynie skargi uprawdopodobniające zarzuty, za które prokurator może być do odpowiedzialności dyscyplinarnej pociągnięty.

Z kolei, pozytywnie ocenić należy wprowadzone nowelizacją ust. 2 i 5 § 202 regulaminu, które pozwalają pozostawić bez rozpatrzenia skargi

w zakresie działań i decyzji prokuratora, w których jest on niezależny, oraz w przypadku, gdy zawierają one treści znieważające lub słowa powszechnie uznawane za obelżywe, co niestety dość często ma miejsce.

4. Wnioski końcowe

Podsumowując, nowy regulamin, szczególnie po nowelizacji, nie odpowiada potrzebom kontradyktoryjnego procesu, który ma wejść w życie z dniem 1 lipca 2015 r. Sytuacji tej nie zmieni też najnowszy projekt zmian do regulaminu.

Regulamin nie likwiduje żadnych obecnych bolączek prokuratury, a jedynie rozszerza je także na poziom prokuratur okręgowych i apelacyjnych. Nie wpływa na jakość i szybkość prowadzonych postępowań, a jedynie zwiększa obciążenia prokuratorów, tak funkcyjnych, jak i szeregowych, na wszystkich poziomach organizacyjnych. Nowelizacji wymaga w pierwszym rzędzie ustawa o prokuraturze, która powinna całkowicie zmienić strukturę organizacyjną, zmniejszając liczbę stopni hierarchii prokuratury, przesuwając pracowników na niższy poziom, a nie prowadzenie spraw w górę, likwidując nadzór zewnętrzny i wizytacje oraz lustracje, ograniczając do minimum udział prokuratora w postępowaniach pozakarnych oraz wykonawczych, zwiększając zaplecze urzędnicze (do optymalnego układu 1/1, a nie jak przykładowo obecnie w Prokuraturze Rejonowej Warszawa-Śródmieście w Warszawie faktycznie do stosunku 6 prokuratorów na 2 urzędników) i techniczne prokuratorów, czy wręcz wprowadzając zasadę oportunistu w zakresie ścigania. Tylko wtedy prokuratura będzie gotowa na kontradyktoryjny proces, gdy każdy prokurator będzie mógł się zajmować tylko i wyłącznie prowadzeniem postępowań przygotowawczych i obroną „swoich” aktów oskarżenia przed sądem.

Odpowiednie wykonywanie roli oskarżyciela w postępowaniu sądowym o względnie kontradyktoryjnym charakterze wymaga ustawowej zmiany w zakresie stosunków wewnętrznych oraz dyslokacji kadry prokuratorskiej. Bez zmiany wewnętrznej struktury organizacyjnej prokuratury zmieniony model postępowania sądowego nie odniesie oczekiwanej poprawy. Nie należy zapominać, iż poprawa efektywności nie jest uzależniona jedynie od liczby prokuratorów. W Polsce w porównaniu z innymi państwami jest ona stosunkowo wysoka. W relacji na 100 tysięcy mieszkańców wynosi 14,8. W państwach Unii Europejskiej jedynie Litwa, Łotwa, Bułgaria, Węgry i Słowacja mają większą liczbę prokuratorów w przeliczeniu na 100 tysięcy mieszkańców²⁸. Jednocześnie Polska plasuje się w grupie krajów o stosun-

²⁸ Zob. Raport Europejskiej Komisji na rzecz Efektywności Wymiaru Sprawiedliwości przy Radzie Europy (The European Commission for the Efficiency of Justice – CEPEJ) za rok 2012.

kowo niskim współczynnikiem administracji w przeliczeniu na jednego prokuratora. Przykładowo: w Holandii i we Włoszech jest on ponad czteroipółkrotnie wyższy, a w Niemczech ponad dwukrotnie wyższy²⁹. W praktyce polscy prokuratorzy wykonują zbyt wiele czynności o charakterze materialno-technicznym, co z wprowadzoną ostatnio anonimizacją akt dodatkowo się zwiększyło, a zakładana przez Prokuratora Generalnego zasada prowadzenia akt w różnych zbiorach, odrębnie oznaczanych i numerowanych, jeszcze bardziej to pogłębi.

Systemowo brak też jakichkolwiek propozycji dotyczących zwiększenia kadry urzędniczej w prokuraturach, jakby prawodawca w ogóle nie zastanowił się nad tym, w jaki sposób obecny personel sekretariatów, pracując 40 godzin w tygodniu (a nie jak prokurator – wymiarem obowiązków), ma pozakładać, oznaczać, ponumerować osiem różnych zbiorów w jednych aktach i zanonimizować je w całości, a następnie tuż przed skierowaniem aktu oskarżenia skserować całość materiałów do akt wewnętrznych niezbędnych prokuratorowi podczas rozprawy (skoro to prokurator faktycznie będzie odpowiedzialny za postępowanie dowodowe przed sądem, łącznie z obowiązkiem odczytywania protokołów wyjaśnień i zeznań), wykonując jednocześnie wszystkie inne spoczywające na nim obowiązki, które wraz z nowelizacją wcale się nie zmniejszą, a wręcz przeciwnie zwiększą – jeśli część nowych przewidzianych przez Prokuratora Generalnego repertoriów będzie pisemna, a nie elektroniczna (co wyniknie choćby z faktu, że do 1 lipca 2015 r., a także długo po tej dacie, nie zostanie przygotowany nowy system informatyczny).

Status prokuratora w postępowaniu przed sądem wyznacza przyjęty w ramach postępowania karnego model postępowania przygotowawczego. Ustawodawca stoi przed powracającym dylematem. Otóż, wyznaczenie fazy przedsądowej zadania polegającego na wszechstronnym i wyczerpującym wyjaśnieniu wszystkich okoliczności sprawy, które połączone jest z utwaleeniem postępowania dowodowego na użytek postępowania sądowego, skutkuje tworzeniem rozbudowanego aparatu ścigania, opóźnia wniesienie oskarżenia do sądu i może deprecjonować znaczenie rozprawy głównej. Ograniczenie zaś tego stadium postępowania do zebrania podstawowych informacji rodzi niebezpieczeństwo zniekształcenia czy też utraty dowodów³⁰. Znaczenie przedsądowej fazy postępowania karnego uzmysławia, będąca przejawem pragmatyzmu procesowego, zwiększająca się liczba postępowań z wykorzystaniem instytucji konsensualnego zakończenia postępowania karnego.

²⁹ Por. A. Siemaszko (red.), *Wymiar sprawiedliwości w Unii Europejskiej. Podstawowe parametry dla Polski i pozostałych krajów* (na podstawie zmodyfikowanych danych raportu CEPEJ 2010), Warszawa 2011, s. 58.

³⁰ J. Tyłman, *Postępowanie przygotowawcze w procesie karnym*, Warszawa 1998, s. 4.

W okresie po II wojnie światowej w Europie zauważalne jest wzmocnienie pozycji procesowej prokuratora. Większość europejskich systemów prawa karnego procesowego przyznaje prokuratorowi kompetencje do kierowania postępowaniem przygotowawczym, zbieraniem i utrwalaniem dowodów, wykonywaniem czynności dowodowych. Skoro prokurator jest głównym oskarżycielem w sprawach o przestępstwa ścigane z oskarżenia publicznego, to w niezbędnym zakresie musi być upoważniony do wykonywania czynności dowodowych.

Zmiana roli prokuratora objawia się zastępowaniem konfrontacyjnych form postępowania formami konsensualnymi, a także zwiększeniem się roli mediacji³¹. Pełnienie przez prokuratora roli *quasi-jurysdykcyjnej* wymaga zapewnienia niezależności³². Zwiększenie wachlarza środków reakcji karnej i związane z tym rozszerzenie dyskrecjonalnej władzy prokuratora skutkuje rozszerzeniem sfery *quasi-sądowej* w działalności prokuratora. Poszerzenie zakresu konsensualnych form zakończenia postępowania po zmianach k.p.k. z dnia 23 września 2013 r. i z dnia 20 lutego 2015 r. umożliwi również zakończenie postępowania w sprawach o zbrodnie w trybie porozumienia pomiędzy stronami postępowania, w tym kierowanie wniosku o wydanie wyroku skazującego bez przeprowadzenia rozprawy bez dołączania do niego aktu oskarżenia, czy też wprowadzenie nowej instytucji mocą art. 59a k.k. – umorzenia konsensualnego. Regulamin tego nie zauważa.

Co więcej, regulamin zdaje się podważać niezależność prokuratora w zakresie negocjowania przez niego kary na rozprawie. Świadczy o tym kuriozalny przepis § 168 ust. 3 regulaminu, zgodnie z którym przełożony może wyznaczyć do oceny wyroku wydanego w trybie art. 387 k.p.k. innego prokuratora niż obecny na rozprawie, a więc z założenia autor aktu oskarżenia, a przynajmniej prokurator wyznaczony przygotowany do rozprawy, który nie wyraził w czasie jej trwania sprzeciwu na wniosek oskarżonego. Regulamin zdaje się sam przeczyć zasadzie, że najlepszym do „obrony” aktu oskarżenia przed sądem i oceny poprawności wydanego wyroku jest prokurator referent obecny na rozprawie, gdyż pozwala pozostawić ocenę tego wyroku prokuratorowi, który sprawy zupełnie nie zna i będzie się musiał z nią zapoznać w celu dokonania takiej oceny. Charakterystyczne jest to, że regulamin nie rozstrzyga, kto w takim wypadku – przy rozbieżnej ocenie wyroku referenta i oceniającego zasadność orzeczenia – miałby przygotować apelację. Jeśli przyjmiemy, że wyznaczony przez przełożonego oceniający, to stajemy w sprzeczności z § 169 regulaminu, który jako zasadę, zresztą słusznie,

³¹ Zob. C. Kuleśza, Porozumienia procesowe w europejskich systemach wymiaru sprawiedliwości, (w:) C. Kuleśza (red.), Porozumienia karnoprocesowe w praktyce wymiaru sprawiedliwości, Białystok 2010, s. 11–61.

³² Zob. A. Ashworth, Developments in the Public Prosecutor's Office in England and Wales, European Journal of Crime, Criminal Law and Criminal Justice 2000, vol. 8, nr 3, s. 257.

wprowadza sporządzanie apelacji przez prokuratora, który skierował akt oskarżenia lub prowadził sprawę przed sądem. Jeśli natomiast uznamy, że apelację ma sporządzić ten ostatni, to prowadzi to do naruszenia niezależności prokuratora, który sam doprowadził do wydania wyroku w ramach art. 387 k.p.k., a więc ocenia go jako słuszny, zostaje jednak zmuszony do wniesienia środka odwoławczego według koncepcji osoby, która sprawę zna jedynie wtórnie na podstawie akt.

Zmiany procedury karnej, które wejdą w życie 1 lipca 2015 r., mają za zadanie przesunięcie ciężaru postępowania dowodowego na etap postępowania sądowego, co w założeniu ma skutkować ograniczeniem tak zakresu, jak i zadań postępowania przygotowawczego. Zmiany regulaminu zdają się nie potwierdzać założeń nowelizacji k.p.k.

Kolejnym problemem, którego z dużym prawdopodobieństwem nie rozwiążą także proponowane zmiany w regulaminie, będzie korelacja możliwości wyznaczania terminów rozpraw, aby zapewnić w nich udział autora aktu oskarżenia. Zgodnie z art. 349 § 1 k.p.k., w brzmieniu od 1 lipca 2015 r., jeżeli przewidywany zakres postępowania dowodowego będzie uzasadniał przypuszczenie, że w sprawie niezbędne będzie wyznaczenie co najmniej 5 terminów rozpraw, prezes sądu niezwłocznie wyznaczy sędziego albo członków składu orzekającego oraz skieruje sprawę na posiedzenie. Prokurator będzie w tym posiedzeniu brał udział i jego zdanie co do dyspozycyjności na kolejnych terminach winno być brane pod uwagę. Tak można jednak zorganizować jedną sprawę na jakiś czas, a więc naprawdę tylko sprawy dużego kalibru. Jeśli jednak prokurator będzie rzeczywiście wyznaczany do wszystkich rozpraw inicjowanych jego aktem oskarżenia (o ile nie zajdzie kolizja między terminami, co przy prokuraturach, które obsługują kilka wydziałów sądowych, jest w zasadzie niewykonalne), w praktyce zabraknie mu czasu na czynności procesowe w postępowaniu przygotowawczym, w tym na przygotowanie kolejnych aktów oskarżenia albo zapoznanie się ze sprawami, w których takie akty przygotowała policja czy inne organy do tego uprawnione – co będzie niezbędne dla przygotowania się do rozpraw, które od 1 lipca 2015 r. nie będą się już toczyły bez obecności prokuratora wobec likwidacji trybu uproszczonego.

Z powyższych rozważań ewidentnie widać, że realna zmiana roli prokuratora w postępowaniu karnym wymaga odważniejszych i przemyślanych zmian postępowania przygotowawczego. Wtedy naturalne stałoby się ograniczenie zakresu nadzoru służbowego. Czynnikiem wpływającym na poprawę efektywności pracy prokuratora stanowi dalsza informatyzacja, a w szczególności digitalizacja akt postępowania. Nadto, ograniczeniu powinna ulec faza śledczego zaangażowania prokuratora z większym zaakcentowaniem pełnienia funkcji rzecznika praworządności. Wiązałoby się to z nadzorem prokuratora nad postępowaniem przygotowawczym z przesu-

nięciem odpowiedzialności za postępowanie przygotowawcze na Policję, ale to wymagałoby zasadniczych zmian w organizacji i priorytetów działań policji, znacznego doetatyzowania działów dochodzeniowo-śledczych, ewolucji zasad doboru kadry (zwiększenie liczby personelu z wykształceniem prawniczym) oraz polepszenia sytuacji materiałowo-technicznej wszystkich polskich komend (w których na dzień dzisiejszy brakuje wciąż wszystkiego, nawet papieru do ksero).

Na marginesie należy wskazać na brak uzasadnienia dla utrzymywania dwóch form przedmiotowych postępowania przygotowawczego (śledztwa i dochodzenia), skoro policja będzie uprawniona do wykonywania czynności związanych z przedstawieniem zarzutów, zmianą lub uzupełnieniem postanowienia o przedstawieniu zarzutów w postępowaniu przygotowawczym prowadzonym w formie śledztwa (art. 311 § 2 k.p.k. po zmianach), a także zakres powierzonych czynności będzie mógł obejmować końcowe zapoznanie z materiałami śledztwa oraz zamknięcie śledztwa. Nadto, uchylone zostaną – jak wcześniej wspomniano – przepisy regulujące postępowanie w trybie uproszczonym. Tym samym forma postępowania przygotowawczego przestanie determinować tryb postępowania sądowego³³. Obecność prokuratora w postępowaniu sądowym w sprawach ściganych z oskarżenia publicznego, z wyjątkiem postępowania nakazowego³⁴ i przyspieszonego³⁵, będzie obowiązkowa.

Konkludując, jednoznacznie stwierdzić należy, że skuteczność zmian zakładających zwiększenie kontrydiktoryjności postępowania sądowego wymaga zmian ustrojowych prokuratury i zasad prowadzenia postępowania przygotowawczego, które przecież determinuje powodzenie lub niepowodzenie całego postępowania karnego. W praktyce nie da się oddzielić struktury organizacyjnej organów ścigania i modelu postępowania przygotowawczego od nowelizacji postępowania sądowego. Brak zmian systemowych na każdym etapie postępowania karnego i w organizacji wszystkich organów biorących w nim udział może jedynie doprowadzić nie do poprawy efektywności postępowania karnego, ale do znacznego pogłębienia jego niewydolności. Zmian tych nie da się przeprowadzić bez nakładów finansowych i zwiększenia zasobów ludzkich. Regulamin niestety nie wychodzi naprzeciw wyzwaniom wynikającym z przebudowy modelu postępowania karnego. Zmiany regulaminowe przypominają mieszanie łyżeczką w pustej szklance,

³³ Niejako na marginesie należy wskazać na wymóg wynikający z art. 332 § 1 pkt 5 k.p.k., zgodnie z którym akt oskarżenia powinien wskazywać sąd właściwy do rozpoznania sprawy i tryb postępowania. Jest to zaskakująca regulacja, albowiem w przypadku skierowania aktu oskarżenia, z uwagi na likwidację trybu uproszczonego, jedynym możliwym trybem jest tryb zwyczajny (uchylony rozdział 51 k.p.k. po nowelizacji).

³⁴ Art. 500 § 4 k.p.k.

³⁵ Art. 517a § 2 k.p.k. po nowelizacji.

w zerowym zakresie prowadząc do poprawy pracy prokuratorów, współpracujących z nimi urzędników i organizacji działania prokuratury jako całości.

The regulation on functioning of prosecution dated on 11th of September 2014 – critical analysis of selected issues

Abstract

The paper presents the critique of the new regulation on functioning of prosecution dated on 11th of September 2014. The analysis proves that this act is prepared against the rules of good legislation, but it is also inadequate to the new Polish penal procedure. The authors point out regulations contrary to provisions of the law on prosecution or of the Polish Penal Procedure Code. They underline the risks to infringe the independence of the prosecutor. They also present negative consequences of new regulations on the material competence of prosecution offices, of an excessive supervision and of the lack of structural changes to assure the presence of the author of indictment during the hearings. The authors who are the practitioners point out many aspects of every day work in a prosecution office not taken into account by the legislator. The general assessment of the regulation is clearly negative.

MATERIAŁY SZKOLENIOWE

Mateusz Filipczak

Przygotowanie i usiłowanie w polskim prawie karnym

Streszczenie

Tematem artykułu jest rozróżnienie dwóch sposobów kształtowania odpowiedzialności karnej za przygotowanie jako przestępstwa sui generis oraz jako formy stadialnej przestępstwa. Przedstawiono argumenty przeczące tezie, że polski kodeks karny opiera się na takim rozróżnieniu. Ponadto, z teoretycznego punktu widzenia nie można inaczej uzasadniać kryminalizacji w jednej, jak i drugiej postaci, ponieważ obie techniki dotyczą ogólnych granic kryminalizacji przedpola zagrożenia dla dobra prawnego. Potraktowanie art. 16 § 1 i 2 jako modelu normatywnego dla typizacji przygotowania zarówno jako klauzuli karalności, jak i delictum sui generis jest uzależnione od przyjęcia koncepcji jedności normy sankcjonowanej form stadialnych. W kodeksie karnym można także wyróżnić sui generis przestępstwo „usiłowania”, którego przykładami są typy czynów z art. 128 § 1 oraz art. 164 § 1 k.k.

Z punktu widzenia historycznego odpowiedzialność za przygotowanie mieści się w ramach modelu *iter delicti* (pochodu przestępstwa). Teoria prawa karnego wypracowała jednak wariant przewidujący odpowiedzialność karną przygotowania jako *delictum sui generis*¹ (*Vorbereitungsdelikte*). Dru-

¹ A. Liszewska, (w:) R. Dębski (red.), System prawa karnego. Nauka o przestępstwie. Zasady odpowiedzialności, t. III, Warszawa 2013, s. 798.

ga z wymienionych koncepcji stanowi konsekwencję braku karalności² przygotowania jako formy stadialnej, co prowadzi do luki w kryminalizacji zachowań, które stwarzają ryzyko dla dobra prawnego. Luka prawna ma charakter prakseologiczny, więc jest zabiegiem zamierzonym ze względu na zasadniczy brak karygodności³ takich czynów, które stanowią przygotowanie do popełnienia przestępstwa. Nie oznacza to jednak, że wszystkie czynności, które pod względem przedmiotowym stanowią przygotowanie⁴, nie zasługują na objęcie zakazem, sprzężonym z sankcją kryminalną⁵. Potrzeba taka skłoniła do stworzenia konstrukcji przestępstwa przygotowania, która opiera się na opisie zachowania, odpowiadającemu wzorowi przygotowania do popełnienia przestępstwa, jako *sui generis* typu rodzajowego przestępstwa⁶. Całe założenie opiera się na braku karalności przygotowania i tym samym braku definicji przygotowania⁷.

Inaczej przedstawia się sytuacja, gdy ustawodawca wprowadza karalność przygotowania na zasadzie wyjątku, definiując czynności przygotowawcze⁸. W takiej sytuacji typizacja przygotowania polega najczęściej na wprowadzeniu klauzuli karalności, choć jednocześnie niewykluczone jest funkcjonowanie postaci *delictum sui generis*. Należy zgodzić się z tezą A. Liszewskiej, że „ta sama ustawa karna w zasadzie nie powinna zawierać odmiennych sposobów typizacji przygotowania”⁹. Jako przyczynę¹⁰ autorka

² Por. R. Frank, Das Strafgesetzbuch für das deutsche Reich nebst dem Einführungsgesetze, Tübingen 1908, s. 70: „Zamiar (popełnienia przestępstwa albo wykroczenia – uwaga autora) musi być uzewnętrzniony przez czyn (w oryginale: *der Entschluss muss betätigt sein*) i wprowadzić przez zachowanie, które obejmuje rozpoczęcie popełnienia przestępstwa albo wykroczenia. Wynika z tego, że samo przygotowanie jest niekaralne (niekarygodne) (*Straflosigkeit*)”.

³ Por. A. Liszewska, System..., s. 798.

⁴ Komponent podmiotowy w postaci zamiaru ukierunkowanego na popełnienie przestępstwa stanowi warunek konieczny, aby można było zachowanie zakwalifikować jako przygotowanie, ponieważ nie da się przygotowywać do czegoś w sposób niezamierzony.

⁵ Niekiedy decyzja o konieczności kryminalizacji określonego rodzaju zachowania wynika z implementacji prawa międzynarodowego. Przykładem jest karalność tzw. *groomingu* (art. 200a k.k.), wynikająca z implementacji Konwencji Rady Europy z o ochronie dzieci przed seksualnym wykorzystaniem i niegodziwym traktowaniem w celach seksualnych z dnia 25 października 2007 r., w Lanzarote, www.coe.int/t/dghl/standardsetting/children/Source/LanzaroteConvention_pl.pdf (dostęp w dniu 27 marca 2014 r.) (dalej: Konwencja).

⁶ Niekiedy jednak ustawodawca w ramach takiego opisu posługuje się sformułowaniem „przygotowanie podlega karze”, jednocześnie nie definiując „przygotowania” (A. Liszewska, System..., s. 798).

⁷ Aktualny niemiecki, szwajcarski i austriacki kodeks karny posługują się taką techniką legislacyjną. Por. tamże, s. 801, przyp. 400.

⁸ Taką technikę legislacyjną przyjął obowiązujący polski kodeks karny (art. 16 § 1), węgierski kodeks karny [§ 18 (1)]; bułgarski kodeks karny (art. 17); łotewski kodeks karny [§ 15 (3)]; litewski kodeks karny (art. 21); słowacki kodeks karny [§ 13 (1)].

⁹ A. Liszewska, System..., s. 802.

¹⁰ Tamże, s. 802–803.

podaje „przesunięcie odpowiedzialności karnej na dalekie przedpole zagrożenia dla dobra prawnego poprzez, wynikający z przepisów części ogólnej (k.k.), obowiązek rozszerzenia karalności także na zachowanie bezpośrednio poprzedzające dokonanie tak skonstruowanego typu czynu zabronionego (tzn. przygotowania występującego jako *delictum sui generis*)”. Wskazana implikacja przyjęcia karalności przygotowania w takiej postaci jest o tyle ważna, że znajduje zastosowanie jedynie wówczas, gdy uznamy odrębność normy sankcjonowanej przy formach stadialnych, a w konsekwencji wobec każdego typu rodzajowego z części szczególnej.

Zasadnicze wątpliwości w regulacji przygotowania budzi charakter z jednej strony definicji zawartej w art. 16 § 1 k.k., a z drugiej typizacji przygotowania jako przestępstwa *sui generis*. Ustawodawca, wprowadzając z jednej strony w części ogólnej kodeksu model *iter delicti*, a z drugiej tworząc rodzaje przestępstw odpowiadających przygotowaniu albo usiłowaniu, przyczynia się do destabilizacji spójności ustawy, a tym samym wydaje się, że narusza standard demokratycznego państwa prawnego. Wynika to z zasadniczo nieograniczonej karalności usiłowania zwykłego (art. 13 § 1 k.k.) wobec każdego czynu zabronionego, co powoduje w istocie krzyżowanie się zakresów opisu czynów zabronionych jako *iter delicti* i jako *sui generis* przestępstw „usiłowania” oraz „przygotowania”. Mając jednak na względzie domniemanie racjonalności ustawodawcy i standard demokratycznego państwa prawnego, należy przywrócić się dokładniej odpowiedzialności karnej za przygotowanie i usiłowanie, porównując dwie techniki legislacyjne: karalności formy stadialnej i *delictum sui generis*.

Rozpoczynając od definicji przygotowania, powiedzieć można, że wyliczenie czynności, o których mowa w art. 16 § 1 k.k., jest katalogiem otwartym. Pogląd przeciwny wyraża R. Zawłocki¹¹, który został słusznie skrytykowany przez M. Małeckiego¹² nie do końca precyzyjnymi słowami: „Czy typ czynu zabronionego, który nie opisuje takich samych czynności jak te z art. 16 § 1 k.k., w ogóle da się uznać za «przestępstwo będące przygotowaniem»”¹³. Jako przykład można podać art. 298 § 1 k.k., stanowiący penalizację czynności przygotowawczych do oszustwa z art. 286 § 1 k.k.¹⁴, czy tzw. *grooming*¹⁵. Interpretacja sformułowania art. 16 § 1 „w szczególności” jako funkcji konkretyzującej sposoby stworzenia warunków do dokonania

¹¹ R. Zawłocki, (w:) M. Królikowski, R. Zawłocki (red.), Kodeks karny. Część ogólna. Komentarz, t. I, Warszawa 2011, s. 643 i 648–649.

¹² Zob. M. Małecki, Karalne czy niekaralne formy form stadialnych?, (w:) S. Pikulski, M. Romańczuk-Grącka (red.), Granice kryminalizacji i penalizacji, Olsztyn 2013, s. 37–44.

¹³ Tamże, s. 40.

¹⁴ A. Marek, Kodeks karny. Komentarz, Warszawa 2010, s. 649.

¹⁵ M. Małecki, Karalne..., s. 42.

określonego przestępstwa¹⁶ jest poprawna, ale nie prowadzi w żadnym wypadku do uznania charakteru enumeratywnego tego wyliczenia. Podstawą normatywną – materialną cechą – przygotowania¹⁷ jest stworzenie warunków poprzedzających etap usiłowania i na tym kodeks karny poprzestaje. Taką samą technikę przyjął kodeks cywilny w art. 385 § 3 (klauzule niedozwolone), jak również teoria prawa¹⁸, która jako przykład techniki legislacyjnej wyliczenia otwartego podaje sformułowanie „w szczególności”. Znaczenie semantyczne wyraźnie przesądza o tym, że w szczególności nie oznacza „wyłącznie”, a jedynie „przykładowo”¹⁹. Ewentualna możliwość przyjęcia enumeratywnego charakteru²⁰ czynności z art. 16 § 1 k.k. wymaga koniecznego sprzężenia normatywnego między znamieniem „czynności mające stworzyć warunki” a „w szczególności”. Pod względem normatywnym musielibyśmy powiązać sformułowania „przygotowanie zachodzi tylko wtedy gdy” z czynnościami, o których mowa w wyliczeniu. Oznaczałoby to konieczność rozbicia normatywnego przepisu art. 16 § 1 k.k. na dwa człony normotwórcze – czyli treść mającą charakter normatywny – treści przepisu od słów: „gdy sprawca w celu popełnienia czynu zabronionego podejmuje czynności mające stworzyć warunki do przedsięwzięcia czynu zmierzającego bezpośrednio do jego dokonania” oraz „w szczególności w tymże celu wchodzi w porozumienie z inną osobą, uzyskuje lub przysposabia środki, zbiera informacje lub sporządza plan działania”. Pod względem semantycznym sformułowanie „w szczególności” nie odnosi się do „przygotowanie zachodzi”, ale stanowi dookreślenie²¹ „podejmuje czynności”. Oznacza to, że dla treści normy sankcjonującej wyprowadzanej z art. 16 § 1 k.k. jest obojętne, czy zachowanie podpada pod wyliczenie. Nawet wówczas, gdy zachowanie stanowi czynność, o której mowa w katalogu, to jeżeli nie stworzy ona warun-

¹⁶ R. Zawłocki, Kodeks..., s. 643.

¹⁷ Analizy normotwórczej definicji przygotowania dokonał również M. Małeck i, Funkcja ustawowej definicji przygotowania do przestępstwa. Zarys problematyki, (w:) T. Kalisz (red.), Nowa Kodyfikacja Prawa Karnego, t. XXX, Wrocław 2013, s. 57–61.

¹⁸ M. Zieliński, Wykładnia prawa: zasady, reguły, wskazówki, Warszawa 2012, s. 313.

¹⁹ Stanowisko o otwartym charakterze wyliczenia po słowach „w szczególności” przyjmuje A. Liszewska, System..., s. 808–809; M. Małeck i, *Grooming* (karalne przygotowanie do przestępstwa pedofilskiego), PiP 2011, nr 7–8, s. 94 i literatura tam podana (przyj. 26).

²⁰ W żadnym wypadku nie można powołać się, jak stwierdził A. Marek, Kodeks..., s. 69, na ryzyko zbyt szerokiej interpretacji czynności przygotowawczych na podstawie art. 16 § 1 k.k., ponieważ względy funkcjonalne nie mogą wyprzeć znaczenia językowego tekstu, choć uzasadnione jest formułowanie wniosków *de lege ferenda* w oparciu o taką przesłankę.

²¹ Słowo „szczególnie” (odmiana „w szczególności”) jest partykułą, za pomocą której mówiący wyróżnia określony obiekt lub stan rzeczy, stwierdzając, że to, co jest powiedziane w zdaniu, w większym stopniu dotyczy tego obiektu lub stanu rzeczy niż innych. Ponadto synonimem „szczególnie” jest słowo „zwłaszcza”, które jest partykułą dołączaną do zdania, aby zaznaczyć, że część wypowiedzi dotyczy tego składnika, np. upał dokuczał nam zwłaszcza w południe, nie oznacza bynajmniej, że upał dokuczał wyłącznie w południe. Zob. www.sjp.pwn.pl, hasła: „w szczególności”, „szczególnie”, „zwłaszcza”.

ków do przedsięwzięcia usiłowania, czyn nie stanowi przygotowania. Teoretycznie jest to uzasadnione brakiem odpowiedzialności karnej za czyn, który zarówno *in abstracto*²², jak również *in concreto* nie stwarza żadnego zagrożenia, nawet potencjalnego, dla dobra prawnego²³. Wprowadzenie karalności takiego zachowania byłoby sprzeczne nie tyle z *cogitationis poenam nemo patitur*²⁴, ale z aksjologicznym założeniem ochrony dobra prawnego jako *ultima ratio* prawa karnego. Powołanie się na zasadę *nullum crimen sine lege certa* przez R. Zawłockiego jest niepoprawne z uwagi na nie odróżnienie w art. 16 § 1 k.k. członu zrębu normatywnego²⁵ od części, która pełni funkcję informacyjno-wskaźnikową²⁶. Przedstawiona argumentacja obrazuje brak precyzji w sformułowanym przez M. Małeckiego pytaniu – zarzucie: „Czy typ czynu zabronionego, który nie opisuje takich samych czynności jak te z art. 16 § 1 k.k., w ogóle da się uznać za przestępstwo będące przygotowaniem”, ponieważ odpowiedzieć można, wbrew przyjmowanej w niniejszej pracy, jak i przez M. Małeckiego tezie o niesamodzielnosci przestępstw *sui generis* przygotowania, że tak, że jest to możliwe ze względu na charakter otwarty wyliczenia, o którym mowa w art. 16 § 1 k.k.

Teza R. Zawłockiego, że przestępstwa *sui generis* przygotowania stanowią formę kryminalizacji samodzielnej i pierwotnej jest uzasadniona przez odwołanie się do odpowiednio wysokiego stopnia społecznej szkodliwości czynu, co przejawia się w wyższej sankcji karnej²⁷. Założenie o wyższym stopniu karygodności takich czynów jest słuszne, ale nie można na jego podstawie wyprowadzić wniosku o samodzielnym i pierwotnym charakterze typizacji. Po pierwsze, zachowując standard domniemania racjonalności

²² *In abstracto* potencjalne zagrożenie cechuje usiłowanie nieudolne, w myśl teorii powtórzenia czynu.

²³ Problem pojawi się przy skonfrontowaniu tego założenia z karalnością groźby karalnej, która nie musi wiązać się z realną chęcią realizacji przestępstwa. W literaturze wskazuje się, że czasami chodzi wyłącznie o wywołanie stanu obawy u pokrzywdzonego, a ponadto sama realizacja zespołu znamion nie prowadzi nawet do rozpoczęcia przygotowania do popełnienia tego przestępstwa. Oznacza to, że czyn z art. 190 § 1 k.k. stanowi przejaw naruszenia sfery wolności, zdrowia psychicznego poprzez wywołanie stanu obawy (znamień skutku). Zob. A. Z o l l, (w:) A. Z o l l (red.), Kodeks karny. Komentarz, t. II, Warszawa 2013, s. 600–603.

²⁴ Przestępczy „zły” zamiar został uzewnętrzniony, a wskazana rzymska paremia wyłącza kryminalizację za same myśli o naruszeniu porządku prawnego.

²⁵ Mowa o przepisach zrębowych, tyle tylko, że w przypadku art. 16 § 1 k.k. tylko część jego treści ma charakter zrębowy. Na temat pojęcia przepisu zrębowego zob. M. Zieliński, Wykładnia..., Warszawa 2012, s. 111.

²⁶ Dodatkową argumentacją wzmacniającą przedstawioną tezę jest przyjęcie koncepcji wskaźnikowej roli znamion karalności w przyjęciu bezprawności czynu. Zob. R. Dębcki, (w:) R. Dębcki (red.), System prawa karnego. Nauka o przestępstwie. Zasady odpowiedzialności, t. III, Warszawa 2013, s. 390–391. M. Małecki, Funkcja..., s. 64, określa wyliczenie, o którym mowa w art. 16 § 1 k.k., jako znamiona uprzątnięcia interpretację przepisu, inaczej wyjaśniające.

²⁷ R. Zawłocki, (w:) Kodeks..., s. 643–644.

ustawodawcy, musimy dostosować stan prawny do w miarę logicznych ram, uzasadnionych zasadami proporcjonalności i subsydiarności prawa karnego. Pierwotny charakter oceny karygodności jawi się jako teza zbyt dogmatyczno-językowa, nieuwzględniająca kodeksu karnego jako całości. Jako przykład można podać karalność *groomingu*, która w pierwotnej wersji prac sejmowych (art. 200 § 3)²⁸ wchodziła częściowo w zakres klauzuli karalności czynności przygotowawczych. Z uwagi jednak na ratyfikację Konwencji ustawodawca zdecydował się wprowadzenie „nowego” typu, którego treść jest żywcem przepisana z wersji polskiej dokumentu konwencji. Można wyrazić wątpliwość odnośnie do skuteczności walki z określonymi czynami za pośrednictwem tworzenia „nowych” typów przestępstw o kazuistycznym opisie znamion, zamiast wykorzystania konstrukcji części ogólnej²⁹ kodeksu karnego.

Powracając do głównego wątku artykułu, należy zwrócić uwagę, że przepisy części ogólnej mają pierwszeństwo przed częścią szczególną w tym sensie, że to one wyznaczają model odpowiedzialności karnej. Nie można jedynie na podstawie zastosowania techniki wprowadzenia nowej jednostki redakcyjnej do tekstu kodeksu wyłączyć zastosowania przepisów części ogólnej. Jako przykład można podać zastosowanie reguł konsumpcji lub subsydiarności milczącej, których podstawą normatywną jest art. 11 § 1 k.k. i *opinio communis* doktryny i orzecznictwa³⁰. Jeżeli przyjrzymy się wyłącznie warstwie językowej art. 11 k.k., to w akademickim przykładzie zastosowania reguły konsumpcji: wyważenia drzwi i kradzieży, musielibyśmy zastosować zarówno art. 279 jak i 288 § 1 k.k., ale tego nie zrobimy, pozostawiając w kwalifikacji prawnej art. 279 k.k. Obrazuje to możliwość i zarazem konieczność posłużenia się nie tylko regułami wykładni językowej, ale także względami systemowymi i funkcjonalnymi, które z kolei pozwalają w dalszej kolejności na właściwe odkodowanie normy prawnokarnej, zarówno z perspektyw jednostki redakcyjnej części szczególnej, jak i przepisów części ogólnej kodeksu karnego.

Problem interpretacji przestępstw *sui generis* przygotowania leży nie tyle w zastosowaniu nowej jednostki redakcyjnej części szczególnej, która sugeruje samodzielny charakter typu rodzajowego przestępstwa, ale we wzajem-

²⁸ Poselski projekt ustawy nr 1465, VI Kadencja, z dnia 7 października 2008 r.

²⁹ W tym kierunku zmierzał projekt ustawy o zmianie ustawy – Kodeks karny oraz niektórych innych ustaw z dnia 2 listopada 2012 r.: art. 200a § 1 „Kto czyni przygotowania do popełnienia przestępstwa określonego w art. 197 § 3 pkt 2, art. 200 lub art. 202a w ten sposób, że...”, który w ostatecznej wersji projektu skierowanej do sejmiku (druk sejmowy 2016 z dnia 17 grudnia 2013 r.) został wykreślony; zob. <http://legislacja.rcl.gov.pl/lista/2/projekt/78321/katalog/78331> (dostęp w dniu 27 marca 2014 r.). Taka treść przepisu potwierdzałaby zastosowanie art. 16 § 2 k.k. do art. 200a § 1 k.k., co wyraźnie postuluje M. Małeck i, Funkcja..., s. 71.

³⁰ Zob. P. Kardaś, Zbieg przepisów ustawy w prawie karnym. Analiza teoretyczna, Warszawa 2011, s. 335–360.

nej relacji art. 16 k.k. i art. 13 § 1 k.k. Jak podkreśla A. Liszewska, ustawowa konstrukcja usiłowania nie wyłącza jego zastosowania wobec określonych kategorii czynów zabronionych³¹. Kluczowe jest odkodowanie treści normatywnej pojęcia czynu zabronionego, które z jednej strony jest ustawowo zdefiniowane jako czyn wypełniający znamiona określone w ustawie (art. 115 § 1 k.k.), z drugiej strony, pod względem semantycznym, tego rodzaju konstrukcji odpowiada także przygotowanie, które jest czynem o znamionach: celu popełnienia przestępstwa oraz stworzenia warunków do przedsięwzięcia czynu bezpośrednio zmierzającego do popełnienia przestępstwa. Wspomniana wątpliwość co do pierwotnego charakteru karygodności, sugerująca samodzielny charakter typu czynu zabronionego, objawia się w szczególności, gdy przyjrzeć się zespołowi znamion, które czasami wprost odwołują się do popełnienia innego przestępstwa. Jako przykład podać można *grooming*³², który od strony podmiotowej cechuje się ukierunkowaniem zachowania na popełnienie określonych typów przestępstw, a od strony przedmiotowej z samego opisu znamienia czasownikowego wskazuje na powiązanie kauzalne z realizacją przestępstw objętych stroną podmiotową. Jeżeli, trzymając się ustawowych³³ kryteriów oceny karygodności, zwrócimy uwagę na postać zamiaru w art. 200a § 1 k.k., to jej pierwotny charakter jawi się jako wątpliwy. Skoro dla dokonania przestępstwa konieczny jest zamiar ukierunkowany na popełnienie innego czynu zabronionego, to karygodność czynu z art. 200a § 1 jest pochodną karygodności przestępstw określonych w art. 197 § 3 pkt 2 lub art. 200 oraz art. 202 § 4 i § 4b³⁴. Argument wyższej sankcji karnej przestępstw *sui generis* przygotowania od klauzul karalności przygotowania, przemawiający za pierwotnym charakterem karygodności tych pierwszych, jest nieprawidłowy z uwagi na analizę typów czynów, które

³¹ A. Liszewska, System..., s. 803, zwłaszcza przyp. 408.

³² Szczegółowej analizy tzw. *groomingu* pod kątem zespołu znamion czynu zabronionego z perspektyw art. 16 § 1 i 2 k.k., dokonał M. Małecki, *Grooming...*, s. 92–95 i 99–101.

³³ Należy odróżnić ocenę *in abstracto* karygodności czynu, dokonywaną przez ustawodawcę w procesie legislacyjnym, od oceny *in concreto* dokonywanej w procesie stosowania prawa. Przy czym, skoro ustawodawca wprost wprowadził kryteria oceny *in concreto*, to można domniemywać, że również i nimi posługuje się w ocenie *in abstracto*, chociaż z drugiej strony przy ocenie karygodności klasy zachowań (karalności) nie trzeba trzymać się definicji społecznej szkodliwości z art. 115 § 2 (J. Kułesza, Zarys teorii kryminalizacji, Prok. i Pr. 2014, nr 11–12, s. 94). Pomijając już problem teoretyczny, czy zamiar należy do znamion bezprawności.

³⁴ Por. M. Małecki, *Grooming...*, s. 99. Wskazać można także na odmienne stanowisko, które formułuje cel kryminalizacji w związku z ochroną obyczajności moralnej i prawidłowym rozwojem psychofizycznym dziecka; zob. M. Płatek, Pozorna ochrona dziecka przed wykorzystaniem seksualnym (po nowelizacji k.k.), PiP 2011, nr 1, s. 11.

zaliczamy do omawianej kategorii³⁵: „art. 297 i 298 k.k. a art. 286 k.k.; art. 165a (finansowanie terroryzmu) w stosunku do przestępstw o charakterze terrorystycznym; art. 170 k.k. w stosunku do rozbójnictwa morskiego; art. 200a § 1 k.k. (tzw. *grooming*) w stosunku do art. 197 § 3 pkt 2 i art. 200 § 1 i 2 k.k., art. 200a § 2 k.k. w stosunku do art. 200 § 1 i art. 202 § 3 i 4 k.k.; art. 130 § 3 zd. 1 k.k. w stosunku do art. 130 § 1 i 2 k.k.; art. 305 § 1 zd. 2 k.k. w stosunku do art. 305 § 1 zd. 1 k.k.”. Nie można zestawiać różnych od siebie czynów godzących w zupełnie inne dobra prawne – przykładowo porównanie w zgodzie z propozycją R. Zawłockiego dotyczyłoby art. 127 § 2 (klauzula karalności przygotowania) i art. 298 § 1 (przestępstwo *sui generis* przygotowania). Pod względem teoretycznym³⁶ różny przedmiot ochrony ze względu na swoją wagę i rodzaj rzutuje na wyższą bądź niższą karygodność czynów godzących w dobro prawne. Ponadto, wpływa to także na sposób ochrony, który ze względu na rodzaj dobra może przejawiać się kryminalizacją na przedpolu naruszenia, czy też realnego zagrożenia, a tym samym wpłynąć na rodzaj typizacji: przestępstwo materialne albo formalne. Z tych względów należy trzymać się rodzajowego przedmiotu ochrony. Przecho-
dząc do porównania, o jakim pisze R. Zawłocki, w ramach rozdziału XVII k.k. porównanie sankcji z art. 128 § 2 k.k. (od 3 miesięcy do lat 5) do sankcji z art. 130 § 3 k.k. (przestępstwo *sui generis* przygotowania) (od 6 miesięcy do lat 8) faktycznie potwierdza tezę R. Zawłockiego. Przeczy jej jednak porównanie zagrożenia przewidzianego w art. 127 § 2 (wyższe) i art. 130 § 3 k.k. (niższe). Kolejnym przykładem potwierdzającym tezę o wyższym wymiarze kary przestępstw *sui generis* przygotowania jest art. 175 k.k. (klauzula karalności przygotowania): zagrożenie karą pozbawienia wolności do lat 3 i art. 170 k.k. (*sui generis* przygotowanie): zagrożenie od roku do lat 10. Należy podkreślić, że sankcja karna jest pochodną karygodności czynu i pełni funkcję prewencji indywidualnej, ale i generalnej³⁷. Oznacza to, że to cel kary uzasadnia jej wymiar, a nie stopień karygodności³⁸. Z tych względów teoretycznie niepoprawne jest uzasadnienie samodzielnego charakteru karygodności czynu na podstawie jego wymiaru kary. Oczywiście kara jako pochodna karygodności nie może przekraczać jej stopnia, w przeciwnym razie naruszałoby to zasadę proporcjonalności, skoro sankcja kryminalna narusza szereg dóbr, chronionych konstytucyjnie. Należy podkreślić, że kwestia de-

³⁵ Przegląd kategorii przestępstw *sui generis* przygotowania dokonał M. Filipczak, Usiłowanie przestępstw abstrakcyjnego narażenia na niebezpieczeństwo, Prok. i Pr. 2014, nr 2, s. 74–75 i literatura tam podana.

³⁶ Por.: T. Kaczmarek, (w:) R. Dębski (red.), System prawa karnego. Nauka o przestępstwie. Zasady odpowiedzialności, t. III, Warszawa 2013, s. 273–285; D. Gruszecka, Ochrona dobra prawnego na przedpolu jego naruszenia. Analiza karnistyczna, Warszawa 2012, s. 17–50.

³⁷ Zob. J. Kułesza, Negatywna prewencja generalna, PiP 2011, nr 1, s. 38–44.

³⁸ Por. tamże, s. 38. Czego dowodem jest odrzucenie prewencji generalnej negatywnej.

cyzji o kryminalizacji zachowania i przyjęcia techniki typizacji jest procesem pierwotnym w stosunku do określenia ustawowego wymiaru kary. Jako przykład można podać stosowanie klauzul niekaralności, które nie wyłączają bezprawności, a czyn nadal pozostaje zabronionym – wypełnia znamiona typu – ale w konkretnych okolicznościach nie zasługuje na karę, a w stosunku do klauzul niepodlegania karze w ramach walki z przestępczością zorganizowaną jest to podyktowane konieczną pragmatyką i złem koniecznym³⁹. Tym samym argument wymiaru kary traktować należy jako dodatkowe wsparcie tezy o samodzielnym charakterze karygodności przestępstw *sui generis* przygotowania, ponieważ kara nigdy nie jest pierwotna w stosunku do oceny karygodności, zarówno w ramach tworzenia (ocena *in abstracto*⁴⁰), jak i stosowania (ocena *in concreto*) prawa karnego. W związku z tym nie można uzasadnić, tylko na podstawie wskazanego argumentu pierwotnego i samodzielnego charakteru kryminalizacji, przygotowania jako *delictum sui generis*.

Należy wyraźnie odróżnić kryteria pozwalające na podjęcie decyzji o kryminalizacji określonego zachowania oraz kryteria służące przyjęciu odpowiednich środków prawnokarnej reakcji na czyn (ustawowy wymiar kary, klauzule niepodlegania karze itd.)⁴¹. Ponadto, należy odróżnić *stricte* decyzję o kryminalizacji, jako efekt tzw. hipotetycznego związku przyczynowego⁴², od kryteriów przyjęcia odpowiedniego sposobu typizacji⁴³. Karalność form stadialnych jest nie tyle wtórna wobec czynu zasadniczego, co stanowi przyjęty sposób typizacji na przedpolu zagrożenia dobra prawnego i zasadniczo jest zależna od oceny, w jaki sposób skutecznie i efektywnie wprowadzić karalność zachowania stanowiącego przygotowanie do popełnienia innego typu. Proces ten poprzedza decyzja o kryminalizacji zachowania z przedpola z uwagi na ochronę dobra prawnego i zasady proporcjonalności oraz subsydiarności prawa karnego. Odpowiedni sposób typizacji takiego zachowania z kolei uzależniony jest m.in. od rodzaju dobra lub dóbr chronionych w ramach obowiązujących typów rodzajowych. Jeżeli funkcjonuje już typ rodza-

³⁹ Zob. J. Skąta, Normatywne mechanizmy zwalczania przestępczości zorganizowanej w świetle przepisów kodeksu karnego (część 2), Prok. i Pr. 2004, nr 9, s. 48.

⁴⁰ Por. M. Małecki, Karalne..., s. 42.

⁴¹ Na potrzebę podwójnej legitymizacji czynów zabronionych zwraca uwagę m.in. W. Wohlers, Deliktstypen des Präventionsstrafrechts – zur Dogmatik "moderner" Gefährdungsdelikte, Berlin 2000, s. 56 i literatura tam podana (przyp. 22).

⁴² Zob. D. Gruszecka, Ochrona..., s. 254 i literaturę tam podaną.

⁴³ W interesującym nas zagadnieniu będzie to odpowiednio decyzja o wprowadzeniu klauzuli karalności przygotowania albo wprowadzenie nowej jednostki redakcyjnej, odpowiadającej czynnościom przygotowawczym. Por. poglądy W. Hassemera cytowane przez W. Wohlersa (Deliktstypen..., s. 97: „Entscheidungsspielraum, der sich nicht nur auf das »Ob«, sondern auch auf das »Wie« der Kriminalisierung erstreckt”), a także tamże, s. 278.

jowy przestępstwa⁴⁴, a wolą ustawodawcy jest rozszerzenie ochrony dobra prawnego, to można wprowadzić klauzule karalności przygotowania, odsyłając organ stosujący prawo do art. 16 § 1 k.k., albo też opisać, które z czynności przygotowawczych są karalne⁴⁵. W tym drugim przypadku jest to podyktowane chociażby rozszerzeniem ochrony na dobro o charakterze idealnym – kolektywnym – np. obrót gospodarczy, jeżeli skumulowana wiązka zachowań objętych penalizacją może zachwiać systemem⁴⁶ obrotu gospodarczego w zakresie działalności ubezpieczeniowej, czy też z uwagi na jej negatywny wpływ na jego funkcjonowanie, np. wyższe koszty finansowe dla ubezpieczających. Innymi słowy, decyzja o penalizacji jest podejmowana z uwagi na ochronę dobra prawnego, a karalność przygotowania jest jedynie środkiem realizacji tego celu w takim samym stopniu co usiłowanie i dokonanie. Przyjęcie tego założenia wymaga jednak odpowiednich uwag w zakresie struktury normatywnej przestępstwa, które muszą być poprzedzone analizą treści art. 16, art. 115 § 1 i art. 13 § 1 k.k.

W tym miejscu należy podjąć próbę odpowiedzi na pytanie, czy przestępstwo *sui generis* przygotowania ma normatywnie charakter samodzielny względem art. 16 § 1 k.k., a więc stanowi czyn zabroniony w rozumieniu art. 115 § 1 k.k., a w konsekwencji możliwe jest jego usiłowanie. W nauce podkreśla się, że termin „przestępstwo *sui generis* przygotowania” ma charakter wyłącznie doktrynalny⁴⁷. Jak podnosi M. Małecki, skoro przygotowanie jest zdefiniowane w art. 16 § 1 k.k., to wyróżnienie przygotowania jako formy stadialnej i jako *sui generis* przestępstwa jest dogmatycznie nieuzasadnione z uwagi na regułę *lege non distinguente*⁴⁸, a ponadto możemy wskazać na zakaz wykładni homonimicznej. Taką samą argumentację możemy rozciągnąć na usiłowanie zdefiniowane w art. 13 § 1 k.k. W części szczególnej kodeksu w art. 127 § 1 k.k. funkcjonuje typ odpowiadający definicji usiłowania. Jeżeli spojrzeć teoretycznie na konstrukcję usiłowania, to składa się ona

⁴⁴ Na komplementarność przestępstw *sui generis* przygotowania jako kategorii abstrakcyjnego narażenia w stosunku do przestępstw z konkretnego (realnego) narażenia albo naruszenia wskazali K. Buchała i A. Zoll, Polskie prawo karne, Warszawa 1995, s. 148, co jest podtrzymane przez A. Zolla, (w:) A. Zoll (red.), Kodeks karny. Komentarz, t. I, Warszawa 2012, s. 246–247.

⁴⁵ Jako przykład można podać art. 265 § 3 k.k. z 1969 r. Także A. Liszewska sugeruje taką możliwość, choć ogranicza ją do treści klauzul karalności, zgodnie z przyjmowanym przez siebie stanowiskiem o samodzielnym charakterze przestępstw *sui generis* czynności przygotowawczych – też e, System..., s. 804. Podwójną technikę legislacyjną przyjmuje natomiast bez ograniczeń M. Małecki, Karalne..., s. 94–95.

⁴⁶ Teoretyczne uzasadnienie takiej kryminalizacji podał W. Wohlers, określając takie przestępstwa jako *Kumulationsdelikte* – tegoż, Deliktstypen..., s. 318–328. Na temat ochrony dóbr kolektywnych por. także R. Hefendehl, Kollektive Rechtsgüter im Strafrecht, Köln–Berlin–Bonn–München 2002, s. 111–233.

⁴⁷ M. Małecki, Karalne..., s. 38.

⁴⁸ Tamże, s. 39.

z działania bezpośrednio zmierzającego do osiągnięcia określonego celu przestępczego⁴⁹. Opis typu z art. 127 § 1 k.k., jak również z art. 128 § 1 k.k. w pełni odpowiada takiej konstrukcji. Prowadzi to do wniosku, że również usiłowanie może być stypizowane zarówno w ramach stosowania art. 13 § 1 k.k. w zw. z przepisem części szczególnej, jak i poprzez *quasi*-samodzielny typ: art. 127 § 1 k.k. lub art. 128 § 1 k.k. Istotnym argumentem uniemożliwiającym przyjęcie zaproponowanej koncepcji teoretycznej uznającej niesamodzielny charakter wymienionych w zdaniu uprzednim przestępstw, uniemożliwiającym przez to zastosowanie w stosunku do nich art. 13 § 1 k.k., jest treść art. 131 § 1 k.k., która zawiera klauzule nie podlegania karze za „usiłowanie przestępstwa określonego w art. 127 § 1 bądź art. 128 § 1”. Jeżeli jednak odwołałoby się do powszechnie przyjmowanej tezy o braku „pola niczyjego”⁵⁰ między przygotowaniem a usiłowaniem oraz usiłowaniem a dokonaniem to możemy powiedzieć, że art. 131 § 1 k.k. dotyczy nie tyle usiłowania (art. 13 § 1 w zw. z art. 127 § 1 lub art. 128 § 1), które J. Kulesza określił słowami: „bezpośrednie zmierzanie do bezpośredniego zmierzania do realizacji celu”⁵¹, ale ogólnie dokonania, czyli jak je określił J. Kulesza: „podjęcia czynności, która bezpośrednio zmierza do realizacji celu”⁵². Jest to o tyle słuszne, że to, co J. Kulesza⁵³ uznał za usiłowanie typu z art. 127 lub 128 k.k., o którym mowa w art. 131 § 1 k.k., odpowiada modelowi⁵⁴ przygotowania: czym, jak nie stworzeniem warunków do powzięcia czynu bezpośrednio zmierzającego do popełnienia przestępstwa, jest bezpośrednio zmierzanie do bezpośredniego zmierzania. Obrazuje to nieprzystosowanie modelu odpowiedzialności z art. 127 i 128 k.k. do treści art. 13 § 1 k.k. oraz art. 16 § 1 k.k. jako podstaw normatywnych modelu *iter delicti*.

Problem znaczenia, dla wykładni prawa karnego, paralelności językowej opisu typu czynu odpowiadającego w istocie konstrukcji części ogólnej może być rozwiązany także w ten sposób, że przyjmie się autonomiczny charakter

⁴⁹ Por. P. J. A. v. Feuerbach, *Lehrbuch des gemeinen in Deutschland gültigen peinlichen Rechts*, wyd. 5, Giessen 1812, § 42, s. 43; Feuerbach, Mittermaier, *Lehrbuch des gemeinen in Deutschland gültigen peinlichen Rechts*, Giessen 1840, s. 71; F. v. Liszt, *Lehrbuch des deutschen Strafrecht*, Berlin 1900, s. 180–183. Cel przestępczy nie wyklucza usiłowania w zamiarze ewentualnym, ponieważ zamiarowi ewentualnemu popełnienia przestępstwa zawsze towarzyszy jakiś cel, w tym zarówno o charakterze kryminalnym, jak i nie stypizowanym w ramach innego przestępstwa.

⁵⁰ A. Liszewska, *System...*, s. 736–737 i literatura tam podana.

⁵¹ J. Kulesza, (w:) M. Królikowski (red.), *Kodeks karny. Część szczególna. Komentarz do art. 117–221*, t. I, Warszawa 2013, s. 67.

⁵² Tamże, s. 64.

⁵³ Tamże. Zresztą sam autor podkreśla, że kryminalizacji w art. 127 § 1 k.k. podlega w istocie usiłowanie.

⁵⁴ Stanowisko o wzorcowym (modelowym) charakterze art. 16 § 1 k.k. konsekwentnie przyjmuje M. Małecki, *Karne...*, s. 38 i 44; zob. też tegoż, *Grooming...*, s. 93–94; tegoż, *Funkcje...*, s. 62 i n.

takich typów rodzajowych. Teza taka jest poprawna pod względem *stricte* językowej interpretacji tekstu prawnego, ale już na poziomie zasady wewnętrznej spójności normatywnej systemu prawnego jest trudna do utrzymania. Innymi słowy, potrzeba dokonać takiej interpretacji obowiązujących przepisów, aby jej rezultat nie prowadził do wewnętrznej sprzeczności normatywnej kodeksu. Towarzyszyć temu zabiegowi musi również odejście od *stricte*⁵⁵ subsydiarnego charakteru reguł wykładni systemowej i funkcjonalnej na rzecz zintegrowanej koncepcji derywacyjnej wykładni⁵⁶, jeżeli chodzi o konieczność przejścia przez wszystkie etapy procesu interpretacji⁵⁷. Podsygnalizowane jest to potrzebą uwzględnienia rozróżnienia dokonanego przez L. Nowaka⁵⁸ oraz R. Sarkowicza i J. Stelmacha⁵⁹, wykorzystanego w koncepcji zintegrowanej wykładni przez M. Zielińskiego, na prawodawcę faktycznego (instytucjonalnego), który jedynie tworzy przepisy, oraz prawodawcę racjonalnego, który jest „twórcą norm odtwarzanych przez interpretatora z tekstu prawnego”⁶⁰. Inaczej mówiąc zasada racjonalności wymaga od interpretatora, aby rezultat wykładni był racjonalny, tj. zgodny ze standardami systemu interpretowanego prawa. Takie spojrzenie zasługuje na szczególną uwagę wobec postępującego na szeroką skalę zjawiska populizmu penalnego, którego doktryna, jak i orzecznictwo zatrzymać co prawda nie może, ale któremu są one w stanie przeciwdziałać przez odpowiednią interpretację tekstu ustawy. Na poparcie niniejszego podejścia „prawotwórczej”⁶¹, a ściślej holistycznej⁶², wykładni można podać orzeczenie Trybunału Konstytucyjnego z dnia 28 czerwca 2000 r.⁶³: „Nie oznacza to, że granica wykładni, jaką stanowić może językowe znaczenie tekstu jest granicą bezwzględną. Oznacza to jedynie, że do przekroczenia tej granicy niezbędne jest silne uzasadnienie aksjologiczne, odwołujące się przede wszystkim do wartości konstytucyjnych”. Z kolei, w wyroku Sądu Najwyższego z dnia 19 listopada 2008 r.⁶⁴

⁵⁵ Chodzi o moment zakończenia interpretacji, który miałby nastąpić już na etapie wykładni językowej, choćby miałyby to prowadzić do sprzeczności systemowej.

⁵⁶ Zob. M. Zieliński, Derywacyjna koncepcja wykładni jako koncepcja zintegrowana, RPEiS 2006, nr 3; tegoż, Wykładnia prawa..., s. 310–344, zwłaszcza zasada: procesowi interpretacyjnemu należy poddać każdy przepis prawny w celu zrozumienia go niezależnie od stopnia jego rozumienia *prima facie* (s. 311).

⁵⁷ M. Zieliński, Wykładnia prawa..., s. 312.

⁵⁸ Por. tamże.

⁵⁹ Cytuje za tamże, s. 308, przyp. 31.

⁶⁰ Tamże, s. 308.

⁶¹ Zob. J. Wyrembąk, Zasadnicza wykładnia znamion przestępstw. Pozycja metody językowej oraz rezultatów jej użycia, Warszawa 2007, s. 214–223, a także P. Wiatrowski, Dyrektywy wykładni prawa karnego materialnego w judykaturze Sądu Najwyższego, Warszawa 2013, s. 276–288.

⁶² P. Wiatrowski, *ibidem*, s. 193.

⁶³ Wyrok TK z dnia 28 czerwca 2000 r., sygn. K 25/99, Dz. U. z 2000 r., Nr 53, poz. 648.

⁶⁴ Wyrok SN z dnia 19 listopada 2008 r., sygn. V KK 74/08, LEX nr 486159.

czytamy: „Proces wykładni powinien polegać na zastosowaniu wszystkich metod (językowej, systemowej i funkcjonalnej), gdyż porzucenie na wykładni językowej nie jest wystarczające. Zasada pierwszeństwa wykładni językowej nie oznacza, że w procesie wykładni wolno całkowicie zignorować wykładnię systemową i funkcjonalną”. W podobnym choć już łagodniejszym tonie wypowiedział się Sąd Najwyższy w uchwale siedmiu sędziów z dnia 28 marca 2012 r.⁶⁵: „Pamiętając bowiem o tym, że w orzecznictwie Sądu Najwyższego dominuje zapatrywanie o potrzebie zastosowania, przy rozstrzyganiu określonego zagadnienia prawnego, wszystkich metod wykładni (...) i jest ono akceptowane także w piśmiennictwie (...), przyjąć jednak należy, że pierwszeństwo w procesie wykładni mają dyrektywy językowe, a pogląd ten jest równie powszechnie przyjmowany w judykaturze (...), jak i w doktrynie (...). Taki porządek preferencji nie ma co prawda charakteru absolutnego”.

Kluczowy dla wykładni prawa jest kontekst językowy, w jakim tworzone są przepisy prawa. Każdy akt prawny składa się z części opisowej, czyli przepisów, i części normatywnej. Język służy zawsze określonej celowi. Oznacza to, że przepis prawny jest aktem językowym, którego kontekstem jest kodeks karny. Prowadzi to dalej do tego, że przepis nie może być interpretowany z pominięciem jego kontekstu, czyli wszystkich innych przepisów składających się na kodeks, w tym zwłaszcza przepisów części ogólnej⁶⁶. W nawiązaniu do wyróżnianego prawodawcy faktycznego oraz prawodawcy racjonalnego ukazuje się jasny wniosek, że nie można wyłącznie na podstawie zastosowania nowej jednostki redakcyjnej aktu prawnego uznać nowego typu rodzajowego przestępstwa, co pociągnie za sobą samodzielny charakter tejże postaci odpowiedzialności karnej. Konieczne w związku z tym jest przyjęcie modelu holistycznej wykładni prawa⁶⁷.

Nieprzystosowanie przepisów części szczególnej kodeksu, opisujących *sui generis* formę stadialną przygotowania, o którym mowa było uprzednio, widoczne jest tym bardziej w relacji między art. 17 k.k. (ogólna klauzula niepodlegania karze za przygotowanie) i poszczególnych klauzul dla przestępstw *sui generis* przygotowania, które ograniczają katalog okoliczności wyłączających karę, co rodzi pytanie o możliwość jednoczesnego zastosowania art. 17 k.k. wobec takich przestępstw. Przy czym z tego samego względu, dla którego ustawodawca przyjmuje technikę legislacyjną penalizacji przygotowania – *delictum sui generis* – którym jest specyficzna ocena karygodności *in abstracto*, wprowadzane są szczególne warunki dla zasto-

⁶⁵ Uchwała SN z dnia 28 marca 2012 r., sygn. I KZP 24/11, LEX nr 1125247.

⁶⁶ Zob. P. Wiatrowski, Dyrektywy..., s. 236–242, który pisze o dyrektywie nakazującej uwzględnić spójność systemu z perspektyw aktualnego orzecznictwa.

⁶⁷ Na temat rozstrzygnięcia konfliktu między różnymi rezultatami wykładni językowej, systemowej, funkcjonalnej zob. tamże, s. 242–246.

sowania klauzul nie podlegania karze. Przykładowo, jeżeli oszustwo asekuracyjne – *sui generis* przygotowanie oszustwa klasycznego (art. 298 § 1 k.k.) – godzi w funkcjonowanie systemu ubezpieczeń, to uzasadnieniem wyłączenia kary (§ 2) jest zapobiegnięcie wypłacie odszkodowania, która stanowi odzwierciedlenie ataku na dobro kolektywne. Zwrócić można uwagę na treść art. 131 § 2 k.k.: „nie podlega karze za przestępstwo określone w art. 128 § 2”. Obrazuje ona niekonsekwencję terminologiczną ustawodawcy, jeśli zestawimy ją z art. 17 § 1: nie podlega karze za przygotowanie. Skoro przygotowanie, o którym mowa w art. 16 § 1, nie jest samodzielnym przestępstwem (rodzajowym typem czynu zabronionego), to treść art. 131 § 2 k.k. jest teoretycznie niepoprawna, ponieważ art. 128 § 2 brzmi: „kto czyni przygotowania (...) podlega karze (klauzula karalności)”, a użyte w treści art. 131 § 2 sformułowanie „przestępstwo określone w art. 128 § 2” nie odnosi się do samodzielnego typu rodzajowego przestępstwa, ale do zachowania wypełniającego znamiona przygotowania do czynu określonego w § 1. Wskazana niekonsekwencja terminologiczno-językowa obrazuje konieczność uwzględnienia w procesie wykładni kontekstu językowego, jakim jest cały kodeks, a nie tylko jego fragmentu. Prowadzi to do konstatacji, że równie dobrze z treści art. 131 § 1: „za usiłowanie przestępstwa określonego w (...) art. 128 § 1” może wynikać, że dotyczy części spektrum przygotowania, które karalne jest na podstawie art. 128 § 2. Oznaczałoby to, że art. 131 § 1 stanowi *lex specialis* w stosunku do art. 17 k.k., odnoszący się wyłącznie do wycinka pochodzącego przestępstwa, o którym mowa w art. 131 § 1, czyli jak twierdzi J. Kulessza: „bezpośredniego zmierzania do bezpośredniego zmierzania do realizacji celu”. Przedstawiony zabieg interpretacyjny jest uzasadniony, o ile przyjmujemy, że art. 128 § 1 to wyodrębnione zachowanie stanowiące etap usiłowania wywołania skutku w postaci usunięcia konstytucyjnego organu państwa i tym samym nie może być traktowane jako „samodzielna” kategoria typu rodzajowego. W ten sposób penalizowane przygotowanie do tego przestępstwa jest karalne zarówno na podstawie zastosowania art. 13 § 1 do art. 128 § 1, jak i na podstawie art. 128 § 2 k.k., różniące się wymiarem kary, w pierwszym przypadku na podstawie sankcji przewidzianej w art. 128 § 1 (ze względu na treść art. 14 § 1 k.k.), a w tym drugim na podstawie sankcji przewidzianej w art. 128 § 2. Przyjęcie takiej konstrukcji opisu przestępstwa jest przy tym podyktowane zdrowym rozsądkiem, ponieważ tworzenie takiego typu, jak dokonanie usunięcia organu, miałyby się z celem, skoro nie miałyby już kto wyegzekwować pociągnięcia do odpowiedzialności karnej.

Kolejnym punktem rozważań jest treść definicji art. 115 § 1 k.k.: czynem zabronionym jest zachowanie o znamionach określonych w ustawie. Należy wyraźnie zestawić pojęcie czynu z treścią art. 13 § 1 i art. 16 § 1 k.k. Elementem przedmiotowym przygotowania jest czyn stanowiący podstawę dla powzięcia czynu już bezpośrednio zmierzającego do popełnienia przestęp-

stwa. Jeżeli ustawodawca decyduje się na wprowadzenie klauzuli karalności przygotowania, to zachowanie odpowiadające przygotowaniu jest zachowaniem o znamionach określonych w ustawie⁶⁸. Taką samą uwagę odnieść można do czynu z art. 200a § 1 czy 298 § 1 k.k. Oznacza to, że powołanie się na art. 115 § 1 k.k. jako argument przesądzający o samoistnym charakterze przestępstw *sui generis* przygotowania jest pozbawiony sensu, ponieważ nie może stanowić kryterium przesądzającego w sposób absolutny o samodzielnym/niesamodzielnym charakterze przestępstw *sui generis* przygotowania⁶⁹, skoro pod pojęciem czynu zabronionego rozumie się zarówno klauzule karalności przygotowania, usiłowanie przestępstwa, jak i dokonany konkretny typ rodzajowy czynu zabronionego. Wynika to z założenia, że z samodzielności normy sankcjonującej, która odnosi się do przyjętego sposobu typizacji, nie można wyprowadzić niesamodzielnego charakteru typu rodzajowego przestępstwa, jeżeli inne względy się temu przeciwstawiają. Jako przykład można podać typ kwalifikowany przez następstwo, którego norma sankcjonująca jest samodzielna względem normy sankcjonującej typu podstawowego, choć treściowo się pokrywają, z wyjątkiem znamienia kwalifikowanego – skutku, ale nie oznacza to, że typ kwalifikowany może być usiłowany. Upraszczając, każda forma odpowiedzialności karnej niezależnie od przyjętej kwalifikacji prawnej – czy to w formule art. 13 § 1 k.k. w związku z przepisem części szczególnej, czy to na podstawie klauzuli karalności przygotowania, np. art. 127 § 2, czy to na podstawie przepisu części szczególnej – jest zachowaniem wypełniającym znamiona przestępstwa, a tym samym jest samodzielną normą sankcjonującą i nie wynika z tego jeszcze, że mamy do czynienia z „samodzielnym” typem *sui generis* przygotowania, choć stanowi to mocny argument przemawiający za takim charakterem⁷⁰.

⁶⁸ Por. M. Małecki, *Grooming...*, s. 93.

⁶⁹ W ten sam sposób, dla którego wyłączne ustalenie wypełnienia znamion karalności nie przesądza zawsze o bezprawności czynu.

⁷⁰ W istocie ma on charakter zdroworozsądkowy – przez odwołanie się do klasycznej techniki tworzenia nowego typu rodzajowego, jakim jest wprowadzenie nowej jednostki redakcyjnej – w połączeniu z założeniem racjonalności ustawodawcy, który nie tworzy norm wewnętrznie sprzecznych. Tyle tylko, że w takim wypadku zderzamy się z „polityką faktów dokonanych” – ustawodawca tworzy przepisy, nie uwzględniając perspektywy całości systemu i dokonując w istocie wyłomu w ogólnej filozofii i konstrukcji prawa karnego kodeksowego, w obliczu czego interpretator jest zmuszony przyjąć rozwiązanie najmniej kolidujące, a więc w interesującym nas zagadnieniu uznać samodzielną charakter przestępstw *sui generis* przygotowania. Przy czym jest to uzasadnione tylko wtedy, gdy prawodawcy faktycznemu przypiszemy przymiot racjonalności. Nie jest to jednak, jak zostało już przedstawione, poprawne rozumienie koncepcji racjonalności ustawodawcy. Prawodawca faktyczny, czyli ten, który tworzy przepisy, nie jest racjonalny, w rozumieniu domniemania racjonalności ustawodawcy, które dotyczy wyłącznie prawodawcy – twórcy norm.

Rozstrzygając samodzielny bądź niesamodzielny charakter przestępstw *sui generis* przygotowania, musi zostać zbadana ich struktura normatywna. Bez wątpienia, zarówno klauzula karalności przygotowania, jak i przepis części szczególnej stanowiący przygotowanie *delictum sui generis* stanowią odzwierciedlenie normy sankcjonującej. Oznacza to, że w obu przypadkach zawsze mamy do czynienia z odmienną normą sankcjonującą⁷¹, która stanowi środek ochrony dobra prawnego⁷². O samodzielnym charakterze przestępstw *sui generis* będzie mowa wyłącznie wtedy, gdy norma sankcjonowana leżąca u podstaw czynu ją przekraczającego będzie różna od normy sankcjonowanej sprzężonej z formą stadialną na podstawie art. 16 i art. 13 § 1 k.k. Musimy przy tym przyjąć, że zarówno w ramach przygotowania, jak i usiłowania dochodzi do przekroczenia tej samej normy sankcjonowanej⁷³. W przeciwnym razie powiązanie pola ochrony dobra prawnego⁷⁴ w ramach kategorii przestępstw *sui generis* przygotowania i typów rodzajowych czynów zabronionych, decydujące o ich wzajemnej komplementarności i w konsekwencji o niesamodzielnym charakterze tych pierwszych, staje się jedynie tezą teoretyczną. Cała koncepcja modelu – wzorca karalności przygotowania (art. 16 § 1), który przyjmuje dwie techniki penalizacji (art. 16 § 2), musi być oparta na tożsamości normy sankcjonowanej, w przeciwnym razie brak jest wyraźnych podstaw normatywnych dla niesamodzielnego charakteru przestępstw *sui generis* przygotowania. Skoro samo przygotowanie wynikające z art. 16 § 1 jest samodzielne pod względem bezprawia od usiłowania i dokonania, to tym bardziej będzie miało to miejsce, gdy z uwagi na wyższy poziom karygodności⁷⁵ *in abstracto* ustawodawca decyduje się na dokładne opisanie typu czynności przygotowawczych w nowej jednostce redakcyjnej kodeksu. W takim wypadku całkowicie uzasadnione jest odwołanie się do definicji „samodzielnego” czynu zabronionego, ponieważ mamy do czynienia z zachowaniem opisanym przez ustawę jako zabronione, które jest wyodrębnione z modelu *iter delicti* przez ustawodawcę jako typ rodzajowy przestępstwa, do którego odnosi się art. 13 § 1 k.k. Teza M. Małeckiego, że niezależność podstawy kryminalizacji (zrelatywizowana do innego przestępstwa) pociąga za sobą wniosek o niesamodzielnym charakterze przestęp-

⁷¹ Wydaje się, że to miał na myśl M. Małecki, formułując myśl o samodzielności przestępstw *sui generis* przygotowania pod względem typizacji – tegoż, Karalne..., s. 38, przyp. 7.

⁷² W tym sensie, że jest sprzężona z przekroczeniem normy sankcjonowanej. Por. R. Dębski, Karalność usiłowania nieudolnego, RPEiS 1999, nr 2, s. 115, przyp. 90.

⁷³ Zob. A. Zolli, O normie prawnej z punktu widzenia prawa karnego, Krakowskie Studia Prawnicze 1990, rok XXIII, s. 73–82.

⁷⁴ Zob. M. Filipczak, Usiłowanie..., s. 77–78.

⁷⁵ Stopień społecznej szkodliwości *in abstracto* jest tożsamy z pojęciem bezprawia jako treści normy sankcjonowanej (bezprawność w rozumieniu materialnym); zob. T. Kaczmarek, System..., s. 285–289.

stwa *sui generis*⁷⁶ nic nie zmienia, jeżeli zakładamy odmienną bezprawność etapów *iter delicti*, przy założeniu różnych norm sankcjonowanych w ramach form stadialnych. Sam fakt, że opis typu czynu (norma sankcjonująca), np. art. 127 § 1 czy art. 200a § k.k., odpowiada modelowi usiłowania albo przygotowania nie pociąga za sobą niesamodzielnego charakteru takich przestępstw, wręcz odwrotnie, sugeruje ich niezależność od art. 13 § 1 i 16 k.k., ponieważ zespół znamion takich typów cechuje się wyższą karygodnością *in abstracto*⁷⁷. Skoro mamy do czynienia z samodzielnymi normami sankcjonującymi i przekraczają one niezależne od siebie normy sankcjonowane, to trudno byłoby nie przyjąć, że takie typy rodzajowe mają niesamozdzielny charakter, pamiętając o uwagach co do treści art. 115 § 1 k.k. Skoro, jak twierdzi M. Małecki, funkcja działowa definicji przygotowania opierać się może na różnych przepisach, a w przypadku kategorii *delictum sui generis* przygotowania są nimi przepisy części szczególnej⁷⁸, to przesądzi to o samodzielnym charakterze normy sankcjonującej, co jest podstawą dla przyjęcia czynu zabronionego w rozumieniu art. 115 § 1 k.k., a w konsekwencji na zastosowanie art. 13 § 1 k.k., burząc cały sens koncepcji przestępstw *sui generis* przygotowania⁷⁹. Zasadniczo, to w treści art. 16 § 2 k.k. tkwi istota niesamozdzielności omawianej kategorii przestępstw, ponieważ samo przyjęcie modelu wzorca nie zmienia samodzielnego charakteru norm sankcjonujących i potrzeba dodatkowego argumentu za tezą o nieusiłowalności przestępstw *sui generis* przygotowania. Przyjęcie w ramach opisu typu zamiaru ukierunko-

⁷⁶ M. Małecki, Karalne..., s. 39, przyp. 9. Niejasne przy tym jest stwierdzenie autora, że „W związku z tym samodzielność/niesamozdzielność typizacji, czy jej pierwotny charakter, nie mogą być miarodajnymi kryteriami odróżnienia przygotowania stadialnego i przygotowania samoistnego” (tamże, s. 42–43), ponieważ nie wiadomo, czy we fragmencie o pierwotnym charakterze chodzi o normę sankcjonującą, czyli typizację, czy o społeczną szkodliwość *in abstracto* jako wynik przyjętych kryteriów kryminalizacji.

⁷⁷ Odmiennie M. Małecki, *Grooming...*, s. 99 i 100; tegoż, *Funkcja...*, s. 71, który uznaje przedmiotowo-podmiotowe, pod względem opisu znamion, powiązanie konstrukcji formy przygotowania i kategorii przestępstw *sui generis* przygotowania za wystarczające dla uznania niesamozdzielności charakteru takich przestępstw, prowadząc słusznie karygodność takich typów do innych komplementarnych w stosunku do nich typów rodzajowych przez odwołanie się do celu ich popełnienia. Nie stanowi to jednak wystarczającego argumentu obalającego potraktowanie omawianych typów *sui generis* przygotowania jako wyodrębnionych samodzielných typów rodzajowych, z uwagi na ich wyższą karygodność *in abstracto*. Innymi słowy, ten argument jest niewystarczający aby wyłączyć/przełamać argument oparty na samodzielnym wyższej karygodności *in abstracto*, stanowiącej podstawę dla wyodrębnienia czynności przygotowawczych jako samodzielných typów rodzajowych. Oznaczałoby to, że objęcie karalnością usiłowania do takiego typu rodzajowego byłoby obarczone co najwyżej zarzutem niekonstytucyjności, ale dogmatycznie poprawne.

⁷⁸ M. Małecki, *Funkcja...*, s. 69.

⁷⁹ Stąd potrzeba uznania tożsamej normy sankcjonowanej form stadialnych, która przesądza o wspólnym polu ochrony (bezprawność), wyłączając samodzielny charakter omawianých typów rodzajowych w powiązaniu z art. 16 § 2 k.k.

wanego na popełnienie innego przestępstwa stanowi jedynie sposób wprowadzenia normy sankcjonującej, a skoro przygotowanie charakteryzuje się samodzielnym bezprawiem, to tym bardziej wyjątkowe pod względem ciężaru bezprawności przygotowanie zasługuje na samodzielną typizację, a w konsekwencji „rozszerzenie” odpowiedzialności na jego usiłowanie.

Kolejnym przykładem na przenikanie się przepisów części ogólnej i szczególnej w ramach modelu *iter delicti* są art. 163 § 1 i art. 164 § 1 k.k. Wskazany typ rodzajowy z art. 164 § 1 penalizuje sprowadzenie bezpośredniego niebezpieczeństwa zdarzenia określonego w art. 163 § 1 k.k. Niniejsze odesłanie odnosi się do stanu zagrożenia życia lub zdrowia wielu osób albo mienia w wielkich rozmiarach mającego postać wskazaną w enumeratywnym katalogu. Czyn z art. 163 § 1 k.k. ma z całą pewnością charakter realnego zagrożenia dla dóbr prawnych, a jego usiłowanie również charakteryzuje się realnością zagrożenia, ale o mniejszym stopniu, z uwagi na sprowadzenie jedynie realnego narażenia na wywołanie stanu, o którym mowa w przepisie. Tym samym częściowo stopień zagrożenia przy usiłowaniu czynu z art. 163 § 1 k.k. pokrywa się z dyspozycją dokonania przestępstwa z art. 164 § 1 k.k., w tym zakresie, w jakim realność zagrożenia czynu usiłowanego osiągnęła fazę bezpośredniości. Różnica jednak przejawia się w stronie podmiotowej, gdyż ilekroć udowodniony zostanie zamiar wywołania stanu zagrożenia, o którym mowa w art. 163 § 1 k.k., wykluczona będzie możliwość zastosowania art. 164 § 1 k.k., ponieważ wskazany zamiar wywołania skutku dalszego skonsumuje zamiar skutku bliższego⁸⁰. Tym samym przestępstwo z art. 164 § 1 k.k. stanowi samodzielny typ rodzajowy, który charakteryzuje się realnością zagrożenia dla dobra prawnego przez konkretne narażenie na wywołanie stanu zagrożenia z art. 163 § 1 k.k. Powiązanie normatywne w postaci wspólnego pola ochrony, wynikającego z odesłania, o którym mowa w przepisie, w sposób naturalny wpływa na usiłowanie czynu z art. 164 § 1 k.k. Zajdzie ono wtedy, gdy polega na bezpośrednim zmierzaniu do konkretnego narażenia, jeżeli owe zachowanie jest zdadne do wywołania stanu, o którym mowa w art. 163 § 1 k.k. Wskazuje to na szczególnego rodzaju specyfikę przestępstwa z art. 164 § 1 k.k., które z jednej strony może być potraktowane jako samodzielny rodzajowo typ czynu zabronionego, z drugiej zaś jako *sui generis* usiłowanie przestępstwa z art. 163 § 1 k.k.

Dla potrzeby dalszych rozważań jeszcze raz należy wyróżnić dwa względnie niezależne od siebie zagadnienia, kryminalizacji (penalizacji) i typizacji zachowania. Kryminalizacja dotyczy przyjęcia odpowiednich kryteriów pozwalających na podjęcie decyzji o penalizacji określonej sfery spo-

⁸⁰ Odmienne przez wskazanie na rzeczywisty zbieg przepisów zob. P. Petasz, (w:) M. Królikowski, R. Zawłocki (red.), Kodeks karny. Część szczególna. Komentarz, t. I, Warszawa 2013, s. 330.

łecznej. Dopiero tak wyodrębniona kategoria pozwala na przyjęcie właściwej techniki opisu typu czynu zabronionego pod groźbą kary. Z tych dwóch perspektyw można wyodrębnić bezprawność, rozumianą jako *ratio legis* penalizacji, oraz bezprawność jako element konkretnego typu rodzajowego przestępstwa. Prowadzi to w dalszej kolejności do uznania, że bezprawność już wprowadzonego typu rodzajowego może być węższa od pełnego zakresu hipotetycznego związku przyczynowego w ramach zakresu kryminalizacji. Obrazuje to teoretyczną konieczność doprecyzowania pojęcia kryminalizacji dla potrzeb rozważań karnistycznych, ponieważ posługiwanie się słowem-kluczem „kryteria kryminalizacji” może prowadzić do niepożądanych wniosków dogmatycznych, jak choćby tego, że sprowadzenie bezprawności typu przestępstwa posiadania nielegalnej broni do przygotowania np. zabójstwa pociąga za sobą uznanie domniemania zamiaru w ramach tego typu, co byłoby obejściem zasady *nullum crimen sine culpa*, a jak słusznie zauważyły E. Hryniewicz⁸¹ i E. Graul⁸², jest to niedopuszczalne konstytucyjnie.

Jeżeli posłużono by się wyłącznie bliżej nieokreślonym kryterium kryminalizacji, to w przypadku fałszerstwa pieniędzy (art. 310 k.k.) moglibyśmy dojść do wniosku o jego niesamodzielnym charakterze, jako przygotowania do przestępstwa oszustwa klasycznego (art. 286 § 1 k.k.). Skoro jednym z powodów, dla których dopuszcza się kryminalizację takich zachowań, jest ochrona przedpola dobra z uwagi na możliwe wykorzystanie sfalszowanych pieniędzy w obrocie gospodarczym, to powiązanie celu sfalszowania i celu popełnienia innego przestępstwa odpowiada wzorowi przygotowania, o którym mowa w art. 16 § 1 k.k. – wykorzystanie sfalszowanych pieniędzy jest wprowadzeniem w błąd i doprowadzeniem do niekorzystnego rozporządzenia mieniem – co stanowi wypełnienie znamion typu z art. 286 § 1 k.k., zważywszy, że strona przedmiotowa typu z art. 310 § 1 i 2 odpowiada przysposobieniu środków jako czynności przygotowawczej⁸³. Nie można przy tym powołać się na zasadniczo odmienną treść normy sankcjonującej wyrowadzanej z art. 310 § 1 i 2 k.k., w ramach której nie ma mowy o celu popełnienia oszustwa, z tych samych względów, dla których nie można wyłącznie na podstawie treści strony podmiotowej *groomingu* (cel popełnienia przestępstwa w art. 197 § 3 pkt 2, art. 200 i in.), przesądzić o jej niesamodzielnym charakterze, skoro w jednym i drugim przypadku istotą kryminalizacji jest objęcie przedpola zagrożenia wynikającego z dokonania innego typu rodzajowego przestępstwa⁸⁴. Wynika to z przedstawionego już założenia, że

⁸¹ Tejże, *Przestępstwa abstrakcyjnego i konkretnego zagrożenia dóbr prawnych*, Warszawa 2012, s. 49–50.

⁸² Tejże, *Abstrakte Gefährdungsdelikte und Präsumtionen im Strafrecht*, Berlin 1991, s. 335–354.

⁸³ Środków mających służyć do popełnienia przestępstwa.

⁸⁴ Przy czym warto zwrócić uwagę na pozorność tego stwierdzenia w stosunku do art. 310 k.k., którego kryteria kryminalizacji nie wyczerpują się jedynie w możliwym wykorzystaniu fałsz-

z samodzielności normy sankcjonującej nie można wyprowadzić niesamodzielnego charakteru typu rodzajowego przestępstwa, jeżeli inne względy się temu przeciwstawiają. Innymi słowy, z samego opisu znamion wynika jedynie norma sankcjonująca i w związku z tym, jeżeli na tym byśmy poprzestali, to zarówno usiłowanie przestępstwa X, jak i dokonanie przestępstwa X, stanowiłyby samodzielne przestępstwa, a przecież usiłowanie jest jedynie *iter delicti* konkretnego typu. Przy czym, analizując przestępstwo fałszerstwa pieniędzy, nie może w ogóle wchodzić w grę potraktowanie go jako techniki penalizacji przygotowania w rozumieniu art. 16 § 2, z uwagi na klauzule karalności przygotowania (art. 310 § 4) do dokonania z § 1 lub § 2, chyba że dopuścimy karalność przygotowania do przygotowania, ale wtedy wyróżnienie kategorii dogmatycznej przestępstw *sui generis* przygotowania traci swój sens, ponieważ celem wyodrębnienia jest podkreślenie ich nieusilowalności. Taka argumentacja znajdzie zastosowanie również wobec fałszerstwa dokumentów (art. 270 § 1 i 4 k.k.), których zespół znamion (§ 1) odpowiada wzorowi przygotowania, chociażby z uwagi na cel użycia sfałszowanego dokumentu – czyli popełnienia innego przestępstwa – oraz znamienia czasownikowego podrobienia lub przerobienia jako czynności przysposobienia środków do realizacji innego przestępstwa⁸⁵. Podobnie rzecz przedstawi się w ramach nielegalnego posiadania broni (art. 264 k.k.), którego jednym z kryteriów wprowadzenia zakazu karnego jest penalizacja zachowań, które mogą stanowić przygotowanie do przestępstwa przeciwko życiu lub zdrowiu⁸⁶. Nie ma jednak możliwości zrelatywizowania rodzajowego przedmiotu ochrony typu z art. 264 k.k. do wspólnego pola ochrony⁸⁷ w ramach „przygotowania” do popełnienia przestępstwa z rozdziału XIX. Gdyby posłużyć się tylko kryterium kryminalizacji, jakim może być objęcie ochroną szeregu inte-

wanych pieniędzy dla popełnienia oszustwa, a obejmują całe spectrum tzw. „normatywnego związania” (zob. D. Gruszecka, *Ochrona...*, s. 173). Poza tym, z jednej strony, sprowadzenie przestępstwa fałszerstwa pieniędzy do przygotowania oszustwa klasycznego omijałoby zarzut nieuzasadnionej „kolektywizacji” dobra stanowiącego przedmiot ochrony [na ten temat zob. L. Greco, *Gibt es Kriterien zur Postulierung eines kollektiven Rechtsguts?*, (w:) *Festschrift für Claus Roxin zum 80. Geburtstag am 15. Mai 2011: Strafrecht als Scientia Universalis*, pod red. M. Heinricha, C. Jägera, B. Schünemann, Walter de Gruyter 2011, s. 207], jako że ochronie podlegałoby dobro konkretne mienia, z drugiej zaś narażałoby się na zarzut obejścia *nullum crimen sine culpa*, przez to, że wprowadza domniemanie zamiaru do struktury przestępstwa. Obrazuje to złożoność problematyki wykraczającej poza tematykę artykułu.

⁸⁵ Należy przy tym podkreślić, że drugi człon czynu posługiwanie się dokumentem nie można co prawda przypasować do żadnej z wymienionych czynności przygotowawczych w art. 16 § 1 k.k., ale wydaje się, że posługiwanie się takim dokumentem odpowiada znamieniu stworzenia warunków do realizacji czynu bezpośrednio zmierzającego do popełnienia przestępstwa, względnie znamieniu bezpośredniego zmierzania.

⁸⁶ D. Gruszecka, *Ochrona...*, s. 276–278; W. Wohlers, *Deliktstypen...*, s. 328–330.

⁸⁷ Obrazuje to tzw. normatywne związanie; zob. D. Gruszecka, *ibidem*, s. 278–279, przyp. 640.

resów obywateli⁸⁸, składających się na dobro „kolektywne”⁸⁹, to w przypadku art. 298 § 1 k.k. implikuje to przyjęcie jego samodzielnego charakteru, choć opis znamion odpowiada wzorcowi z art. 16 § 1. Chociaż, jeżeli poszłoby się tropem wyłącznie kryterium kryminalizacji, jednocześnie przyjmując odmienność normy sankcjonowanej w modelu *iter delicti*, to podważyłoby to, pod względem strony podmiotowej typu z art. 298 § 1 k.k., tezę o powiązaniu „celu uzyskania odszkodowania” z „celem osiągnięcia korzyści majątkowej”⁹⁰, a w konsekwencji wykluczyłoby się charakter oszustwa asekuracyjnego jako *sui generis* przygotowania oszustwa klasycznego. Należy pamiętać, że kryminalizacja polega na wyodrębnieniu sposobu zachowań podlegających penalizacji, a następnie należy przyjąć właściwą technikę opisu typu. Natomiast bezprawność już wprowadzonego typu rodzajowego może być węższa od pełnego zakresu hipotetycznego związku przyczynowego w ramach zakresu kryminalizacji. Dopiero poczynienie odpowiednich ustaleń co do jednolitości normy sankcjonowanej form stadialnych pozwala na sprzężenie typów przygotowania *sui generis* z innymi komplementarnymi typami rodzajowymi, co przesądza o potraktowaniu ich jako techniki legislacyjnej, o której mowa w art. 16 § 2 k.k. Trzeba podkreślić, że w art. 16 § 2 mowa jedynie o karalności, jeżeli ustawa tak stanowi. Oznacza to, że z punktu widzenia art. 115 § 1 w zw. z art. 13 § 1 k.k. równie dobrze możemy powiedzieć, że ustawa dopuszcza usiłowanie przestępstw *sui generis* przygotowania, skoro takie typy są samodzielnymi normami sankcjonującymi i odpowiadają definicji czynu zabronionego. Potrzeba w związku z tym dodatkowego argumentu strukturalno-normatywnego, aby uznać niesamodzielną *delictum sui generis* przygotowania, a jest nim wspólne pole ochrony dobra (bezprawność). Wspólne pole bezprawności (ochrona dobra prawnego) jest tym, co łączy kategorię przestępstw *sui generis* przygotowania i klauzule karalności przygotowania w ramach modelu odpowiedzialności karnej za przygotowanie. Skoro, trzymając się przykładu z oszustem asekuracyjnym i klasycznym, dochodzi do przekroczenia tej samej normy sankcjonowanej, to zgodnie z koncepcją norm sprzężonych i jednolitości normy sankcjonowanej form stadialnych, dokonanie czynu z art. 298 § 1 k.k. jest przekroczeniem normy sankcjonowanej leżącej u podstaw przygotowania czynu z art. 286 § 1 k.k. Przesądza to o zastosowaniu „typizacji częściowej przygotowania”⁹¹ w ramach art. 298 § 1. Takie ujęcie pozwala także na odróżnienie przestępstw *sui generis* przygotowania, które stanowią technikę legislacyjną

⁸⁸ Podstawowym celem ochrony normy z art. 298 k.k. jest pewność obrotu gospodarczego.

⁸⁹ Jak podkreśla L. G r e c o, *Gibt es Kriterien...*, s. 210, nie jest to jednak wystarczające.

⁹⁰ Zob. M. F i l i p c z a k, *Usiłowanie...*, s. 78, przyp. 86.

⁹¹ M. M a ł e c k i, *Funkcja...*, s. 65.

z art. 16 § 2 k.k., od samodzielnych typów rodzajowych⁹², które jedynie wydają się być wprowadzone jako karalne przygotowanie. Jako przykład można przywołać raz jeszcze nielegalne posiadanie broni, którego bezprawność typu rodzajowego czynu nie może być sprowadzona do czynności przygotowawczych zabójstwa, ponieważ oznaczałoby to swego rodzaju domniemanie zamiaru.

Podsumowując, sens dogmatyczny wyodrębnienia kategorii przestępstw *sui generis* przygotowania tkwi w treści art. 16 § 2 k.k., która stanowi podstawę ich nieusiłowności. Z samego wzoru – definicji, zawartego w art. 16 § 1 k.k., uczynić się tego nie da, ponieważ nie jest wówczas możliwe odróżnienie typizacji szczególnej przygotowania zawartej w nowej jednostce redakcyjnej tekstu (np. art. 200a § 1 czy 298 § 1 k.k.) od typów rodzajowych przestępstw, wprowadzonych z uwagi na ich typową przydatność do realizacji dalszych przestępstw oraz inne kryteria, np. ich niebezpieczność⁹³ (tzw. normatywne związanie). Chociaż należałoby się zastanowić, czy karalność usiłowania takich typów jest teoretycznie poprawna. Niesamodzielność przestępstw *sui generis* przygotowania wynika z powiązania normatywnego w postaci wspólnego pola ochrony, którego koniecznym elementem jest tożsamość normy sankcjonowanej form stadialnych. Posłużenie się przez ustawodawcę opisem typu czynu zabronionego odpowiadającym w istocie formie usiłowania do innego typu rodzajowego wskazuje na subsydiarny charakter odpowiedzialności za przestępstwo pierwszego rodzaju, czyli *quasi*-usiłowania, o którym mowa przykładowo w art. 164 § 1 k.k., względem odpowiedzialności za dokonanie i usiłowanie przestępstwa „pierwotnego”, o którym mowa w art. 163 § 1 k.k.

Preparation and attempt in Polish criminal law

Abstract

This paper addresses the distinction between two forms of criminal liability for preparation, resulting from such preparation being considered either a crime itself or a stage of a crime. Arguments are presented that

⁹² Na temat takich typów (*Vorbereitungsdelikte*) zob. W. Wohlers, *Deliktstypen...*, s. 328–337, z tym zastrzeżeniem, że praca tego autora opiera się na niemieckim i szwajcarskim kodeksie karnym, które nie przewidują karalności przygotowania, ani jako instytucji części ogólnej, ani jako klauzul karalności przygotowania, zawartych w części szczególnej kodeksu, co powoduje, że część polskich odpowiedników przestępstw, które zaliczyć można do *Vorbereitungsdelikte*, nie będzie miało takiego charakteru.

⁹³ Na temat pojęcia niebezpieczności i niebezpieczeństwa zob. A. Spółowski, *Funkcja niebezpieczeństwa w prawie karnym*, Warszawa 1990, s. 11–25.

deny such distinction in the Polish Penal Code. Moreover, from the theoretical perspective, the grounds of justification cannot differ for these two forms as they both touch general boundaries of punishability of actions that adversely affect the foreground of what is deemed to be legal interest. Whether Article 16, §§ 1 and 2 can be regarded as a normative model to classify preparation both as a punishable act and a delictum sui generis depends on whether the concept of oneness of a sanctioned norm for stages of the crime is accepted. The Penal Code also provides for “criminal attempts” such as those referred to by Articles 128, § 1 and 164, § 1 of the Penal Code.

RECENZJE

Jacek Kosonoga

Recenzja monografii D. Tarnowskiej, Instytucja przedstawienia zarzutów w polskim procesie karnym, Szczecin 2013, s. 178

Przedstawienie zarzutów jest bez wątpienia jednym z kluczowych zagadnień postępowania przygotowawczego i stanowi jego moment zwrotny. Jednocześnie określa bowiem przeciwko komu i o co toczy się proces karny oraz powoduje jego przekształcenie w fazę *in personam*. Jest to taki etap, w którym przechodzi się od stopnia domniemania lub podejrzenia, że sprawcą czynu jest określona osoba, do stopnia dostatecznego podejrzenia, że konkretna osoba jest sprawcą czynu zabronionego¹.

Jak słusznie zauważa się w doktrynie, instytucja przedstawienia zarzutów została wprowadzona do postępowania przygotowawczego przede wszystkim po to, by zapewnić osobie pociąganej do odpowiedzialności karnej informację o treści stawianych zarzutów i przyjętej przez organ ścigania kwalifikacji prawnej². Ma ona zatem istotne znaczenie gwarancyjne, gdyż daje podejrzanemu pewność, że prowadzone przeciwko niemu postępowanie będzie przebiegać w wytyczonych w ten sposób granicach. Od tego momentu organ procesowy uzyskuje również szereg uprawnień do dokonywania czynności z udziałem podejrzanego, podejrzanemu natomiast do realizowania prawa do obrony: może on obrać odpowiednią taktykę obrony, konkretyzować przeciwdowody, składać stosowne wnioski itp.

¹ J. Peczeniuk, Instytucja przedstawienia zarzutów w świetle przepisów kodeksu postępowania karnego, WPP 1994, nr 3–4, s. 40.

² J. Tylman, (w:) T. Grzegorzczak, J. Tylman, Polskie postępowanie karne, Warszawa 2009, s. 628.

Wybór tematu recenzowanej monografii jest zatem jak najbardziej trafny, a Autorka właściwie oceniła potencjał teoretyczny i znaczenie praktyczne tytułowej instytucji. Książka wpisuje się także w istniejącą lukę w literaturze procesu karnego. Problematyka przedstawienia zarzutów od dawna nie była przedmiotem kompleksowego opracowania. Najczęściej analizuje się ją fragmentarycznie, podejmując poszczególne wątki związane z pociągnięciem sprawcy do odpowiedzialności karnej. Zdecydowanie brakuje całościowej i aktualnej dysertacji poświęconej przedstawieniu zarzutów.

Każde monograficzne opracowanie danego tematu wymaga przeprowadzenia gruntownej kwerendy bibliograficznej. Poznanie dorobku nauki w danym obszarze badawczym zawsze stanowić musi punkt wyjścia do formułowania własnych twierdzeń. Ze spisu literatury wynika, że Autorka uwzględniła ok. 130 publikacji, wśród których zabrakło jednak szeregu wartościowych opracowań i to nie tylko współczesnych³, ale także z okresu obowiązywania kodeksu postępowania karnego z 1928 r. oraz 1969 r.⁴. Z pewnością zawę-

³ Zob. np.: A. Ludwiczek, Wszczęcie postępowania przeciwko osobie jako moment przezwyciężenia terminu przedawnienia karalności, *Iustitia* 2012, nr 2, s. 91 i n.; J. Kasiura, Moment wszczęcia postępowania przeciwko osobie, *Prokurator* 2011, nr 2, s. 60 i n.; P. Lewczyk, Nabycie prawa do posiadania obrońcy a instytucja przedstawienia zarzutów, *Pal.* 2011, nr 3–4, s. 68 i n.; D. Mocarska, Występek o charakterze chuligańskim – propozycja konstrukcji zarzutu przedstawianego podejrzanemu, (w:) Z. Ćwiąkański, G. Artymiak (red.), *Współzależność prawa karnego materialnego i procesowego w świetle kodyfikacji karnych z 1997 r. i propozycji zmian*, Warszawa 2009, s. 688 i n.; M. P. Krysiak, *Przesłuchanie podejrzanego*, Szczepiński 2008; J. Karbarz, W. Radecki, *Przedstawienie zarzutów i przesłuchanie podejrzanego w postępowaniu przygotowawczym*, Legionowo 2006; J. Kudręcki, *Instytucja przedstawienia zarzutów w polskim procesie karnym*, *Policja* 2003, nr 1–2, s. 52 i n.; M. Zbrojewska, *Przedstawienie zarzutów w polskim procesie karnym – uwagi ogólne*, *Prz. Pol.* 1998, nr 3–4, s. 122 i n.; R. A. Stefański, Skutki odmowy wydania postanowienia o przedstawieniu zarzutów w nowym kodeksie postępowania karnego, *Prok. i Pr.* 1998, nr 1, s. 113 i n.; A. Kiełtyka, (w:) D. Kala, A. Kiełtyka, K. Klugiewicz, D. Kuberski, R. Pelewicz, A. Ryński, M. Siwek, *Zbiór orzeczeń z zakresu prawa karnego procesowego wraz z komentarzami. Postępowanie przygotowawcze, czynności sądu w tym postępowaniu, środki przymusu*, pod red. K. Klugiewicza, Warszawa 2012, s. 72 i n.

⁴ Zob. np.: W. Grzeszczyk, W jakim trybie można wzruszyć prawomocne postanowienie o umorzeniu postępowania przygotowawczego przeciwko osobie, wobec której wydano postanowienie o przedstawieniu zarzutów, lecz nie przesłuchano jej w charakterze podejrzanego?, *Prok. i Pr.* 1995, nr 4, s. 115 i n.; K. Krasny, Prawidłowe sformułowanie zarzutów i konkluzji aktów oskarżenia, *Prok. i Pr.* 1995, nr 11–12, s. 125 i n.; J. Grochowski, Postawienie w stan podejrzenia w trybie art. 276 k.p.k., *PKK* 1988, nr 14, s. 56 i n.; T. Grzegorzczak, *Instytucja przedstawienia zarzutów w postępowaniu uproszczonym*, *ZNUŁ* 1974, nr 106, s. 40 i n.; F. Prażkiewicz, J. Tyłman, Zmiana postanowienia o przedstawieniu w postępowaniu karnym, *ZN ASW* 1973, nr 2–3 1958, nr 9, s. 179 i n.; F. Prusak, Elementy przedstawienia zarzutów w procesie karnym, *St. MO* 1970, nr 1, s. 18 i n.; F. Prusak, Uzasadnienie postanowienia o przedstawieniu zarzutów w procesie karnym, *Prob. Praw.* 1970, nr 4, s. 24 i n.; R. Łyczywek, Prawo oskarżonego do znajomości zarzutów, materiałów i akt sprawy w świetle nowego k.p.k., *NP* 1969, nr 7–8, s. 1160 i n.; J. Końska,

ziło to zakres rozważań i ograniczyło ilość podjętych problemów badawczych.

Struktura pracy jest czytelna. Autorka w pierwszej kolejności prezentuje ujęcie historyczne przedstawienia zarzutów w polskim procesie karnym (rozdz. I; s. 11–36), a następnie omawia przesłanki tej instytucji (rozdz. II; s. 37–46) oraz jej elementy składowe (rozdz. III; s. 47–106). Odrębne rozważania poświęcono wpływowi przedstawienia zarzutów na chwilę ustanowienia osoby podejrzanej – podejrzanym (rozdz. IV; s. 107–112) oraz wpływowi przedstawienia zarzutów na możliwość dokonywania dalszych czynności procesowych (rozdział V; s. 113–162). Pracę rozpoczyna wstęp (s. 7–9), a kończą uwagi końcowe (s. 163–165).

Nie negując koherentności wywodu, można mieć jednak pewne zastrzeżenia co do proporcji poszczególnych jednostek redakcyjnych opracowania. W szczególności – przy tak zakreślonym tytule książki – wątpliwości budzi zbyt szerokie potraktowanie wątków drugorzędnych, czyli aspektów historycznych oraz zagadnień związanych z wpływem omawianej instytucji na możliwość dokonywania dalszych czynności procesowych (blisko 1/2 objętości pracy). W tym ostatnim aspekcie Autorka w istocie referuje zakres uprawnień i obowiązków podejrzanego oraz organu procesowego i wybrane uprawnienia składające się na status procesowy pokrzywdzonego. Są to zagadnienia, które z punktu widzenia samej istoty czynności przedstawienia zarzutów nie mają pierwszorzędного znaczenia. Z kolei w rozdziale „Wpływ przedstawienia zarzutów na chwilę ustanowienia osoby podejrzanej – podejrzanym”, wbrew temu, co sugeruje jego tytuł, podjęto również odrębną kwestię momentu właściwego do sporządzenia postanowienia. Tymczasem, moment uzyskania statusu podejrzanego⁵ i moment, w którym organ procesowy dochodzi do przekonania, że zachodzi dostateczne podejrzenie, iż czyn popełniła określona osoba⁶, stanowią zupełnie odrębne zagadnienia.

Jeżeli chodzi o kwestie merytoryczne, Autorka odnosi się w monografii do szeregu interesujących wątków, które nie wyczerpują jednak bogatej pro-

K. Otłowski, Zasadność przedstawienia zarzutów przez MO, *St. MO* 1966, nr 4, s. 37 i n.; A. Dąb, Rozbieżność między zarzutem w postępowaniu przygotowawczym a zarzutem w akcie oskarżenia, *Pal.* 1963, nr 7–8, s. 45 i n.; A. Kaftal, Zmiana oskarżenia w postępowaniu przygotowawczym, *Biul. Prok. Gen.* 1963, nr 1, s. 43 i n.; J. F. Marzec, Z problematyki tożsamości czynu zarzucanego a przypisanego oraz wyboru właściwej kwalifikacji prawnej czynu w procesie karnym, *NP* 1957, nr 12, s. 50 i n.; H. Furmankiewicz, M. Majster, L. Penner, *Akty oskarżenia i rewizje – zasady sporządzania i przykłady*, Warszawa 1957.

⁵ R. A. Stefański, Skuteczność przedstawienia zarzutów, *Prok. i Pr.* 2013, nr 6, s. 5 i n.

⁶ Zob. F. Prusak, Problematyka określenia momentu stosownego do przedstawienia zarzutów, *Pal.* 1972, nr 6, s. 50 i n.; tenże, Pociągnięcie podejrzanego do odpowiedzialności w procesie karnym, Warszawa 1973, s. 68 i n.; R. A. Stefański, *ibidem*, s. 27 i n.

blematyki przedstawienia zarzutów. Co więcej, nie ze wszystkimi tezami można się zgodzić.

Przykładowo: rozwiązanie problemu braku konieczności modyfikacji treści zarzutu w razie zmiany kwalifikacji prawnej na inną niż surowsza (art. 314 k.p.k.) Autorka poszukuje odpowiedzi na płaszczyźnie wykładni systemowej. Twierdzi bowiem, że zastosowanie powinien znaleźć w takim przypadku art. 399 k.p.k., zgodnie z którym, jeżeli w toku rozprawy okaże się, że nie wychodząc poza granice oskarżenia, można czyn zakwalifikować według innego przepisu prawnego, sąd uprzedza o tym obecne na rozprawie strony. Podnosi przy tym, że obowiązujące rozwiązanie jest ułomne, a skoro przepisy kodeksu nie zakazują wydania postanowienia o zmianie postanowienia o przedstawieniu zarzutów w kierunku łagodniejszym dla podejrzanego, to art. 399 k.p.k. powinien znaleźć posiłkowe zastosowanie w postępowaniu przygotowawczym (s. 87). Teza ta wywołuje wątpliwości⁷. Po pierwsze, argument o braku ustawowego zakazu nie ma znaczenia normatywnego i nie powinien decydować o możliwości stosowania art. 399 k.p.k. Po drugie, nie sposób nie dostrzegać różnic systemowych. Inna jest rola zmiany zarzutów w postępowaniu przygotowawczym, a inna zmiany kwalifikacji prawnej czynu w postępowaniu sądowym⁸; różne jest także ich usytuowanie wewnątrz ustawy procesowej. Gdyby intencją ustawodawcy było odesłanie do art. 399 k.p.k. na etapie postępowania przygotowawczego, uczyniłby to *explicite*, podobnie jak w przypadku postępowania odwoławczego (art. 458 k.p.k.), czy też w treści art. 409 k.p.k. Po trzecie – jak słusznie wskazuje się w doktrynie – skoro brak jest obowiązku zmiany zarzutu na kwalifikację równorzędną lub łagodniejszą, nic nie stoi na przeszkodzie, aby w akcie oskarżenia powołać właściwą kwalifikację, nie zaś uprzedzać o tym oskarżonego dopiero na rozprawie⁹.

Z kolei, odnosząc się do problematyki uzupełnienia zarzutu, Autorka popada w sprzeczność. Z jednej strony twierdzi, że nowy czyn „musi się mieścić w ramach zdarzenia przyjętego za podstawę śledztwa lub dochodzenia,

⁷ Odrębnym zagadnieniem jest to, czy zasadnie w treści art. 399 k.p.k. obowiązek uprzedzenia zawężono jedynie do zmiany kwalifikacji prawnej. Otwartą kwestią jest bowiem uprzedzanie o zmianie opisu czynu; zob. w tym względzie rozbieżne stanowiska sądu: np. wyrok SA w Szczecinie z dnia 13 września 2013 r., sygn. II AKa 151/13, LEX nr 1378838 i postanowienie SN z dnia 8 sierpnia 2013 r., sygn. III KK 234/13, LEX nr 1375217 oraz wyrok SN z dnia 22 czerwca 1988 r., sygn. V KK 110/88, OSP 1990, nr 5–6, poz. 233; por. również M. Rusinek, Niezmiennność przedmiotu postępowania karnego a gwarancje oskarżonego, (w:) T. Grzegorzczak, J. Izydorczyk, R. Olszewski (red.), *Z problematyki funkcji procesu karnego*, Warszawa 2013, s. 488.

⁸ A. Kiełtyka, (w:) D. Kala, A. Kiełtyka, K. Klugiewicz, D. Kuberski, R. Peliewicz, A. Ryński, M. Siwek, *Zbiór orzeczeń z zakresu prawa karnego procesowego wraz z komentarzami: postępowanie przygotowawcze, czynności sądu w tym postępowaniu, środki przymusu*, Warszawa 2012, s. 91; R. A. Stefański, *Modyfikacja zarzutów...*, s. 92.

⁹ R. A. Stefański, *ibidem*.

a określonego w postanowieniu o wszczęciu postępowania przygotowawczego”, z drugiej natomiast, że „nowy zarzucany czyn nie musi się mieścić w ramach zakreślonych w postanowieniu o wszczęciu śledztwa (dochodzenia)” (s. 84). Utrudnione jest tym samym poznanie stanowiska w tej istotnej i kontrowersyjnej kwestii. Jakkolwiek jest to zagadnienie sporne, bardziej przekonujące wydaje się to drugie stanowisko¹⁰. Podobny brak spójności dotyczy pisemnych wyjaśnień podejrzanego, które według Autorki załącza się bądź to do protokołu przesłuchania (s. 70), bądź to do protokołu „z czynności złożenia przez podejrzanego wyjaśnień na piśmie” (s. 127).

W monografii pominięto także istotną wypowiedź najwyższej instancji sądowej dotyczącą szeroko rozumianej modyfikacji zarzutów¹¹. Judykat ten porusza wiele interesujących, z punktu widzenia tematyki recenzowanej monografii zagadnień, w tym zwłaszcza problematykę: ontologicznej tożsamości czynu w kontekście art. 314 k.p.k., wykluczających się zarzutów, konsumpcji skargi publicznej i konkludentnego umorzenia postępowania przygotowawczego. Istotne jest również, że wyrok nie tylko zapadł przy dwóch zdaniach odrębnych¹², ale również wywołał liczne, często krytyczne polemiki glosatorskie¹³.

Problemem o bardzo istotnym znaczeniu dla praktyki wymiaru sprawiedliwości jest kwestia skuteczności przedstawienia zarzutów. Autorka opowiada się w tym względzie za poglądem, że decydującego znaczenia nie ma samo sporządzenie postanowienia o przedstawieniu zarzutów i że dla jego skuteczności konieczne jest dokonanie dodatkowych czynności. Nie jest jednak konsekwentna co do tego, o jakie konkretnie czynności chodzi, raz twierdząc, że jest to ogłoszenie postanowienia podejrzanemu (s. 55), innym

¹⁰ Takie stanowisko prezentują m.in.: R. A. Stefański, *ibidem*, s. 81; K. T. Boratyńska, (w:) K. T. Boratyńska, A. Górski, A. Sakowicz, A. Ważny, Kodeks postępowania karnego. Komentarz, Warszawa 2014, s. 566; P. Niedzielak, K. Petryna, (w:) A. Kryże, P. Niedzielak, K. Petryna, T. E. Wirzman, Kodeks postępowania karnego. Praktyczny komentarz z orzecnictwem, Warszawa 2001, s. 540, W. Grzeszczyk, Kodeks postępowania karnego. Komentarz, Warszawa 2014, s. 407; pogląd odmienny wyrażają: F. Prażkiewicz, J. Tyłman, Zmiana postanowienia o przedstawieniu w postępowaniu karnym, ZN ASW 1973, nr 2–3 1958, nr 9, s. 185–186; T. Grzegorzczak, Zmiana postanowienia o przedstawieniu zarzutów postępowaniu karnym, ZN ASW 1973, nr 2–3, s. 164; tenże, Kodeks postępowania karnego. Komentarz, Warszawa 2014, s. 672; zob. również M. Rusinek, Niezmiennność przedmiotu..., (w:) T. Grzegorzczak, J. Izydorczyk, R. Olszewski, Z problematyki..., s. 480–488.

¹¹ Wyrok SN z dnia 30 września 2009 r., sygn. I KZP 1/09, OSNKW 2009, nr 12, poz. 99.

¹² P. Hofmański, A. Siuchniński, Zdanie odrębne do wyroku SN z dnia 30 września 2009 r., sygn. I KZP 1/09, OSNKW 2009, nr 12, poz. 99.

¹³ Zob. glosy: M. Gabriela-Węglowskiego, LEX/el. 2010; A. Jaworskiego, J. Kucharskiej, OSP 2011, nr 2, poz. 19; A. Lacha, LEX/el. 2010; A. Rybak-Starczak, Pal. 2011, nr 7–8, s. 128–132; M. J. Szewczyka, Prokurator 2011, nr 3–4, s. 113–118 oraz uwagi R. A. Stefańskiego, Przegląd uchwał Izby Karnej oraz Izby Wojskowej Sądu Najwyższego w zakresie prawa karnego procesowego za 2009 r., WPP 2010, nr 2, s. 106–107.

razem, że musi wystąpić triada czynności: sporządzenie, ogłoszenie i przesłuchanie podejrzanego (s. 111).

Zagadnienie to jest jednak sporne, a teza, iż wystarczające jest samo sporządzenie postanowienia o przedstawieniu zarzutów, znajduje w doktrynie tyle samo zwolenników¹⁴, co przeciwników¹⁵. Podobnie zróżnicowane jest orzecznictwo sądowe, aczkolwiek dominuje tu stanowisko zakładające,

¹⁴ Zob. np. M. Gabriel-Węglowski, Uwagi o linii orzeczniczej Sądu Najwyższego w przedmiocie wydania postanowienia o przedstawieniu zarzutów, PS 2013, nr 2, s. 32 i n.; J. Kasiura, Moment wszczęcia postępowania przeciwko osobie, Prokurator 2011, nr 2, s. 60 i n.; K. Grzegorzczak, Glosa do postanowienia SN z dnia 22 czerwca 2001 r., sygn. III KKN 44/01, WPP 2002, nr 3, s. 163 i n.; tegoż, Glosa do wyroku SN z dnia 13 stycznia 2000 r., sygn. III RN 116/99, WPP 2002, nr 4, s. 135 i n.; M. Krysiak, Przesłuchanie podejrzanego, Szczytno 2007, s. 12. W poprzednim stanie prawnym zob. m.in.: W. Grzeszczyk, W jakim trybie można wzruszyć prawomocne postanowienie o umorzeniu postępowania przygotowawczego przeciwko osobie, wobec której wydano postanowienia o przedstawieniu zarzutów, lecz nie przesłuchano jej w charakterze podejrzanego?, Prok. i Pr. 1995, nr 4, s. 115 i n.; Z. Młynarczyk, Przedstawienie zarzutów..., s. 130; J. Bednarzak, (w:) J. Bafia, J. Bednarzak, M. Flemming, S. Kalinowski, H. Kempisty, M. Siewierski, Kodeks postępowania karnego. Komentarz, Warszawa 1976, s. 363, T. Grzegorzczak, Instytucja przedstawienia zarzutów w postępowaniu uproszczonym, ZNUŁ 1974, nr 106, s. 43; J. Tylman, Gwarancje procesowe podejrzanego w postępowaniu karnym, ZNUŁ 1971, nr 83, s. 65; A. Kaftal, O ponownym wszczęciu prawomocnie umorzonego postępowania przygotowawczego, Sł. MO 1964, nr 2, s. 754; F. Prusak, Elementy przedstawienia zarzutów w procesie karnym, Sł. MO 1970, nr 1, s. 21; A. Murzynowski, Z problematyki wznowienia śledztwa lub dochodzenia, NP 1961, nr 11, s. 1426; J. Haber, Zagadnienie prawomocności postanowień prokuratorskich w postępowaniu karnym, NP 1961, nr 4, s. 447.

¹⁵ Z. Brodzisz, Komentarz do art. 313 k.p.k., t. 12, (w:) J. Skorupka (red.), Kodeks postępowania karnego. Komentarz, Legalis 2014; P. Hofmański, E. Sadzik, K. Zgryzek, Kodeks postępowania karnego. Komentarz, t. II, Warszawa 2011, s. 124–125; R. A. Stefański, Skuteczność przedstawienia zarzutów, Prok. i Pr. 2013, nr 6, s. 5 i n.; tenże, Glosa do postanowienia SN z dnia 13 czerwca 2012 r., sygn. II KK 302/11, PiP 2013, nr 1, s. 116 i n.; tenże, Glosa do postanowienia Sądu Najwyższego z dnia 16 stycznia 2009 r., sygn. IV KK 256/08, Prok. i Pr. 2009, nr 9, s. 152 i n.; tenże, Glosa do postanowienia SN z dnia 22 czerwca 2001 r., sygn. III KK 44/01, Prok. i Pr. 2002, nr 5 s. 84 i n.; A. Kiełtyka, (w:) D. Kala, A. Kiełtyka, K. Klugiewicz, D. Kuberski, R. Pelewicz, A. Ryński, M. Siwek, Zbiór orzeczeń z zakresu prawa karnego procesowego wraz z komentarzami. Postępowanie przygotowawcze, czynności sądu w tym postępowaniu, środki przymusu, pod red. K. Klugiewicza, Warszawa 2012, s. 76–79; B. J. Stefańska, Glosa do postanowienia SN z dnia 24 kwietnia 2007 r., sygn. IV KK 31/07, WPP 2007, nr 3, s. 135 i n.; K. Woźniewski, Glosa do postanowienia SN z dnia 24 kwietnia 2007 r., sygn. IV KK 31/07, Gd. Stud. Praw. Prz. Orz. 2008, nr 1, s. 113 i n.; A. Ludwiczek, Wszczęcie postępowania..., s. 93; B. Mik, Glosa do postanowienia SN z dnia 17 czerwca 1994 r., Prok. i Pr. 1995, nr 11–12, s. 179; zob. również: O. Penner, O zmianie przepisów kodeksu postępowania karnego, NP 1956, nr 2, s. 40; K. Kielski, Uwagi na marginesie niektórych zmian postępowania karnego, Biul. PG 1956, nr 5, s. 13; Z. Młynarczyk, O kilku zagadnieniach karnoprosesowych na tle praktyki, NP 1961, nr 4, s. 513–514; S. Waltoś, Model postępowania przygotowawczego na tle prawnoporównawczym, Warszawa 1968, s. 324–325.

że samo sporządzenie postanowienia jest niewystarczające¹⁶. Wydaje się, że zasygnalizowanym rozbieżnościom w tak kluczowej kwestii powinna zostać poświęcona należyta uwaga. Tymczasem w pracy poprzestano na afirmacji stanowiska Sądu Najwyższego¹⁷, nie uwzględniono przy tym szeregu innych wypowiedzi tego organu i sądów powszechnych¹⁸, i nie rozwinęto argumentacji tam zawartej.

W dyskusji nad skutecznością przedstawienia zarzutów istotne znaczenie ma przede wszystkim kwestia relacji art. 71 § 1 k.p.k. i art. 313 § 1 k.p.k., a zwłaszcza sposób rozumienia terminu „wydano postanowienie o przedstawieniu zarzutów”. Adherenci tezy, iż dla skuteczności przedstawienia zarzutów wystarczające jest sporządzenie postanowienia utożsamiają tę czynność z jego wydaniem, zaś jej oponenci twierdzą, że wydanie stanowi jednocześnie uzewnętrznienie postanowienia, czyli jego promulgację. Skoro Autorka zalicza się do tej drugiej grupy zastanawia to, że tytuł podrzdziału, w którym opisuje w istocie samo sporządzenie postanowienia o przedstawieniu zarzutów, brzmi „Wydanie postanowienia o przedstawieniu zarzutów”

¹⁶ Wyrok SA z dnia 5 marca 2014 r., sygn. IV KK 341/13, LEX nr 1444341; wyrok Sądu Najwyższego z dnia 24 czerwca 2013 r., sygn. V KK 453/12, LEX nr 1341289; postanowienie Sądu Apelacyjnego w Krakowie z dnia 27 marca 2013 r., sygn. II AKz 96/13, LEX nr 1315686; wyrok SN z dnia 2 czerwca 2010 r., sygn. V KK 376/09, LEX nr 590304; postanowienie SN z dnia 16 stycznia 2009 r., sygn. IV KK 256/08, OSNwSK 2009, poz. 124; postanowienie SN z dnia 24 kwietnia 2007 r., sygn. IV KK 31/07, LEX nr 262649; wyrok SN z dnia 7 listopada 2006 r., sygn. IV KK 150/06, OSNwSK 2006, poz. 2107; wyrok SO w Łodzi z dnia 14 marca 2012 r., sygn. V KZ 148/12, Legalis; zob. również wyrok SN z dnia 21 stycznia 1982 r., sygn. II KR 338/81, OSNKW 1982, nr 3, poz. 14, z glosą P. Kruszyńskiego, OSP 1983, nr 1, poz. 9; wyrok SN z dnia 6 lutego 1962 r., sygn. IV K 961/60, OSN 1962, nr 1, poz. 77. Por. jednak postanowienie SN z dnia 13 czerwca 2012 r., sygn. II KK 302/11, Prok. i Pr. 2012, dodatek „Orzecznictwo”, nr 12, poz. 14, z glosą R. A. Stefańskiego, PiP 2013, nr 1, s. 116 i n.

¹⁷ Postanowienie SN z dnia 24 marca 2007 r., sygn. IV KK 31/07, LEX nr 262649; wyrok SN z dnia 2 czerwca 2010 r., sygn. V KK 376/09, OSNwSK 2010, poz. 1151; postanowienie SN z dnia 16 stycznia 2009 r., sygn. IV KK 256/08, OSNwSK 2009, poz. 124.

¹⁸ Zob. np.: postanowienie SN z dnia 13 czerwca 2012 r., sygn. II KK 302/11, Prok. i Pr. 2012, dodatek „Orzecznictwo”, nr 12, poz. 14, z glosą R. A. Stefańskiego, PiP 2013, nr 1, s. 116 i n.; wyrok SO w Łodzi z dnia 14 marca 2012 r., sygn. V KZ 148/12, Legalis; wyrok SN z dnia 7 listopada 2006 r., sygn. IV KK 150/06, OSNwSK 2006, poz. 2107; postanowienie SN z dnia 22 czerwca 2001 r., sygn. III KKN 44/2001, Prok. i Pr. 2002, dodatek „Orzecznictwo”, nr 1, poz. 8, z glosami R. A. Stefańskiego, Prok. i Pr. 2002, nr 5, s. 84–89 i K. Grzegorzczaka, WPP 2002, nr 3, s. 163–168; wyrok SN z dnia 13 stycznia 2000 r., sygn. III RN 116/99, OSNAPIUS 2000, nr 20, poz. 737, z glosą K. Grzegorzczaka, WPP 2002, nr 4, s. 135–142; K. Woźniowski, Glosa do postanowienia SN z dnia 24 kwietnia 2007 r., sygn. IV KK 31/07, Gd. Stud. Paw. Prz. Orz. 2008, nr 1, s. 113–118; R. A. Stefański, Glosa do postanowienia SN z dnia 16 stycznia 2009 r., sygn. IV KK 256/08, Prok. i Pr. 2009, nr 9, s. 152–158; zob. również w poprzednim stanie prawnym wyrok SN z dnia 21 stycznia 1982 r., sygn. II KR 338/81, OSNKW 1982, nr 3, poz. 14, z glosą P. Kruszyńskiego, OSP 1983, nr 1, poz. 9; wyrok SN z dnia 6 lutego 1962 r., sygn. IV K 961/60, OSN 1962, nr 1, poz. 77; por. także wyrok NSA z dnia 26 lipca 2000 r., sygn. V SA 1405/99, LEX nr 49427.

(s. 48). Wynika z tego, że utożsamia Ona wydanie ze sporządzeniem postanowienia, co z kolei przeczy prezentowanym poglądom na temat skuteczności przedstawienia zarzutów.

Fakt przedstawienia zarzutów ma nie tylko znaczenie procesowe, ale niejednokrotnie wywołuje konsekwencje także w innych dziedzinach prawa, wprost przekładając się na sferę uprawnień i obowiązków podejrzanego. Niejednokrotnie dolegliwości wynikające z pozaprocesowych konsekwencji pociągnięcia do odpowiedzialności karnej mogą okazać się dla niego bardziej uciążliwe niż zastosowane środki przymusu procesowego. Wątek ten – jakkolwiek ma znaczenie pozaprocesowe – powinien zostać zasygnalizowany w monografii. Pozwoliłoby to na właściwą ocenę wpływu tytułowej instytucji na sferę innych stosunków prawnych. Jest to zagadnienie złożone. Przykładowo przedstawienie zarzutów wpływa na: odmowę wydania¹⁹ lub unieważnienie²⁰ dokumentu paszportowego; wstrzymanie udzielania cudzoziemcowi pomocy społecznej²¹; odebranie legalnie posiadanej broni i amunicji²²; zawieszenie prawa wykonywania zawodu rzecznika patentowego²³; zawieszenie praw wynikających z licencji detektywa²⁴; skreślenie z listy kwalifikowanych pracowników ochrony fizycznej²⁵ oraz kwalifikowanych pracowników zabezpieczenia technicznego²⁶; czy też uzyskanie statusu przedstawiciela podmiotu zbiorowego²⁷. Czynność ta wywołuje również istotne konsekwencje w sferze stosunków służbowych. Dotyczy to zawieszenia funkcjonariusza służby celnej²⁸, strażnika gminnego²⁹, funkcjonariusza Straży

¹⁹ Art. 17 ust. 1 pkt 2 ustawy z dnia 13 lipca 2006 r. o dokumentach paszportowych (tekst jedn. Dz. U. z 2013 r., Nr 268 z późn. zm.).

²⁰ Art. 38 ust. 1 pkt 1 lit. b ustawy z dnia 13 lipca 2006 r. o dokumentach paszportowych (tekst jedn. Dz. U. z 2013 r., Nr 268 z późn. zm.).

²¹ Art. 95 ust. 1 pkt 5 ustawy z dnia 12 marca 2004 r. o pomocy społecznej (tekst jedn. Dz. U. z 2013 r., poz. 182 z późn. zm.).

²² Art. 19 ust. 1a ustawy z dnia 21 maja 1999 r. o broni i amunicji (tekst jedn. Dz. U. z 2014 r., poz. 576 z późn. zm.).

²³ Art. 59 ust. 2 ustawy z dnia 11 kwietnia 2001 r. o rzecznikach patentowych (tekst jedn. Dz. U. z 2011 r., Nr 155, poz. 925 z późn. zm.).

²⁴ Art. 38 ust. 1 ustawy z dnia 6 lipca 2001 r. o usługach detektywistycznych (tekst jedn. Dz. U. z 2014 r., poz. 273).

²⁵ Art. 29 ust. 6 pkt 1 ustawy o ochronie osób i mienia (tekst jedn. Dz. U. z 2005 r., Nr 145, poz. 1221 z późn. zm.).

²⁶ Art. 29 ust. 7 pkt 1 ustawy o ochronie osób i mienia (tekst jedn. Dz. U. z 2005 r., Nr 145, poz. 1221 z późn. zm.).

²⁷ Art. 21 ust. 2 ustawy z dnia 28 października 2002 r. o odpowiedzialności podmiotów zbiorowych za czyny zabronione pod groźbą kary (tekst jedn. Dz. U. z 2012 r., poz. 768 z późn. zm.).

²⁸ Art. 103 ust. 1 i ust. 2 ustawy z dnia 27 sierpnia 2009 r. o Służbie Celnej (tekst jedn. Dz. U. z 2013 r., poz. 1404 z późn. zm.).

²⁹ Art. 26a ust. 1 i ust. 2 ustawy z dnia 29 sierpnia 1997 r. o strażach gminnych (tekst jedn. Dz. U. z 2013 r., poz. 1383 z późn. zm.).

Granicznej³⁰, funkcjonariusza Służby Więziennej³¹, funkcjonariusza Służby Kontrwywiadu Wojskowego oraz Służby Wywiadu Wojskowego³², funkcjonariusza Biura Ochrony Rządu³³, funkcjonariusza Agencji Bezpieczeństwa Wewnętrznego oraz Agencji Wywiadu³⁴, Centralnego Biura Antykorupcyjnego³⁵, strażaka Państwowej Straży Pożarnej³⁶, funkcjonariusza Policji³⁷ itd.

W kontekście powyższego zasadne byłoby również odniesienie się do problematyki obowiązku zawiadomienia właściwych podmiotów o wszczęciu postępowania przeciwko funkcjonariuszowi publicznemu oraz – jeżeli wymaga tego interes publiczny – przeciwko osobom zatrudnionym w instytucjach państwowych, samorządowych i społecznych, uczniom i słuchaczom szkół oraz żołnierzom (art. 21 § 2 k.p.k.).

Zakończenie pracy ma w istocie charakter sprawozdawczy. Jest pozbawione wniosków *de lege lata* i postulatów *de lege ferenda*, poza propozycją zmiany art. 314 k.p.k. polegającą na wprowadzeniu obowiązku wydania nowego postanowienia o przedstawieniu zarzutów, ogłoszenia i przesłuchania podejrzanego, także wówczas, gdy czyn zarzucany należy zakwalifikować z przepisu łagodniejszego. Zważywszy jednak, że kwestia ta była już wielokrotnie postulowana w doktrynie³⁸, jak również uwzględniając, że o konieczności zmiany zarzutów w sytuacji, gdy czyn należy zakwalifikować z łagodniejszego przepisu, gdy ma to znaczenie dla obrony podejrzanego, wprost stanowi § 69 ust. 2 reg. prok.³⁹. Wniosek ten, jakkolwiek słuszny, uznać na-

³⁰ Art. 43 ust. 1 i ust. 2 ustawy z dnia 12 października 1990 r. o Straży Granicznej (tekst jedn. Dz. U. z 2011 r., Nr 116, poz. 675 z późn. zm.).

³¹ Art. 94 ust. 2 ustawy z dnia 9 kwietnia 2010 r. o Służbie Więziennej (tekst jedn. Dz. U. z 2014 r., poz. 173 z późn. zm.).

³² Art. 17 ust. 1 i ust. 2 ustawy z dnia 9 czerwca 2006 r. o służbie funkcjonariuszy Służby Kontrwywiadu Wojskowego oraz Służby Wywiadu Wojskowego (Dz. U. Nr 104, poz. 710 z późn. zm.).

³³ Art. 33 ust. 1 i ust. 2 ustawy z dnia 16 marca 2001 r. o Biurze Ochrony Rządu (tekst jedn. Dz. U. z 2014, poz. 170 z późn. zm.).

³⁴ Art. 58 ust. 1 i ust. 2 ustawy z dnia 24 maja 2002 r. o Agencji Bezpieczeństwa Wewnętrznego oraz Agencji Wywiadu (tekst jedn. Dz. U. z 2010 r., Nr 29, poz. 154 z późn. zm.).

³⁵ Art. 62 ust. 1 i ust. 2 ustawy z dnia 9 czerwca 2006 r. o Centralnym Biurze Antykorupcyjnym (tekst jedn. Dz. U. z 2012 r., poz. 621 z późn. zm.).

³⁶ Art. 39 ust. 1 i ust. 2 ustawy z dnia 24 sierpnia 1991 r. o Państwowej Straży Pożarnej (tekst jedn. Dz. U. z 2013 r., poz. 1340 z późn. zm.).

³⁷ Art. 39 ust. 1 i ust. 2 ustawy z dnia 6 kwietnia 1990 r. o Policji (Dz. U. z 2011 r., Nr 287, poz. 1687 z późn. zm.).

³⁸ Tak np. S. Stachowiak, P. Wiliński, B. Janusz-Pohl, Zmiana kwalifikacji prawnej w toku postępowania, (w:) Z. Cwiąkański, G. Artymiak, Współzależność prawa karnego materialnego i procesowego, Warszawa 2009, s. 116–117; M. Rusinek, Niezmiennność przedmiotu postępowania karnego a gwarancje oskarżonego, (w:) T. Grzegorzczak, J. Izydorczyk, R. Olszewski (red.), Z problematyki funkcji procesu karnego, Warszawa 2013, s. 486–497.

³⁹ Rozporządzenie Ministra Sprawiedliwości z dnia 11 września 2014 r. – Regulamin wewnętrznego urzędowania powszechnych jednostek organizacyjnych prokuratury (Dz. U.

leży za mało oryginalny. W tym kierunku zmierza również interpretacja art. 6 ust. 3 lit. a EKPCz. Powszechnie przyjmuje się, że ponowna informacja „o przyczynie i istocie oskarżenia” powinna być skierowana do oskarżonego bez względu na to, czy nowa sytuacja procesowa kształtuje się dla niego korzystniej niż poprzednia, czy też nie⁴⁰.

Niezależnie od powyższego wydaje się, że w monografii zbyt pochopnie zrezygnowano z szeregu interesujących zagadnień związanych z instytucją przedstawienia zarzutów, szeroko podejmowanych w doktrynie procesu karnego. Z licznych wątków, które zostały pominięte lub potraktowane nieproporcjonalnie do wagi problemu, przykładowo wskazać można na: zaskarżalność postanowienia o przedstawieniu zarzutów⁴¹, odszkodowanie za niewątpliwie niesłuszne przedstawienie zarzutów⁴², dokładne określenie zarzucanego czynu (s. 49–51)⁴³ i jego kwalifikacji prawnej (s. 52)⁴⁴, udział tłumacza

z 2014 r., poz. 1218 z późn. zm.); wcześniej § 157 ust. 2 rozporządzenia Ministra Sprawiedliwości z dnia 24 marca 2010 r. – Regulamin wewnętrznego urzędowania powszechnych jednostek organizacyjnych prokuratury (tekst jedn. Dz. U. z 2014 r., poz. 144).

⁴⁰ P. Hofmański, A. Wróbel, (w:) L. Garlicki (red.), *Konwencja o Ochronie Praw Człowieka i Podstawowych Wolności*, t. I: Komentarz do artykułów 1–18, Warszawa 2011, s. 411.

⁴¹ W doktrynie zob.: Ł. Chojniak, *Niezaskarżalność postanowienia o przedstawieniu zarzutów*, Prok. i Pr. 2013, nr 4, s. 43 i n.; A. Małolepszy, B. Piechota, *Zaskarżalność postanowienia o przedstawieniu zarzutów – uwagi polemiczne*, Prok. i Pr. 2014, nr 2, s. 82 i n.; M. Gabriel-Węglowski, *O zaskarżalności postanowienia o przedstawieniu zarzutów*, Prok. i Pr. 2013, nr 11, s. 133 i n.

⁴² W doktrynie zob.: B. Mik, *O potrzebie dodatkowego, szczególnego unormowania odpowiedzialności odszkodowawczej Skarbu Państwa za niesłuszne skazanie oraz niewątpliwie niesłuszne oskarżenie, przedstawienie zarzutów lub zastosowanie nie izolacyjnego środka zapobiegawczego lub zastosowanie nieizolacyjnego środka zapobiegawczego*, Prok. i Pr. 2012, nr 12, s. 50 i n.; Ł. Chojniak, *Odszkodowanie za niesłuszne skazanie w polskim procesie karnym – wybrane zagadnienia*, (w:) P. Hofmański (red.), *Węzłowe problemy procesu karnego*, Warszawa 2010, s. 488–489, A. M. Tęcza-Paciorek, *O potrzebie uregulowania odszkodowania za niesłuszne oskarżenie*, PS 2011, nr 2, s. 69 i n.; tejże, *Zasada domniemania niewinności w polskim procesie karnym*, Warszawa 2012, s. 310 i n.

⁴³ W doktrynie zob.: R. A. Stefański, *Czynności przedstawienia zarzutów*, Prok. i Pr. 2013, nr 7–8, 26 i n.; A. Zachuta, *Opis i kwalifikacja prawna czynu z uwzględnieniem sprawczych odmian przestępnego współdziałania*, Prok. i Pr. 2005, nr 1, s. 52 i n.; Młynarczyk, *Przedstawienie zarzutów, badanie wniosków dowodowych, niektóre czynności dowodowe oraz zaznajomienie z materiałami postępowania przygotowawczego*, Prok. i Pr. 1995, nr 7–8, s. 130 i n.; J. Peczeniuk, *Instytucja przedstawienia zarzutów w świetle przepisów kodeksu postępowania karnego*, WPP 1994, nr 3–4, s. 45, J. Tyłman, *Gwarancje procesowe podejrzanego w postępowaniu karnym*, Zeszyty Naukowe Uniwersytetu Łódzkiego 1971, nr 83, s. 59 i n.; K. Krasny, *Prawidłowe sformułowanie zarzutów i konkluzji aktów oskarżenia*, Prok. i Pr. 1995, nr 11–12, s. 126 i n.; H. Kempisty, *Metodyka sędziego w sprawach karnych*, Warszawa 1986, s. 263 i n.; E. Samborski, *Zarys metodyki pracy sędziego w sprawach karnych*, Warszawa 2002, s. 332 i n.; S. Waltoś, *Akt oskarżenia w procesie karnym*, Warszawa 1963, s. 59; K. Mioduski, *Akt oskarżenia*, WPP 1953, nr 3, s. 273 i n.; H. Furmankiewicz, M. Majster, L. Penner, *Akty oskarżenia i rewizje – zasady sporządzania i przykłady*, Warszawa 1957, s. 9 i n. W orzecznictwie zob. np.: postanowienie SN

(s. 118–119)⁴⁵ oraz obrońcy (s. 64)⁴⁶ w czynności przesłuchania podejrzanego, złożenie wyjaśnień w formie pisemnej (s. 70 i 127)⁴⁷, brak spójności pomiędzy czynem zarzuconym w postanowieniu o przedstawieniu zarzutów a zarzutem sformułowanym w akcie oskarżenia⁴⁸, czy też kwestię konwolidacji postanowienia o przedstawieniu zarzutów na etapie postępowania sądowego w kontekście niezmienności przedmiotu procesu⁴⁹. Każde z tych zagadnień niesie ze sobą duży potencjał problemów interpretacyjnych, które

z dnia 14 lutego 2008 r., sygn. V KK 245/07, Prok. i Pr. 2008, dodatek „Orzecznictwo”, nr 10, poz. 21; wyrok SA w Łodzi z dnia 26 października 2006 r., sygn. II AKa 160/06, Biul. PA w Łodzi 2006, nr 16, s. 17; wyrok SA w Łodzi z dnia 28 marca 2002 r., sygn. II AKz 32/02, KZS 2004, nr 4, poz. 60; wyrok SA w Łodzi z dnia 19 września 2006 r., sygn. II AKa 130/06, Prok. i Pr. 2007, dodatek „Orzecznictwo”, nr 9, poz. 33; postanowienie SN z dnia 26 października 1995 r., sygn. II KRN 131/95, Prok. i Pr. 1996, dodatek „Orzecznictwo”, nr 5, poz. 8.

⁴⁴ W doktrynie zob.: A. Zachuta, Opis i kwalifikacja..., s. 54 i n.; R. Stefański, Czynności przedstawienia..., s. 35 i n.; A. Duś, Z problematyki kwalifikacji prawnej czynu, WPP 2000, 2000, nr 2, s. 73 i n.; S. Waltoś, Akt oskarżenia..., s. 81 i n.; S. Woliński, Akt oskarżenia..., s. 11 i n.; W orzecznictwie zob. np.: wyrok SA w Katowicach z dnia 31 sierpnia 1995 r., sygn. II AKr 137/95, OSA 1996, nr 1, poz. 2; wyrok SA w Katowicach z dnia 25 stycznia 2006 r., sygn. II AKa 436/05, Biul. SA w Katowicach 2006, nr 2, poz. 14.

⁴⁵ R. A. Stefański, Tłumacz w procesie karnym, WPP 2006, nr 4, s. 87 i n.; wyrok SN z dnia 26 maja 1980 r., sygn. I KR 83/80, OSNKW 1980, nr 9, poz. 78; wyrok SN z dnia 28 lutego 1978 r., sygn. I KR 12/78, OSPiKA 1979, nr 7, poz. 14, z glosą M. Płachty, OSPiKA 1979, nr 9, s. 374.

⁴⁶ W doktrynie zob.: P. K. Sowiński, O prawie oskarżonego do przesłuchania z udziałem ustanowionego obrońcy. Uwagi na tle art. 301, art. 249 § 3 k.p.k. oraz art. 5 ust. 3 zdanie drugie ustawy z dnia 25 czerwca 1997 r. o świadku koronnym w: Z problematyki funkcji procesu karnego, pod red. T. Grzegorzcyka, J. Izydorczyka, R. Olszewskiego, Warszawa 2013, s. 311 i n.; tenże, Uprawnienia składające się na prawo oskarżonego do obrony. Uwagi na tle czynności oskarżonego oraz organów procesowych, Rzeszów 2012, s. 281–282; P. Kruszyński, Udział obrońcy w postępowaniu przygotowawczym w świetle postulatów *de lege ferenda*, Pal. 1989, nr 8–10, s. 68 i n.; S. Stachowiak, Przesłuchanie podejrzanego z udziałem obrońcy, Prok. i Pr. 1997, nr 12, s. 21 i n.; tegoż, Zakres informacji procesowej przekazywanej podejrzanemu przed i w toku przesłuchiwania, Prok. i Pr. 2001, nr 3, s. 7 i n.

⁴⁷ S. Stachowiak, Wyjaśnienia oskarżonego złożone w formie pisemnej w polskim procesie karnym, (w:) T. Hanausek, Z. Kegel, K. Sławik, Księga pamiątkowa ku czci Profesora A. Szwarcza, Wrocław 2001, s. 209 i n.; R. A. Stefański, Pisemne wyjaśnienia podejrzanego, WPP 2005, nr 1, s. 29 i n.

⁴⁸ Zob.: wyrok SN z dnia 4 października 2013 r., sygn. II KK 158/13, OSNKW 2014, nr 3, poz. 19; wyrok SN z dnia 9 lutego 2011 r., sygn. II KK 228/10, LEX nr 784521; B. J. Stefańska, Glosa do wyroku SN z dnia 9 lutego 2011 r., sygn. II KK 228/10, WPP 2011, nr 2, s. 125; A. Lach, Glosa do wyroku SN z dnia 9 lutego 2011 r., sygn. II KK 228/10, LEX/el. 2011; P. Pawlonka, Glosa do wyroku SN z dnia 9 lutego 2011 r., sygn. II KK 228/10, LEX/el. 2011; A. Dąb, Rozbieżność między zarzutem w postępowaniu przygotowawczym a zarzutem w akcie oskarżenia, Pal. 1963, nr 7–8, s. 46 i n.

⁴⁹ Zob.: wyrok SN z dnia 30 maja 1985 r., sygn. I KR 119/85, OSP 1986, nr 9–10, poz. 193, z glosą S. Waltoś, OSP 1986, nr 9–10; M. Rusinek, Niezmiennność przedmiotu postępowania karnego a gwarancje oskarżonego, (w:) T. Grzegorzcyk, J. Izydorczyk, R. Olszewski (red.), Z problematyki funkcji procesu karnego, Warszawa 2013, s. 487–488.

wprost wiążą się z tytułową instytucją, a które nie zostały zgłębione w monografii.

Wprawdzie nie ma to większego znaczenia merytorycznego, lecz nie sposób nie dostrzec mankamentów redakcyjnych pracy. Przykładowo: na s. 57 Autorka podaje nieaktualną numerację regulaminu prokuratorskiego (§ 118 reg. prok.); przypis 48 (s. 67) brzmi: „wersja robocza: KPK 11”, co nie pozwala na ustalenie tekstu źródłowego; w kontekście uproszczonego przedstawienia zarzutów nieuzasadnione jest posługiwanie pojęciem „dochodzenie w niezbędnym zakresie”, skoro takie odformalizowanie może nastąpić także w śledztwie (s. 8 i 98); nie wydaje się sensowne odsyłanie do piśmiennictwa w sytuacji, gdy cytuje się dosłowną treść przepisu (np. przypis 72 na s. 83, przypisy 101 i 102 na s. 99). Pomimo zwartej konstrukcji pracy Autorka nie unika powtórzeń, np. co do tego, że zmiana wysokości szkody wynikłej z przestępstwa mieści się w pojęciu „czyn w zmienionej w istotny sposób postaci” (s. 88) lub że wydanie postanowienia o przedstawieniu zarzutów nie może być utożsamiane z jego sporządzeniem (s. 55 i 111).

Konkludując, opracowanie stanowi niewątpliwie potrzebną próbę monograficznego odniesienia się do złożonej problematyki przedstawienia zarzutów w polskim procesie karnym. Autorka sygnalizuje wiele interesujących wątków problemowych związanych z tytułową instytucją. Wydaje się jednak, że przyjęte przez nią wyjściowe założenie, że praca zawiera omówienie problemów związanych ze stosowaniem tytułowej instytucji w praktyce organów ścigania (s. 9), zostało zrealizowane jedynie w części.

GLOSY

Leon Tyszkiewicz

Glosa do wyroku Trybunału Konstytucyjnego z dnia 17 lipca 2014 r., sygn. SK 35/12

Streszczenie

Glosator aprobuje główną tezę wyroku, ale kwestionuje fragment uzasadnienia, w którym przyjęto niezgodną z przepisami kodeksu karnego koncepcję, iż dokonanie podżegania nie wymaga dokonania czynu zabronionego przez osobę podżeganą, a jedynie powzięcia przez nią przestępnego zamiaru.

Artykuł 13 § 1 i art. 18 § 2 ustawy z dnia 6 czerwca 1997 r. – Kodeks karny (Dz. U. Nr 88, poz. 553 ze zm.), w zakresie, w jakim dopuszczają odpowiedzialność karną za usiłowanie podżegania do popełnienia czynu zabronionego, określonego w części szczególnej tej ustawy, jeżeli usiłujący bezskutecznie nakłania do czynu zabronionego o znamionach podżegania, są zgodne z art. 42 ust. 1 w zw. z art. 2 oraz z art. 31 ust. 1 w zw. z art. 31 ust. 3 Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej¹.

Główna teza wyroku jest trafna i nie budzi żadnych wątpliwości. Natomiast dostrzega się mankament w pewnym ważnym punkcie uzasadnienia wyroku. Chodzi o zawartą w tym uzasadnieniu „rekonstrukcję zakotwiczonej w kodeksie karnym z 1997 r. koncepcji podżegania”. Ta rekonstrukcja nie jest prawidłowa. Trybunał Konstytucyjny dokonał jej, nie korzystając z najnowszej literatury dotyczącej podżegania i pomocnictwa, która ujawniła istniejący w tym punkcie zaskakujący paradoks². Polega on na tym, że w na-

¹ Prokuratura i Prawo 2014, dodatek „Orzecznictwo”, nr 11–12, s. 42–79.

² L. Tyszkiewicz, O właściwe rozwiązanie teoretyczne i dogmatyczne sporu o skutkowe czy bezskutkowe podżeganie i pomocnictwo, (w:) A. Michalska-Warias, I. Nowi-

szej doktrynie prawa karnego i w orzecznictwie zapanowała prawie wyłącznie błędna z punktu widzenia zgodności z przepisami obowiązującego kodeksu karnego koncepcja podżegania i pomocnictwa. Kodeks karny przyjmuje, iż do pełnej realizacji znamion tych przestępstw, czyli do ich dokonania, potrzebne jest dokonanie czynu zabronionego przez sprawcę (osobę podżeganą czy wspartą przez pomocnika), a brak tego dokonania powoduje odpowiedzialność karną podżegacza i pomocnika za usiłowanie podżegania i pomocnictwa. Dominująca doktryna, a także orzecznictwo, odrzucają to rozwiązanie legislacyjne i przyjmują, że pełny zespół znamion podżegania i pomocnictwa, czyli dokonanie tych przestępstw, nie wymaga dokonania czynu zabronionego przez sprawcę, przy czym podzielone są zdania dotyczące usiłowania podżegania i pomocnictwa: jedna wersja przyjmuje, że do dokonania podżegania i pomocnictwa wystarcza realizacja znamion czasownikowych charakterystycznych dla tych czynów zabronionych i dlatego bezskuteczne podżeganie i pomocnictwo jest już dokonaniem, a nie usiłowaniem, druga wersja przyjmuje skutkowość ograniczoną do spowodowania u osoby podżeganej zamiaru dokonania przestępstwa i usiłowanie podżegania w przypadku, gdy tego zamiaru nie udało się wywołać.

Do wejścia doktryny i orzecznictwa na błędną drogę doszło w wyniku publikacji Andrzeja Zolla z 1995 r., który pod tytułem „Podstawy teoretyczne współdziałania przestępnego w projekcie kodeksu karnego” napisał m.in. „Odpowiedzialność podżegacza i pomocnika nie powinna zależeć od stadium dokonania przestępstwa przez sprawcę. Konsekwentnie postępując, należy przyjąć, że podżegacz i pomocnik dokonują swoje przestępstwo w chwili zakończenia podżegania lub w chwili udzielenia pomocy. Wszystkie przestępstwa zrealizowane w postaciach zjawiskowych podżegania i pomocnictwa miałyby więc charakter formalny. Występujące w literaturze polskiej stanowisko przyjmujące, że dokonanie przestępstwa w formie podżegania lub pomocnictwa wymaga dokonania go przez sprawcę, nie jest zgodne z teoretycznym modelem postaci zjawiskowych przestępstwa. Nie jest bowiem spójne z podstawowym założeniem, że do realizacji znamion podżegania i pomocnictwa konieczne jest sprawstwo jedynie w świadomości nakłaniającego lub udzielającego pomocy, a nie sprawstwo objawiające się rzeczywistą realizacją czynu zabronionego”³.

Wygłaszając taką tezę, A. Zoll nie nawiązywał do aktualnego wówczas tekstu odnośnych przepisów projektu kodeksu karnego, ani nie zgłaszał pro-

kowski, J. Piórkowska-Flieger (red.), *Teoretyczne i praktyczne problemy współczesnego prawa karnego*. Księga jubileuszowa dedykowana Profesorowi Tadeuszowi Bojarskiemu, Lublin 2011, s. 339 i n.; tenże, *Czy nowelizacja przepisów o podżeganiu i pomocnictwie jest potrzebna?*, *Państwo i Prawo* 2013 nr 11, s. 98 i n.

³ A. Zoll, *Podstawy teoretyczne regulacji współdziałania przestępnego w projekcie kodeksu karnego*, *Państwo i Prawo* 1995, nr 6, s. 35.

pozycji ich zmiany. Tymczasem te przepisy projektu były wtedy oraz wcześniej i później, kiedy stały się prawem obowiązującym, tak sformułowane, że miarodajna była dla nich i pozostała do dziś bardzo stanowcza opinia A. Zolla z 1990 r., który wówczas tak pisał: „Projekt przedstawia propozycję jednoznacznego rozstrzygnięcia kwestii momentu dokonania przestępstwa w przypadku niewykonawczej postaci współdziałania: czy staje to w momencie dokonania czynu zabronionego przez sprawcę, czy też w momencie zakończenia czynności charakteryzującej daną postać zjawiskową? Projekt opowiada się za pierwszym rozwiązaniem. Sprawca kierowniczy oraz wydający polecenie, a także podżegacz lub pomocnik, odpowiadają, jeżeli wykonawca nie dokonał czynu zabronionego, jedynie za usiłowanie z wszystkimi przyjętymi przez projekt konsekwencjami (zakres karalności, obniżenie wymiaru kary do dwóch trzecich górnego zagrożenia)”⁴.

Nie znając bądź deprecjonując wypowiedź A. Zolla z 1990 r., doktryna i orzecznictwo poszły torem wyznaczonym jego deklaracją z 1995 r. i w ten sposób doszło do wspomnianego wyżej paradoksu interpretacyjnego w postaci sprzeczności między tekstem prawa a jego wykładnią, który bardzo skomplikował rozważania teoretyczne i pracę organów wymiaru sprawiedliwości.

Tymczasem interpretacja przepisów o podżeganiu i pomocnictwie jest zasadniczo prosta. Wprawdzie nie uwzględniono w k.k. z 1997 r. postulatów twórców projektu kodeksu karnego z 1963 r. i L. Tyszkiewicza z 1964 r., by określenie podżegania i pomocnictwa doprecyzować w kierunku wyraźnego ustalenia skutkowości czy bezskutkowości tych form dokonania przestępstwa, jednak brzmienie art. 22 regulującego usiłowanie podżegania i pomocnictwa daje tu wystarczającą postawę do wniosku dotyczącego pełnego zestawu znamion tych czynów zabronionych, czyli ich dokonania. Artykuł 22 wyraźnie nawiązuje do art. 29 k.k. z 1932 r., co do którego nie było poważniejszych wątpliwości, że przyjmuje w pełni skutkowe podżeganie i pomocnictwo, a nie do art. 20 k.k. z 1969 r., którego założeniem (niestety nierozpoznanym przez większość doktryny) była bezskutkowość tych czynów. Z art. 22 § 1 obowiązującego kodeksu karnego, który brzmi „Jeżeli czynu zabronionego tylko usiłowano dokonać, podmiot określony w art. 18 § 2 i 3 odpowiada jak za usiłowanie” wynika w sposób niebudzący żadnych wątpliwości, że pełnym zestawem znamion podżegania i pomocnictwa jest sytuacja, w której nie ma „tylko usiłowania” przez sprawcę, a więc jest dokonanie czynu zabronionego przez niego. Użycie przez ustawodawcę słowa „odpowiada (...) za”, na które to sformułowanie dziwnie interpretatorzy nie zwracali uwagi, świadczy jednoznacznie o tym, że regulacja dotyczy zakresu odpo-

⁴ A. Zoll, Ogólne zasady odpowiedzialności karnej w projekcie kodeksu karnego, Państwo i Prawo 1990, nr 10, s. 39.

wiedzialności, a nie tylko wymiaru kary. Rodzące różne spekulacje sformułowanie odpowiada „jak za usiłowanie”, które jest uproszczonym powtórzeniem słów „odpowiadają jak za usiłowanie tego przestępstwa (przestępstwa sprawcy – dopisek autora)”, użytych w art. 29 § 1 k.k. z 1932 r., oznacza, że usiłowanie podżegania jest czymś podobnym do usiłowania popełnionego przez sprawcę, ale nie z nim identycznym, słowo „jak” wyraża po prostu porównanie do usiłowania sprawcy. W § 2 art. 22 k.k. z 1997 r., który brzmi: „Jeżeli czynu zabronionego nie usiłowano dokonać, sąd może zastosować nadzwyczajne złagodzenie kary, a nawet odstąpić od jej wymierzenia”, chodzi oczywiście o szczególny przypadek usiłowania podżegania i pomocnictwa. Nie powtarza się tutaj słów „odpowiada jak za usiłowanie”, które – trzeba dodać – figurowały w tekstach projektu kodeksu karnego, gdyż jest to zbędne, bowiem nie może tu być nic innego aniżeli usiłowanie.

Nawiązując do aktualnie dominujących poglądów doktryny Trybunał Konstytucyjny wyodrębnia trzy modele podżegania:

- a) „najszerzy”, prezentowany przez A. Zolla, w którym podżeganie jest przestępstwem formalnym, powodującym abstrakcyjne narażenie na niebezpieczeństwo, dokonany bez potrzeby powstania nawet zamiaru dokonania czynu zabronionego przez podżeganego;
- b) „umiarkowany”, aprobowany m.in. przez P. Kardasa, w którym, aby mówić o dokonaniu podżegania, osoba podżegana musi w wyniku podżegania podjąć decyzję popełnienia czynu zabronionego, i
- c) „wąski”, wśród którego przedstawicieli wymieniono tylko A. Wąska, przyjmującego, że podżeganie jest przestępstwem materialnym ze skutkiem w postaci dokonania czynu zabronionego przez sprawcę, który to model – według Trybunału – przyjmuje akcesoryjność podżegania w relacji do czynu sprawcy i jest sprzeczny z teoretyczną koncepcją J. Makarewicza.

Jak wynika z przedstawionych poprzednio wywodów, oparcie w obowiązujących przepisach ma jedynie model „wąski”. Wbrew temu, co twierdzi Trybunał, nie ma tu ani akcesoryjności, ani sprzeczności z koncepcją J. Makarewicza. „Akcesoryjność” to nie zwykła zależność, ale tego typu związek, w którym element akcesoryjny jest podporządkowany i mniej ważny w relacji do elementu głównego. Nic takiego nie ma w relacji między podżeganiem a czynem zabronionym osoby podżeganej, jest tu najzwyczajniejszy związek rzeczowy między przyczyną a skutkiem, taki sam jak między zgonem ofiary a zachowaniem zabójcy, przecież nikt nie powie, że zachowanie zabójcy jest akcesoryjne w stosunku do zgonu ofiary, choć istnieje tu zależność polegająca na tym, że śmierć ofiary ma wpływ na odpowiedzialność karną sprawcy zabójstwa. Kodeks karny z 1932 r., którego głównym twórcą był J. Makarewicz, przyjmował model skutkowy, czyli według kwalifikacji Trybunału „wąski”, więc chyba był zgodny z jego poglądami właściwie odtworzonymi.

Model „najszerszy” podżegania bezskutkowego A. Zolla ma znaczenie teoretyczne. Był postulowany przez mnie już w 1964 r., choć z innym uzasadnieniem niż podawane przez A. Zolla, i został w zasadniczej swojej treści przyjęty w kodeksie karnym z 1969 r. Ostatnio próbowano wprowadzić go do obowiązującego kodeksu karnego, ale do tego nie doszło. Być może takie próby będą ponawiane.

Model „umiarkowany” ze skutkiem ograniczonym do powzięcia zamiaru dokonania czynu zabronionego przez osobę podżeganą, niestety przyjęty w orzecznictwie sądowym i preferowany przez Trybunał w głosowanym wyroku, rodzi zasadniczą uwagę krytyczną i powinien być odrzucony. Jest on niewykonalny w praktyce wymiaru sprawiedliwości, gdyż do dokonania podżegania trzeba tu ustalić, że podżegany powziął zamiar dokonania czynu zabronionego, ale go jeszcze nie zrealizował. Nie trzeba być zbyt doświadczonym funkcjonariuszem aparatu ścigania, by dojść do wniosku, że udowodnienie tej okoliczności w procesie karnym jest bez szans. Na gruncie tego modelu możliwe jest tylko skazanie za usiłowanie podżegania, ale i to może być wątpliwe w przypadku, gdy podżegany powziął zamiar przestępny, ale nie można tego udowodnić. Natomiast, gdy zamiar został wyrażony w usiłowaniu albo dokonaniu przestępstwa, co otwiera realne możliwości dowodowe, zastosowanie zyskuje już inny model, tj. model „wąski”.

W konkluzji niniejszej glosy trzeba jeszcze raz podkreślić, że zgłoszone uwagi krytyczne w niczym nie godzą w zasadniczą tezę wyroku, jednak są wyrazem pewnego dyskomfortu w odczuciu osoby, która spodziewa się w orzecznictwie najwyższych instancji wymiaru sprawiedliwości nienaganego poziomu rozważań prawniczych.

Commentary to the Constitutional Tribunal judgement of 17 July 2014, file no. SK 35/12

Abstract

While sharing the principal view of the Constitutional Tribunal, the commentator criticizes some portion of the reasoning in which the Tribunal relays on the concept, this violating the Penal Code, that incitement to be committed does not require a person incited to actually commit any unlawful act, with criminal intent of such incited person being sufficient for incitement to occur.

Bolesław Kurzępa

Glosa do wyroku Trybunału Konstytucyjnego z dnia 18 grudnia 2013 r., sygn. P 43/12

Streszczenie

W obszernej glosie mającej charakter krytyczny Autor przedstawia okoliczności sprawy, w której sąd administracyjny zadał pytanie Trybunałowi Konstytucyjnemu oraz omawia przebieg postępowania przed Trybunałem ze szczególnym uwzględnieniem stanowisk stron postępowania.

Artykuł 19 ust. 1a ustawy z dnia 21 maja 1999 r. o broni i amunicji (Dz. U. z 2012 r., poz. 576), w zakresie, w jakim wskazuje przestanki umożliwiające dokonanie czynności materialno-technicznej odebrania broni i amunicji oraz dokumentów potwierdzających legalność posiadania broni osobie, przeciwko której toczy się postępowanie karne o przestępstwa określone w art. 15 ust. 1 pkt 6 ustawy o broni i amunicji, jest zgodny z zasadą prawidłowej legislacji wynikającą z art. 2 Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej, art. 32 ust. 1 oraz art. 64 ust. 2 i 3 w zw. z art. 31 ust. 3 Konstytucji¹.

I. Glosowany wyrok Trybunału Konstytucyjnego jest następstwem pytania sformułowanego przez Wojewódzki Sąd Administracyjny w Poznaniu na tle rozpoznawanej sprawy w przedmiocie czasowego depozytu broni palnej, amunicji oraz pozwolenia na broń. Konkretnie chodziło w nim o zaskarżoną czynność materialno-techniczną przejęcia do czasowego depozytu broni myśliwskiej palnej oraz amunicji do tego rodzaju broni, a także legitymacji noszącej nazwę „pozwolenie na broń”, należących do osoby, której w roku 2012 prokurator postawił zarzuty popełnienia przestępstw z art. 286 § 1 i art. 294 § 1 w zw. z art. 12 k.k. oraz z art. 291 § 1 i art. 294 § 1 w zw. z art. 12 k.k. Efektem postawienia tej osoby w stan podejrzenia było m.in. wydanie przez Wielkopolskiego Komendanta Wojewódzkiego Policji postanowienia o przejęciu do czasowego depozytu wymienionych przedmiotów. W uzasadnieniu organ ten powołał się na treść art. 19 ust. 1a ustawy z dnia 21 maja 1999 r. o broni i amunicji (Dz. U. z 2012 r., poz. 576), który zezwala Policji

¹ Sentencja wyroku została ogłoszona w Dzienniku Ustaw z dnia 9 stycznia 2014 r., poz. 39, zaś uzasadnienie w OTK-A 2013, nr 9, poz. 139.

(Żandarmerii Wojskowej w odniesieniu do żołnierzy zawodowych) odebrać za pokwitowaniem broń i amunicję oraz dokumenty potwierdzające legalność ich posiadania zgodnie z przepisami osobie, przeciwko której toczy się postępowanie karne o przestępstwa określone w art. 15 ust. 1 pkt 6 powołanej ustawy, do czasu prawomocnego zakończenia tego postępowania, jednak na okres nie dłuższy niż trzy lata. Posiadacz broni zaskarżył tę czynność materialno-techniczną (tzn. postanowienie) do Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego w Poznaniu, zarzucając jej naruszenie przepisów prawa, w szczególności wspomnianego art. 19 ust. 1a w zw. z art. 18 ust. 1 pkt 2 i art. 15 ust. 1 pkt 6 ustawy o broni i amunicji i wniósł o „uchylenie zaskarżonego postanowienia”. W uzasadnieniu wskazał, iż w świetle przepisów ustawy o broni, broń i amunicję można odebrać tylko takiej osobie, co do której istnieje „uzasadniona obawa”, że może użyć broni w celach sprzecznych z interesem bezpieczeństwa lub porządku publicznego. Odniósł się też do art. 15 ust. 1 pkt 6 tej ustawy w nieobowiązującym już brzmieniu, gdyż przepis ten został zmieniony od dnia 10 marca 2011 r. ustawą z dnia 5 stycznia 2011 r. o zmianie ustawy o broni i amunicji oraz ustawy o wykonywaniu działalności gospodarczej w zakresie wytwarzania i obrotu materiałami wybuchowymi, bronią, amunicją oraz wyrobami i technologią o przeznaczeniu wojskowym lub policyjnym (Dz. U. Nr 38, poz. 195). Zdaniem skarżącego, taka „uzasadniona obawa” co do jego osoby nie występuje i na pewno nie użyje on broni i amunicji w celach innych niż łowiectwo. W odpowiedzi na skargę Komendant Wojewódzkiej Policji wniósł o jej oddalenie, bowiem w jego ocenie „zarzut odnosi się w istocie do art. 19 ust. 1 ustawy o broni, a nie do przepisu będącego podstawą dokonanej przez Komendanta czynności”.

Rozpoznając skargę skład orzekający Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego w Poznaniu nabrał wątpliwości, czy art. 19 ust. 1a ustawy o broni i amunicji w zakresie, w jakim wskazuje przesłanki, w oparciu o które możliwe jest dokonanie czynności materialno-technicznej odebrania broni i amunicji oraz dokumentów potwierdzających legalność posiadania broni osobie, przeciwko której toczy się postępowanie karne o przestępstwa określone w art. 15 ust. 1 pkt 6 wspomnianej wyżej ustawy, jest zgodny z art. 2, art. 7, art. 31 ust. 3, art. 64 ust. 2 i 3 oraz art. 78 Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej. Sąd ten podniósł również, że w obowiązującym od 10 marca 2011 r. stanie prawnym Policja w stosunku do skazanego za przestępstwo wymienione w art. 15 ust. 1 pkt 6 ustawy o broni może odebrać broń i amunicję, jeżeli stanowi on zagrożenie dla siebie, porządku lub bezpieczeństwa publicznego, a to na podstawie art. 19 ust. 1 w zw. z art. 18 ust. 1 pkt 2 ustawy o broni i amunicji (czynności takiej dokonuje się wobec osób, o których mowa w art. 15 ust. 1 punkty 2–6 ustawy o broni). Osobie, której – jak to było w tej sprawie – wyłącznie postawiono zarzut popełnienia takiego przestęp-

stwa, Policja może, między innymi, dokonać czynności odebrania broni i amunicji, bez względu na to, czy stanowi ona zagrożenie dla siebie, porządku lub bezpieczeństwa publicznego. Za takim stwierdzeniem przemawia – zdaniem pytającego sądu – treść art. 19 ust. 1a ustawy o broni i amunicji, który mówi, iż odebranie broni możliwe jest w stosunku do osoby, przeciwko której toczy się postępowanie karne o przestępstwa określone w art. 15 ust. 1 pkt 6 powołanej ustawy.

Porównując obie sytuacje, pytający sąd stwierdził, że ustawodawca w zakresie możliwości dokonania czynności materialno-technicznej odebrania broni i amunicji inaczej traktuje osoby skazane za niektóre przestępstwa, a inaczej – znacznie ostrzej – osoby jedynie podejrzane (oskarżone) o takie same przestępstwa, w stosunku do których nie wydano jeszcze prawomocnego wyroku skazującego. Podniósł też, iż art. 19 ust. 1a ustawy o broni i amunicji jest niewystarczająco określony, zatem jest sprzeczny z zasadą prawidłowej legislacji. Odwołuje się wyłącznie do kryterium formalnego, tzn. przedstawienia posiadaczowi broni zarzutu popełnienia określonego typu przestępstwa. Inne przepisy ustawy o broni, ograniczając dostęp do broni, bazują na przesłankach merytorycznych (np. art. 15 ust. 1 pkt 6, art. 19 ust. 1 punkty 1 i 2 wspomnianej ustawy), akcentując więc potencjalne zagrożenie tych osób dla nich samych, porządku lub bezpieczeństwa publicznego. Tego rodzaju ujęcie regulacji prawnej (tzn. art. 19 ust. 1a ustawy) wywołuje wątpliwości interpretacyjne. W kwestionowanym przepisie ustawodawca zastosował uproszczenie, gdyż Policja nie musi badać w każdym przypadku, czy posiadacz broni faktycznie stanowi zagrożenie dla siebie, porządku lub bezpieczeństwa publicznego. Uniemożliwia to posiadanie broni tym, co do których postawienie zarzutów kryminalnych okazało się błędne, a czego dowodzi statystyka kryminalna. Przemawia to – w ocenie Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego w Poznaniu – za sprzecznością kwestionowanego przepisu z wynikającymi z art. 2 Konstytucji zasadami określoności prawa oraz zaufania obywateli do państwa. Podobnie – stwierdza dalej Sąd – kwestionowany przepis jest niezgodny z art. 78 Konstytucji, gdyż w znacznej liczbie spraw zarzut popełnienia przestępstwa wymienionego w katalogu nie kończy się prawomocnym skazaniem. Mimo to – wobec treści kwestionowanego przepisu – który uzależnia odebranie broni wyłącznie od faktu postawienia zarzutu popełnienia określonego przestępstwa, posiadacz broni pozbawiony jest możliwości wykazania, że nie należy do kategorii osób stanowiących zagrożenie dla siebie, porządku lub bezpieczeństwa publicznego. Możliwość kwestionowania takiego rozstrzygnięcia jest więc wyłącznie teoretyczna. Przepis art. 19 ust. 1a ustawy o broni i amunicji narusza też – zdaniem pytającego Sądu – art. 32 ust. 1 Konstytucji. Ustawodawca w art. 15 ust. 1 pkt 6 ustawy o broni uznał, że prawomocne skazanie posiadacza broni za jedno z przestępstw wymienionych w tym przepisie określa go jako osobę

stwarzającą zagrożenie dla siebie, porządku lub bezpieczeństwa publicznego. Oznacza to, że ustawodawca odróżnił posiadacza, wobec którego wydano jedynie postanowienie o postawieniu zarzutu popełnienia określonego przestępstwa, od skazanego prawomocnie za takie przestępstwo. Po wprowadzeniu do ustawy o broni i amunicji art. 19 ust. 1a w jednakowy sposób traktuje się posiadacza broni stwarzającego zagrożenie (art. 19 ust. 1 w zw. z art. 15 ust. 1 pkt 6), jak i tego, który przynajmniej potencjalnie takiego zagrożenia nie stwarza (art. 19 ust. 1a ustawy). Zarzucając brak zgodności art. 19 ust. 1a ustawy o broni i amunicji z art. 64 Konstytucji, pytający sąd przyznał, że ustawodawca ma w pewnych sytuacjach obowiązek ograniczyć właścicielskie uprawnienia osób, które spełniając ustawowe warunki, nabyły broń i ją posiadają. Taki obowiązek ma ustawodawca, jeżeli ograniczenie uprawnień właścicielskich jest konieczne dla ochrony porządku i bezpieczeństwa publicznego. Właściciel broni jest jednak pozbawiony choćby hipotetycznej możliwości obrony wykonywania prawa własności, a nie ma nawet teoretycznej szansy wykazania, że nie stwarza zagrożenia dla dóbr. W tym kontekście Wojewódzki Sąd Administracyjny w Poznaniu zwrócił też uwagę na art. 325g § 1 Kodeksu postępowania karnego, w myśl którego w postępowaniu uproszczonym (obejmującym przestępstwa z katalogu ustalonego w art. 15 ust. 1 pkt 6 ustawy o broni i amunicji) nie jest wymagane sporządzenie postanowienia o przedstawieniu zarzutów, zaś zgodnie z § 2 art. 325g k.p.k. przesłuchanie osoby podejrzanej zaczyna się od powiadomienia jej o treści zarzutu wpisanego do protokołu przesłuchania. Osobę tę od chwili rozpoczęcia przesłuchania uważa się za podejrzanego, a uproszczone postępowania przygotowawcze prowadzone są z reguły przez Policję.

W pismach przesłanych do Trybunału Konstytucyjnego zarówno Marszałek Sejmu, jak i Prokurator Generalny zajęli stanowisko, że art. 19 ust. 1a ustawy o broni i amunicji w żadnym zakresie nie jest sprzeczny z art. 2, art. 7, art. 32 ust. 1 oraz art. 64 ust. 2 i 3 w zw. z art. 31 ust. 3 Konstytucji. Warto zacytować fragment uzasadnienia stanowiska Prokuratora Generalnego, który stwierdził, iż „w polskim systemie prawnym, do praw i wolności gwarantowanych na poziomie konstytucyjnym nie należy prawo do posiadania broni. Posiadanie i używanie broni – podobnie jak w innych państwach Unii Europejskiej – jest poddane licznym ograniczeniom. Konsekwencją przyjęcia przez prawodawcę przesłanek uzasadniających obligatoryjną lub fakultatywną odmowę wydania pozwolenia na broń, obligatoryjne lub fakultatywne cofnięcie pozwolenia, a także wprowadzenia penalizacji posiadania broni bez zezwolenia, było wprowadzenie instytucji przejścia broni do depozytu”. Prokurator Generalny zaznaczył ponadto, że zakwestionowany przepis nie dotyczy definitywnego rozstrzygnięcia w przedmiocie uprawnień do posiadania i dysponowania bronią, a prowadzenie postępowania karnego wiąże się z możliwością nałożenia na podejrzanego szeregu czasowych ob-

owiązków i ograniczeń (w tym środków przymusu), które jednak nie przesądzą treści późniejszego wyroku. Wskazał, że środki przymusu w rozumieniu prawa karnego procesowego polegają na posługiwaniu się przymusem psychicznym lub fizycznym albo jego zagrożeniem, a ich celem jest uzyskanie lub zabezpieczenie dowodów, zapewnienie uczestnictwa w postępowaniu karnym osób, których udział jest konieczny dla prawidłowego toku postępowania, a także zabezpieczenie wykonania kary albo środka karnego. Podniósł też, że definicyjną cechą środków przymusu jest przymus, czyli działanie wbrew woli osoby, której stosowany środek dotyczy. Część środków przymusu (w rozumieniu prawa karnego procesowego – uwaga autora) ma na celu nie tylko zabezpieczenie wykonania przyszłego środka karnego, ale również zabezpieczenie przed dalszym, potencjalnym naruszeniem prawa przez daną osobę. Ta ostatnia przesłanka przesądza o potrzebie zastosowania zakwestionowanego przepisu ustawy o broni. Odnosząc się do zarzutu naruszenia przez art. 19 ust. 1a ustawy o broni i amunicji konstytucyjnych gwarancji prawa własności, Prokurator Generalny stwierdził, że przepisy procedury karnej często nakładają na jednostkę ograniczenia w zakresie korzystania przez nią z dóbr prawnych, przy czym nierzadko są to ograniczenia dotkliwsze niż czasowe odebranie broni i amunicji, a tym samym przepis ten – w zakwestionowanym zakresie – spełnia przesłanki dopuszczalności ograniczeń prawa własności wskazane w art. 64 ust. 3 Konstytucji.

Komendant Główny Policji co prawda nie odniósł się do wątpliwości przedstawionych w postanowieniu Wojewódzkiego Sadu Administracyjnego w Poznaniu, tym niemniej przedstawił dane dotyczące funkcjonowania przepisu art. 19 ust. 1 a ustawy o broni w latach 2011–2012. Otóż, w tym czasie, Policja zabezpieczyła na podstawie wspomnianego przepisu, a następnie cofnęła pozwolenie na broń 349 osobom. W tym samym okresie zarzut popełnienia któregośkolwiek z przestępstw wymienionych w art. 15 ust. 1 pkt 6 ustawy postawiono 2862 posiadaczom broni. Podał też, że od 2000 r. organy policyjne wydały 95 206 pozwoleń na posiadanie broni i zarejestrowały 256 776 egzemplarzy broni.

II. Lektura glosowanego orzeczenia Trybunału Konstytucyjnego może prowadzić do wniosku, że faktycznie art. 19 ust. 1 a ustawy z dnia 21 maja 1999 r. o broni i amunicji jest zgodny z wymienionymi w jego tezie przepisami Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej. Jednak po dokładniejszym przyjrzeniu się kwestionowanemu przepisowi oraz wymogom zawartym w art. 2, art. 32 ust. 1 oraz art. 64 ust. 2 i 3 w zw. z art. 31 ust. 3 ustawy zasadniczej, można nabrać poważnych wątpliwości, czy tak jest w istocie. Jak większość polskich ustaw, także i ustawa o broni i amunicji była w ciągu całego okresu obowiązywania wielokrotnie nowelizowana. Stan taki zawsze powoduje pewne zachwianie (większe lub mniejsze) pierwotnej koncepcji danego aktu prawnego. Przyczyny każdej zmiany konkretnego aktu prawnego mają –

a przynajmniej mieć powinny – swoje logiczne uzasadnienie i wynikają najczęściej z konieczności uzupełnienia dotychczas obowiązujących regulacji o nowe rozwiązania lub korekty istniejących rozwiązań. Jak wskazują liczne przykłady, nie zawsze wprowadzane zmiany czynią zmieniony akt prawny doskonalszym i odpowiadającym oczekiwaniom nie tylko ustawodawcy, ale przede wszystkim jego adresatów. Podobnie rzecz się miała z przepisem art. 19 ust. 1a ustawy z dnia 21 maja 1999 r. o broni i amunicji, który został dodany do pierwotnego tekstu przez art. 1 pkt 13 lit. a ustawy z dnia 5 stycznia 2011 r. o zmianie ustawy o broni i amunicji oraz ustawy o wykonywaniu działalności gospodarczej w zakresie wytwarzania i obrotu materiałami wybuchowymi, bronią, amunicją oraz wyrobami i technologią o przeznaczeniu wojskowym lub policyjnym (Dz. U. Nr 38, poz. 195), z mocą obowiązującą od dnia 10 marca 2011 r. Rozciągnął on możliwość odebrania broni na osoby, którym w toku prowadzonego postępowania przygotowawczego przedstawiono zarzut popełnienia chociażby jednego z przestępstw wymienionych w art. 15 ust. 1 pkt 6 ustawy o broni i amunicji, czyli o wszystkie umyślne przestępstwa lub umyślne przestępstwa skarbowe, a także nieumyślne przestępstwa przeciwko życiu i zdrowiu, przeciwko bezpieczeństwu w komunikacji popełnione w stanie nietrzeźwości lub pod wpływem środka odurzającego albo gdy sprawca zbiegł z miejsca zdarzenia. W praktyce jest to katalog obejmujący ok. 96–97% wszystkich przestępstw określonych nie tylko w Kodeksie karnym i Kodeksie karnym skarbowym, ale również w pozostałych ustawach zawierających przepisy karne². Z punktu widzenia bezpieczeństwa społecznego, a w szczególności ewentualnego zapobiegnięcia użycia broni palnej przez osoby, które popełniły którekolwiek z kilkuset przestępstw objętych tym katalogiem, rozwiązanie takie uznać należy za potrzebne, czy wręcz w wielu przypadkach konieczne. Rozumiejąc prewencyjny charakter omawianego przepisu, nie wydaje się jednak celowe stworzenie tego rodzaju możliwości w odniesieniu do aż tak dużej liczby przestępstw, których sprawcy w żadnej mierze nie stwarzają zagrożenia dla bezpieczeństwa publicznego. Przykładem może być występki z art. 95 ustawy z dnia 20 maja 2010 r. o wyrobach medycznych (Dz. U. Nr 107, poz. 679 z późn. zm.), który stanowi, że osoba wprowadzająca do obrotu systemy lub zestawy zabiegowe lub sterylizująca i wprowadzająca do obrotu systemy, zestawy zabiegowe lub wyroby medyczne oznakowane znakiem CE, niezgodnie z wymaganiami określonymi w art. 30 tej ustawy, podlega grzywnie, karze ograniczenia wolności albo pozbawienia wolności do roku. Bez wątplenia jest to przestępstwo umyślne, czy jednak jego sprawca na tyle zagraża bezpieczeństwu publicznemu, że należy odebrać mu broń palną w trybie

² Zob. np. W. Kotowski, B. Kurzępa, *Przestępstwa pozakodeksowe. Komentarz*, Warszawa 2007.

art. 19 ust. 1 lub 1a ustawy o broni i amunicji? Racjonalna odpowiedź może tylko jedna – mianowicie przecząca, a podobnych przykładów można podać bardzo wiele. Wydaje się, że przede wszystkim zbyt szeroki jest katalog przestępstw wymieniony w art. 15 ust. 1 pkt 6 ustawy o broni i amunicji. Co ciekawe, przepis ten, w tekście pierwotnym powołanej ustawy (Dz. U. Nr 53 z 1999 r., poz. 549), mówił jedynie o osobach, co do których istnieje uzasadniona obawa, że mogą one użyć broni w celach sprzecznych z interesem bezpieczeństwa lub porządku publicznego, w szczególności skazanych prawomocnym orzeczeniem sądu za przestępstwo z użyciem przemocy lub groźby bezprawnej albo wobec których toczy się postępowanie karne o popełnienie takiego przestępstwa. Po kilku latach obowiązywania, a konkretnie w dniu 1 stycznia 2004 r., treść art. 15 ust. 1 pkt 6 ustawy została zmieniona i jego zakres podmiotowy został ograniczony do osób, co do których istnieje uzasadniona obawa, że mogą użyć broni w celu sprzecznym z interesem bezpieczeństwa lub porządku publicznego, w szczególności skazanych prawomocnym orzeczeniem sądu za przestępstwo przeciwko życiu, zdrowiu lub mieniu albo wobec których toczy się postępowanie karne o popełnienie takich przestępstw³. Obie zaprezentowane wersje tego przepisu w sposób jednoznaczny, a zarazem stosunkowo wąski określały krąg osób, którym nie można było wydać pozwolenia na broń, ewentualnie – w oparciu o treść art. 18 ust. 11 pkt 2 ustawy o broni i amunicji – cofnąć już posiadane przez nie tego rodzaju pozwolenie na broń. Warto przy tej okazji wskazać na dokonane zmiany w treści art. 19 ust. 1 tej ustawy, określającego prawo Policji, Żandarmerii Wojskowej i Straży Granicznej do przejęcia do depozytu broni od jej posiadacza. Otóż, w pierwotnej wersji ustawy mogło to nastąpić jedynie wtedy, gdy ujawnione zostały okoliczności wymienione w jej art. 18 ust. 1 punkty 1, 2 i 4 oraz ust 3, a zwłoka zagrażałaby bezpieczeństwu publicznemu. Wprawdzie ustawa z dnia 14 lutego 2003 r. o zmianie ustawy o broni i amunicji oraz o zmianie ustawy o Biurze Ochrony Rządu (Dz. U. Nr 52, poz. 451) zmieniła redakcję tego przepisu, ale w żaden sposób nie zmieniła jego sensu. W obu tych wersjach nie oznaczono czasu, na który broń, amunicja oraz dokumenty potwierdzające legalność jej posiadania mogły być odebrane ich posiadaczowi. Nie określono też górnej granicy czasowej, do której odebrana broń mogła znajdować się w depozycie uprawnionego organu oraz etapu postępowania karnego, w której tego rodzaju decyzja mogła zostać wydana (tzn. w fazie postępowania przygotowawczego albo sądowego lub wykonawczego). Dopiero nowo wprowadzony i obowiązujący od dnia 10 marca 2011 r. ust. 1a art. 19 ustawy o broni i amunicji kwestie te wyraziście uregulował.

³ Zmiana wprowadzona została przez art. 1 pkt 16 lit. a ustawy z dnia 14 lutego 2003 r. o zmianie ustawy o broni i amunicji oraz o zmianie ustawy o Biurze Ochrony Rządu (Dz. U. Nr 52, poz. 451).

III. Pierwszy z zarzutów postawionych przez WSA w Poznaniu przepisowi art. 19 ust. 1a ustawy o broni i amunicji odnosi się do jego niezgodności z art. 2 Konstytucji RP, a konkretnie do jego sprzeczności z zasadą określoności prawa oraz zaufania obywateli do państwa, gdyż odwołuje się on wyłącznie do kryterium formalnego, tj. przedstawienia posiadaczowi broni zarzutu popełnienia określonego typu przestępstwa. W innych przepisach wspomnianej ustawy ograniczających dostęp do broni (np. 15 ust. 1 pkt 6, art. 19 ust. 1 punkty 1 i 2) wymagane jest także spełnienie przesłanki merytorycznej: wystąpienia zagrożenia dla siebie, porządku lub bezpieczeństwa publicznego bądź wystąpienia zagrożenia bezpieczeństwa publicznego. Przepis art. 2 Konstytucji RP wprowadził po raz pierwszy w polskim konstytucjonalizmie zasadę demokratycznego państwa prawnego, urzeczywistniającego zasady sprawiedliwości społecznej. Ustawodawca co prawda nie zdefiniował pojęcia „demokratyczne państwo prawne”, jednak w doktrynie prawa konstytucyjnego oraz judykaturze wyodrębniono szereg elementów (zasad) składających się na nie. Bez wątplenia demokratyczne państwo prawne to państwo realizujące jedną z naczelných zasad współczesnego konstytucjonalizmu państw demokratycznych – zasadę demokracji⁴. Dotychczas Trybunał Konstytucyjny uznał za zasadę (tzn. wyinterpretował z konstytucyjnej zasady demokratycznego państwa prawnego) konstytuującą demokratyczne państwo prawne w Polsce m.in. zasadę zaufania obywateli do państwa, a tym samym i do prawa przez nie stanowionego. W jednym z wyroków Trybunał Konstytucyjny wskazał, że „przepisy prawa powinny być formułowane w sposób precyzyjny i jasny. Warunek jasności oznacza obowiązek tworzenia przepisów klarownych i zrozumiałych dla ich adresatów, którzy od racjonalnego ustawodawcy mogą oczekiwać stanowienia norm prawnych nie budzących wątpliwości co do treści nakładanych obowiązków i przyznawanych praw. Związana z jasnością precyzja przepisu powinna przejawiać się w konkretności nakładanych obowiązków i przyznawanych praw, tak by ich treść była oczywista i pozwalała na ich wyegzekwowanie”⁵. Inną ważną zasadą – w kontekście przepisu art. 19 ust. 1a ustawy o broni i amunicji – wyinterpretowaną z treści art. 2 Konstytucji RP jest zasada dostatecznej określoności prawa, nakazująca stanowienie norm jasnych i zrozumiałych dla ich adresatów, pozwalających jednoznacznie ustalić ich treść, niebudzących wątpliwości interpretacyjnych i niepowodujących przez to rozbieżności w procesie ich stosowania. W wyroku z dnia 3 grudnia 2002 r., sygn. P 13/02, Trybunał Konstytucyjny wyraził pogląd, iż „niejasność przepisu może uzasadniać stwierdzenie jego niezgodności z Konstytucją, o ile jest tak daleko posunięta, że wynikających z niej rozbieżności nie da się usunąć

⁴ B. Banaszk, *Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej. Komentarz*. Warszawa 2009, s. 16–17.

⁵ Wyrok Trybunału Konstytucyjnego z dnia 23 października 2007 r., sygn. P 28/07, OTK-A 2007, nr 9, poz. 106.

za pomocą zwyczajnych środków mających na celu wyeliminowanie niejednoznaczności w stosowaniu prawa (...), gdy inne metody usuwania skutków niejasności treści przepisów, w szczególności przez jego interpretację w orzecznictwie sądowym okażą się niewystarczające”⁶. Zasada dostatecznej określoności prawa jest szczególnie ważna w sytuacji, gdy odnosi się do regulacji prawnych umożliwiających organom państwowym ingerencję w sferę praw i wolności jednostki⁷. Zauważył to Trybunał Konstytucyjny w orzeczeniu z dnia 29 stycznia 1992 r., sygn. K 15/91, stwierdzając, że przez dostateczną określoność rozumieć należy „precyzyjne wyznaczenie dopuszczalnego zakresu ingerencji oraz tryb, w jakim podmiot ograniczany w swoich prawach i wolnościach może bronić się przed nieuzasadnionym naruszeniem jego praw”⁸. Jeżeli natomiast regulacja prawna nakłada na jednostkę określony obowiązek, to „przesłanki aktualizujące obowiązek powinny być określone w sposób wykluczający niejednoznaczność”⁹. Analiza kwestionowanego przepisu (tzn. art. 19 ust. 1a ustawy o broni i amunicji) prowadzi jednak do wniosku, że w świetle przytoczonych – z konieczności tylko wybranych – wypowiedzi Trybunału Konstytucyjnego nie do końca jest on zgodny z konstytucyjną zasadą zaufania obywateli do państwa, a tym samym i do prawa przez to państwo stanowionego, gdyż został sformułowany w sposób mało precyzyjny i jasny, a ponadto stawia on w o wiele gorszej sytuacji faktycznej i prawnej osobę podejrzaną niż osobę prawomocnie skazaną za popełnione którekolwiek przestępstwo wymienione w art. 15 ust. 1 pkt 6 ustawy. Trzeba pamiętać, że w stosunku do osoby podejrzanej, aż do chwili uprawnomocnienia się wyroku skazującego, działa domniemanie niewinności. Tym samym przepis ten jest też niezgodny z wyrażoną w art. 2 Konstytucji RP zasadą dostatecznej określoności prawa, gdyż nakazuje stosować wyłącznie kryterium formalne polegające na przedstawieniu posiadaczowi broni zarzutu popełnienia któregośkolwiek z przestępstw wymienionych w art. 15 ust. 1 pkt 6 ustawy. W jego treści nie ma natomiast żadnego odwołania do przesłanki merytorycznej, tj. do zbadania, czy ów posiadacz broni palnej stanowi zagrożenie dla bezpieczeństwa publicznego lub dla siebie albo porządku publicznego. Faktycznie jest to duże uproszczenie dla organów uprawnionych (tzn. Policji, Żandarmerii Wojskowej oraz Straży Granicznej), jednak obywatel, któremu broń na tej podstawie odebrano na okres do trzech lat, może zasadnie podnosić, iż doszło do naruszenia zasady zaufania obywatela do państwa i do stanowionego przez nie prawa. Uprawniony jest argument podniesiony w uzasadnieniu głosowanego orzeczenia, że

⁶ OTK-A 2002, nr 7, poz. 90.

⁷ B. Banaszkak, *Konstytucja...*, *op. cit.*, s. 27.

⁸ OTK 1992, nr 1, poz. 8.

⁹ Por. wyrok Trybunału Konstytucyjnego z dnia 13 marca 2007 r., sygn. K 8/07, OTK-A 2007, nr 3, poz. 26.

prawo do posiadania broni nie jest w naszym kraju prawem konstytucyjnym, lecz jest to wyjątek od zasady zawartej w art. 2 ustawy o broni i amunicji, zabraniającej jej posiadanie poza przypadkami w niej określonymi. Skoro jednak osoba broń taką legalnie posiada i została postawiona w stan podejrzenia popełnienia przestępstwa, to powinien zostać jednoznacznie wskazany w ustawie tryb czasowego jej odbierania, oparty nie tylko na przesłankach formalnych, ale także i materialnych, które każdorazowo powinny być wskazane przez uprawniony organ. Z dotychczasowej praktyki stosowania instytucji określonej w art. 19 ust. 1a ustawy wynika, że jest ona stosowana obligatoryjnie wobec wszystkich posiadaczy broni, po przedstawieniu im zarzutu popełnienia chociażby jednego z przestępstw wymienionych w art. 15 ust. 1 pkt 6 ustawy. Stan taki jest bez zastrzeżeń aprobowany przez sądy administracyjne. A przecież omawiany przepis dopuszcza odebranie broni jedynie fakultatywnie, a nie w każdym przypadku. Broń jest przedmiotem niebezpiecznym, szczególnie w rękach groźnego przestępcy, ale w wielu sytuacjach podejrzani są osobami dotychczas niekaranymi, które dopuściły się mało szkodliwych społecznie występków i o których wiadomo już z góry, że zarzucany im czyn stanowi incydent w ich dotychczasowym życiu. Z lektury dotychczas opublikowanych orzeczeń sądów administracyjnych dotyczących spraw z art. 19 ust. 1 oraz ust. 1a ustawy o broni i amunicji można zauważyć pewien schematyzm w ich rozstrzyganiu, polegający przede wszystkim na eksponowaniu wyjątkowości posiadania broni palnej w naszym kraju (tzn. odstępstwa od zasady zakazu jej legalnego posiadania), jedynie formalnym odwołaniu się do katalogu przestępstw wymienionych w art. 15 ust. 1 pkt 6 tej ustawy i całkowitym pomijaniu wagi przypisywanego posiadaczowi broni przestępstwa (przestępstw) oraz faktu posiadania przez niego pozytywnej opinii w miejscu zamieszkania albo pracy lub też organizacji, w ramach której broni legalnie używał (chodzi przede wszystkim o myśliwych i osoby uprawiające sport strzelecki). Do takiego poglądu może skłaniać składy orzekające aktualna konstrukcja przepisu art. 19 ust. 1a ustawy o broni i amunicji, która jednak nie odpowiada zawartej w art. 2 Konstytucji RP zasadzie dostatecznej określoności prawa, gdyż zawarta w nim regulacja prawna jest niewystarczająco określona. Przyjęcie takiego punktu widzenia powoduje, że nie można zgodzić się z poglądem wyrażonym w tezie głosowanego orzeczenia, że art. 19 ust. 1a ustawy o broni i amunicji nie narusza też wyrażonej w art. 31 ust. 3 Konstytucji RP zasady proporcjonalności. Jej istota sprowadza się do tego, aby ingerencja ustawodawcy w zakres prawa lub wolności konstytucyjnej nie była nadmierna. Oznacza to, że „spośród możliwych środków działania należy wybierać możliwie najmniej uciążliwe w stopniu nie większym, niż jest to niezbędne dla osiągnięcia założonego celu. Badając, czy zasada proporcjonalności nie została naruszona przez ustawodawcę, trzeba uwzględniać specyfikę poszczególnych praw

jednostki, a z istoty tych praw powinny wynikać granice dopuszczalności ograniczeń”¹⁰. W cytowanym wyroku z dnia 25 lutego 1999r., ustalając konstytucyjność ograniczeń wprowadzonych przez ustawodawcę, Trybunał Konstytucyjny stara się udzielić odpowiedzi na następujące pytania:

- czy wprowadzona regulacja ustawodawcza służy i jest konieczna dla ukształtowania ładu prawnego w danej sferze stosunków społecznych?
- czy zamierzony przez ustawodawcę cel jest możliwy do osiągnięcia bez naruszenia podstawowych standardów prawnych wyrażających istotę praw, których dotyczy?
- czy regulacja ustawowa jest niezbędna dla ochrony interesu, wartości konstytucyjnej, którą jest związana?
- czy efekt wprowadzonej regulacji pozostaje w proporcji do ciężarów nałożonych przez nią na obywatela?

Trzeba mieć też na uwadze, że Trybunał Konstytucyjny różnicuje intensywność i surowość kontroli przestrzegania przez ustawodawcę zasady proporcjonalności w zależności od tego, czy ustawodawca zwykły wykonuje konstytucyjne upoważnienie do współokreślania (przez kształtowanie wyjątków) konstytucyjnie chronionych wolności i praw, czy też „wykonując swoją «zwyczajną» działalność”, normuje jakieś kwestie i niejako przy okazji wkracza w sferę konstytucyjnych wolności i praw¹¹. Trybunał Konstytucyjny w tym drugim przypadku uznał, że ocena proporcjonalności wkroczenia musi jednak odbywać się według surowszych kryteriów niż w wypadku, gdy sama Konstytucja przyznaje ustawodawcy możliwość kreacji ograniczeń, w odniesieniu do konstytucyjnie normowanej wolności prawa¹². I właśnie z taką sytuacją mamy do czynienia po wprowadzeniu do aktualnie obowiązującej ustawy o broni i amunicji ustępu 1a art. 19, w którym to ustawodawca odstąpił od wskazania jako przesłanki odebrania broni stanowienia przez jej posiadacza zagrożenia dla siebie, porządku lub bezpieczeństwa publicznego, uzależniając jej odebranie wyłącznie od przesłanki formalnej, tzn. przedstawienia zarzutu popełnienia przestępstwa określonego w art. 15 ust. 1 pkt 6 ustawy.

Nie można też zgodzić się z twierdzeniem Trybunału Konstytucyjnego zawartym w glosowanym orzeczeniu, iż art. 19 ust. 1a ustawy o broni i amunicji nie narusza art. 32 ust. 1 Konstytucji RP. Ostatni z wymienionych przepisów statuuje zasadę równości wobec prawa. Istota zasady równości polega na tym, że wszystkie podmioty prawa charakteryzujące się daną cechą istotną (relewantną) w równym stopniu mają być traktowane równo, a więc

¹⁰ Wyrok Trybunału Konstytucyjnego z dnia 25 lutego 1999 r., sygn. K 23/98, OTK 1999, nr 2, poz. 25.

¹¹ Por. wyrok Trybunału Konstytucyjnego z dnia 12 grudnia 2005 r., sygn. K 32/04, OTK-A 2005, nr 11, poz. 132.

¹² B. Banaszak, *Konstytucja...*, *op. cit.*, s. 181–182.

według równej miary, bez różnicowań dyskryminujących, jak i faworyzujących¹³. Odnosi się to do sytuacji prawnej adresatów norm prawnych, a nie ich sytuacji faktycznej, socjalnej, gospodarczej itp. W orzeczeniu z dnia 9 marca 1988 r., sygn. U 7/87, Trybunał Konstytucyjny wyróżnił dwa istotne elementy zasady równości, do których zresztą później wielokrotnie nawiązywał, a mianowicie:

- równość wobec prawa oznaczającą nakaz równego traktowania przez władzę publiczną w procesie stosowania prawa,
- równość w prawie oznaczającą nakaz kształtowania treści prawa z uwzględnieniem zasady równości¹⁴.

Jednak pojęcie równości na gruncie art. 32 ust. 1 Konstytucji RP nie oznacza równości w znaczeniu bezwzględnym, tzn. że w stosunku do wszystkich i w takim samym stopniu obowiązywałyby i stosowałyby się te same przepisy prawne¹⁵. Konstytucyjne pojęcie równości jest tożsame z ogólnym, opisowym pojęciem równości jako przynależności danych podmiotów do tej samej klasy, którą wyróżniamy z punktu widzenia cechy uznającej ją za istotną i nie jest tożsama z pojęciem identyczności¹⁶. W wyroku z dnia 16 grudnia 1997 r., sygn. K 8/97, Trybunał Konstytucyjny stwierdził, iż „sprawą podstawową dla oceny dochowania zasady równości jest tym samym ustalenie cechy istotnej, z uwagi na którą przepisy prawa dokonały różnicowania sytuacji prawnej swoich adresatów. Różnicowanie sytuacji prawnej obywateli jest wtedy sprzeczne z konstytucją, jeżeli traktuje się w sposób różny podmioty lub sytuacje podobne, a takie różnice traktowania nie znajdują należytego uzasadnienia konstytucyjnego (...). W poszukiwaniu takiego uzasadnienia wskazywano kryteria racjonalności, proporcjonalności i sprawiedliwości dokonywania różnicowań (...). Innymi słowy, wszelkie odstępstwa od nakazu równego traktowania podmiotów podobnych muszą zawsze znajdować podstawę w odpowiednio przekonujących kryteriach”¹⁷. Z podobną sytuacją mamy do czynienia w glosowanym orzeczeniu, skoro ustawodawca w art. 15 ust. 1 pkt 6 ustawy o broni i amunicji uznał, że prawomocne skazanie posiadacza broni chociażby za jedno z wymienionych w nim przestępstw określa go jako osobę stwarzającą zagrożenie dla siebie, porządku lub bezpieczeństwa publicznego. A zatem, ustawodawca odróżnia posiadacza, w stosunku do którego wydano jedynie postanowienie o przed-

¹³ K. Działocha, Równość wobec prawa w orzecznictwie Trybunału Konstytucyjnego w Polsce (w:) L. Garlicki, J. Trzeciński (red.), *Zasada równości w orzecznictwie trybunałów konstytucyjnych*, Wrocław 1990, s. 141–158.

¹⁴ OTK 1988, nr 1, poz. 1.

¹⁵ J. Boć, *Konstytucje Rzeczypospolitej oraz komentarz do Konstytucji RP z 1997 r.*, Wrocław 1998, s. 71.

¹⁶ B. Banaszak, *Konstytucja...*, *op. cit.*, s. 184.

¹⁷ OTK 1997, nr 5–6, poz. 70.

stawieniu zarzutu popełnienia przestępstwa, od skazanego prawomocnie za takie przestępstwo. Nie przeszkodziło mu to jednak, po wprowadzeniu do omawianej ustawy ustępu 1a w art. 19 w jednakowy sposób traktować posiadacza broni stwarzającego zagrożenie (art. 19 ust. 1 w zw. z art. 15 ust. 1 pkt 6 ustawy) oraz tego, który – przynajmniej potencjalnie – zagrożenia takiego nie stwarza (art. 19 ust. 1a ustawy). I w takim właśnie kontekście można dopatrzyć się niezgodności art. 19 ust. 1a ustawy o broni i amunicji z zasadą równości wyrażoną w art. 32 ust. 1 Konstytucji RP.

Wydaje się, że *de lege ferenda* należy postulować, aby ustawodawca wprowadził w tym przepisie – obok już istniejącej przesłanki formalnej (popełnienie któregośkolwiek z przestępstw wymienionych w art. 15 ust. 1 pkt 6 ustawy) – również przesłanki merytoryczne, akcentujące potencjalne zagrożenie dla siebie, porządku i bezpieczeństwa publicznego mogące powstać ze strony posiadacza broni, który stał się podejrzanym w rozumieniu przepisów Kodeksu postępowania karnego. Wówczas przepis ten nie tylko byłby w pełni zgodny z art. 2, art. 31 ust. 3 i art. 32 ust. 1 Konstytucji RP, ale także wewnętrznie spójny z regulacją zawartą w art. 19 ust. 1 ustawy o broni i amunicji.

Commentary to the Constitutional Tribunal judgement of 18 December 2013, file no. P 43/12

Abstract

This extensive disapproving commentary presents circumstances of the case in which the Administrative Court posed a question to the Constitutional Tribunal, and discusses proceedings before the Tribunal, highlighting positions of parties to the proceedings.

Dariusz Drajewicz

Glosa do wyroku Sądu Najwyższego z dnia 29 stycznia 2014 r., sygn. IV KK 425/13¹

Streszczenie

Autor aprobuje tezę zawartą w glosowanym wyroku. Poza powołaniem argumentów uzasadniających obronę tej tezy, w glosie zwrócono uwagę na prawo oskarżonego do wyboru miejsca odbioru korespondencji, które znajduje uzasadnienie w konstytucyjnej gwarancji swobody poruszania się i zmiany miejsca pobytu. W pracy wskazano na różnice między adresem zameldowania a miejscem rzeczywistego zamieszkania oskarżonego. W glosie krytycznie odniesiono się do braku obowiązku oskarżonego zawiadomienia sądu o pozbawieniu wolności i jednocześnie wskazano z aprobatą na zmiany, jakie wprowadza ustawa nowelizująca kodeks postępowania karnego z dnia 27 września 2013 r., która taki obowiązek na oskarżonego nakłada.

Uznanie pisma za prawidłowo doręczone w trybie art. 132 § 2 k.p.k. (a więc przez odbiór przesyłki przez dorosłego domownika) warunkowane jest faktem „chwilowej nieobecności adresata”, przy czym warunek ten ma charakter obiektywny.

1. Pogląd wyrażony w glosowanym wyroku jest trafny, aczkolwiek utrwała tę linię orzecniczą, zgodnie z którą wszelkie negatywne konsekwencje zachowania oskarżonego lub innych uczestników procesu ponosi sąd, nawet wówczas, gdy wykazał najwyższą staranność, podejmując czynności procesowe².

Dla pełnego zobrazowania przesłanek, które legły u podstaw glosowanej tezy, zasadne jest skrótowne przedstawienie okoliczności sprawy.

Sąd rejonowy na posiedzeniu uwzględnił wniosek złożony przez prokuratora w trybie art. 335 § 1 k.p.k. oraz uznał oskarżonego za winnego popełnienia zarzucanego mu czynu i za to wymierzył mu karę. Wyrok ten uprawomocnił się. Prokurator Generalny w kasacji od tego wyroku podniósł zarzuty rażącego i mogącego mieć istotny wpływ na treść wyroku naruszenia

¹ LEX nr 1430395.

² Np. wyroki SN: z dnia 12 stycznia 2009 r., sygn. II KK 18/07, R-OSNKW 2009, poz. 69; z dnia 23 maja 2013 r., sygn. III KK 96/13, LEX nr 1315622.

przepisów postępowania karnego, to jest art. 343 § 5 k.p.k. w zw. z art. 117 § 1 i 2 k.p.k., polegające na wydaniu wyroku skazującego bez przeprowadzenia rozprawy, na posiedzeniu, pod nieobecność oskarżonego w sytuacji, gdy zawiadomienie o terminie posiedzenia wysłano na inny adres, niż wskazał oskarżony, a nadto w tym okresie był on pozbawiony wolności w innej sprawie. Tym samym, zdaniem Prokuratora Generalnego, naruszono prawo do obrony oskarżonego wynikające z art. 6 k.p.k.

Sąd Najwyższy uwzględnił kasację, uznając ją za oczywiście zasadną w rozumieniu art. 535 § 5 k.p.k., oraz uchylił zaskarżony wyrok i sprawę przekazał do ponownego rozpoznania sądowi rejonowemu.

Sąd Najwyższy zauważył, że sąd rejonowy przesłał oskarżonemu odpis aktu oskarżenia wraz z zawiadomieniem o terminie posiedzenia w przedmiocie rozpoznania wniosku prokuratora w trybie art. 335 § 1 k.p.k. na adres jego zameldowania i korespondencja ta została odebrana przez brata oskarżonego, podczas gdy na etapie postępowania przygotowawczego oskarżony podał inny adres do korespondencji. Nadto, z pisma dyrektora zakładu karnego, sporządzonego po dacie wydania wyroku, wynikało, że oskarżony zarówno w dniu doręczenia zawiadomienia o terminie posiedzenia, jak i w dniu wydania wyroku był pozbawiony wolności, przebywając w jednostce penitencjarnej.

W ocenie Sądu Najwyższego, w tych warunkach sąd rejonowy powinien był odroczyć posiedzenie w przedmiocie rozpoznania wniosku złożonego w trybie art. 335 § 1 k.p.k. i zawiadomić oskarżonego w sposób prawidłowy o nowym terminie posiedzenia, a nie czyniąc tego, rażąco naruszył przepisy art. 343 § 5 k.p.k. i art. 117 § 1 i 2 k.p.k., co miało istotny wpływ na treść wydanego orzeczenia.

2. W pierwszej kolejności trudno przyjąć, że sąd rejonowy, gdyby posiadał taką wiedzę, jaką dysponował Sąd Najwyższy, to podjąłby inną decyzję od tej zalecanej przez Sąd Najwyższy. Brak informacji o pozbawieniu wolności, wynikający przede wszystkim z zaniechania zawiadomienia o tym stanie przez samego oskarżonego, utwierdzał sąd rejonowy w przekonaniu, że zawiadomienie zostało doręczone prawidłowo.

Oczywistym błędem sądu rejonowego było podjęcie decyzji o przeprowadzeniu posiedzenia, mimo że doręczono zawiadomienie na inny adres niż ten, który wskazał oskarżony. Słusznie zauważa się w orzecznictwie, że skierowanie przez sąd zawiadomienia na adres inny niż podany ostatnio przez oskarżonego i uznanie, że jest on prawidłowo zawiadomiony o terminie posiedzenia, jest niedopuszczalne³.

Takie postępowanie narusza zasadę lojalności procesowej. Skoro w przedmiotowej sprawie oskarżony, będąc przesłuchiwany jako podejrzany, wskazał miejsce, pod którym będzie odbierał korespondencję, to sąd powi-

³ Wyrok SN z dnia 20 lutego 2008 r., sygn. III KK 12/08, LEX nr 377219.

nien doręczyć zawiadomienie na ten adres. Stosownie do art. 132 § 1 k.p.k., pismo doręcza się adresatowi osobiście. Obowiązek ten nie jest prawidłowo zrealizowany, gdy organ procesowy zawiadamia oskarżonego, wysyłając pismo na inny adres niż ten, pod którym oskarżony deklaruje odbiór korespondencji.

3. Oskarżony, pozostając na wolności, korzysta z prawa do swobody poruszania się oraz wyboru miejsca zamieszkania i pobytu (art. 52 ust 1 Konstytucji RP). Konstytucyjna wolność poruszania się jest szczególnym przejawem zarówno wolności osobistej, jak i prawa decydowania o swym życiu osobistym, stanowiąc także egzemplifikację ogólnego, wolnościowego statusu jednostki⁴. Wolność poruszania to możliwość zmiany miejsca pobytu⁵.

Artykuł 52 ust. 1 Konstytucji RP wyklucza przymusowe osiedlenie obywatela⁶, a co za tym idzie, narzucenie mu miejsca, w którym ma przebywać, a w konsekwencji odbierać korespondencję. Oskarżony ma prawo utrzymać w dyskrekcji fakt toczącego się postępowania karnego i wskazać adres, pod którym chce odbierać korespondencję. Wówczas ten adres należy traktować – ze wszystkimi tego konsekwencjami – tak jak adres mieszkania⁷. Doręczenie pisma na inny adres niż ten, który wskazuje oskarżony, stanowi nieuzasadnione ignorowanie jego woli⁸.

4. Z treści art. 132 § 2 k.p.k. wynika, że w przypadku niemożliwości doręczenia adresatowi pisma osobiście, pismo to doręcza się dorosłemu domownikowi w mieszkaniu adresata. Mieszkaniem jest każde miejsce, w którym adresat przebywa z zamiarem dłuższego pobytu, umożliwiającego doręczenie mu pisma⁹. Pojęcie „mieszkanie”, użyte w art. 132 § 2 k.p.k., nie oznacza wyłącznie stałego zamieszkania oskarżonego¹⁰ i nie jest zawsze tożsame z adresem zameldowania. Może to być każde inne miejsce, w którym oskarżony rzeczywiście przebywa. Stąd też nie można przyjmować, że adres zameldowania ma stanowić miejsce, pod którym oskarżony ma obowiązek odbierać korespondencję.

Po pierwsze, adres zameldowania nie musi wskazywać na miejsce rzeczywistego pobytu oskarżonego, a po drugie, zameldowanie w określonym lokalu ma wyłącznie charakter ewidencyjny¹¹. Nadto, zaniechanie zameldowania czy brak przesłanek ku temu nie może stanowić podstawy do przyję-

⁴ Wyrok TK z dnia 18 stycznia 2006 r., sygn. K 21/05, OTK-A 2006, nr 1, poz. 4.

⁵ Tamże.

⁶ W. Skrzydło, Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej. Komentarz, Warszawa, s. 54.

⁷ Por. S. Steinborn, (w:) L. K. Paprzycki (red.), Komentarz aktualizowany do art. 1–424 ustawy z dnia 6 czerwca 1997 r. – Kodeks postępowania karnego, LEX/el. 2014, komentarz do art. 132 k.p.k., teza 2.

⁸ Wyrok SN z dnia 8 listopada 1996 r., sygn. II KKN 104/96, OSNKW 1997, nr 5–6, poz. 50.

⁹ Tamże.

¹⁰ Tamże.

¹¹ Wyrok NSA z dnia 13 czerwca 2013 r., sygn. II OSK 26/13, LEX nr 1345228.

cia, że oskarżony w danym lokalu nie przebywa. O miejscu pobytu oskarżonego, a w konsekwencji miejscu odbioru korespondencji decyduje stan faktyczny, a nie prawny.

Zasadne staje się doręczenie zawiadomienia na adres zameldowania oskarżonego wówczas, gdy organ procesowy nie może go doręczyć na adres wskazany przez oskarżonego. Może to być doręczenie na adres zameldowania na pobyt stały lub czasowy. Pobyt stałym jest zamieszkanie w określonej miejscowości pod oznaczonym adresem z zamiarem stałego przebywania (art. 25 ust. 1 ustawa z dnia 24 września 2010 r. o ewidencji ludności¹²). Pobyt czasowym jest natomiast przebywanie bez zamiaru zmiany miejsca pobytu stałego w innej miejscowości pod oznaczonym adresem lub w tej samej miejscowości, lecz pod innym adresem (art. 25 ust. 2 cyt. ustawy).

Adres określa się przez podanie: w gminach, które uzyskały status miasta – nazwy miasta (dzielnicy), ulicy, numeru domu i lokalu – jeżeli jest wydzielony, nazwy województwa oraz kodu pocztowego; w pozostałych gminach – nazwy miejscowości, ulicy, jeżeli w miejscowości występuje podział na ulice, numeru domu i lokalu – jeżeli jest wydzielony, nazwy gminy, nazwy województwa oraz kodu pocztowego (art. 26 ust. 1 cyt. ustawy)¹³.

5. W omawianej sprawie decyzja sądu rejonowego o przeprowadzeniu posiedzenia była błędna także z innego powodu. Zawiadomienie o terminie posiedzenia zostało podjęte przez brata oskarżonego. Artykuł 132 § 2 k.p.k. zezwala na doręczenie pisma dorosłemu domownikowi, ale pod ściśle sprezygowanymi warunkami. Nieobecność adresata musi być „chwilowa”, a zatem krótkotrwała, przejściowa¹⁴. Chodzi o nieobecność związaną z chwilowym wydaleniem się adresata z mieszkania, bez zerwania więzi z dotychczasowym mieszkaniem jako ośrodkiem życia¹⁵. Uważa się, że może to być nieobecność kilkudniowa, a nawet dłuższa, ale ustająca przed datą, której pismo dotyczy¹⁶.

Zgodzić się trzeba z Sądem Najwyższym, że nie można mówić o „chwilowej nieobecności” w sytuacji pozbawienia wolności. Skoro oskarżony zarówno w dniu doręczenia zawiadomienia o terminie posiedzenia oraz w dniu wydania wyroku był pozbawiony wolności, to doręczenie pośrednie w trybie art. 132 § 2 k.p.k. było niedopuszczalne. Pobyt w takich warunkach zwalniał oskarżonego od obowiązku zawiadomienia o zmianie miejsca swego pobytu. Zgodnie z art. 75 § 1 k.p.k., obowiązek taki spoczywa tylko na oskarżonym, który przebywa na wolności.

¹² Tekst jedn. Dz. U. z 2015 r., poz. 388.

¹³ W praktyce informacje o tych adresach pracownik sądu może uzyskać z dostępnej w sądach bazy danych Ministerstwa Sprawiedliwości „PESEL SAD”.

¹⁴ M. S z y m c z a k (red.), Słownik języka polskiego, Warszawa 1995, t. I, s. 268.

¹⁵ W. G r z e s z c z y k, Doręczenie zastępcze w procesie karnym, Prok. i Pr. 1999, nr 4, s. 120.

¹⁶ D. W y s o c k i, Skrzynka z problemami, „Rzeczpospolita”, dodatek „Prawo co dnia”, z dnia 22 maja 2001 r.

Nadto, pobyt oskarżonego w warunkach izolacyjnych wyklucza uznanie pisma za doręczone w rozumieniu art. 139 § 1 k.p.k.¹⁷. Przymusowe osadzenie oskarżonego w związku z jego tymczasowym aresztowaniem w innej sprawie czy odbywaniem orzeczonej kary nie stanowi następstwa własnej, suwerennej decyzji oskarżonego¹⁸. Zatem, art. 139 § 1 k.p.k. nie ma zastosowania do oskarżonego pozbawionego wolności, nawet jeśli o tego rodzaju zmianie swojej sytuacji życiowej nie powiadomił sądu.

Konkludując, pomimo że sąd nie miał wiedzy o pobycie oskarżonego w warunkach izolacyjnych, zaś sam oskarżony o tym sądu nie poinformował, to ustawodawca na organ procesowy przerzuca odpowiedzialność za konsekwencje wynikające z takiego stanu.

6. Odejście od tak paternalistycznego stanowiska, które wyrażone zostało w głosowanym orzeczeniu, a które znajduje uzasadnienie w obecnym stanie prawnym, będzie możliwe dopiero po wejściu w życie zmian, jakie wprowadza w tym przedmiocie ustawa z dnia 27 września 2013 r. o zmianie ustawy – Kodeks postępowania karnego oraz niektórych innych ustaw¹⁹.

Nowela zmienia art. 75 § 1 i art. 139 k.p.k., nakładając na oskarżonego obowiązek zawiadamiania sądu o pozbawieniu wolności w innej sprawie. Stosownie do znowelizowanego art. 75 § 1 k.p.k., oskarżony będzie obowiązany zawiadamiać organ prowadzący postępowanie o każdej zmianie miejsca swego zamieszkania lub pobytu trwającego dłużej niż 7 dni, w tym także z powodu pozbawienia wolności w innej sprawie, a jeżeli pozostaje na wolności, będzie obowiązany ponadto stawić się na każde wezwanie w toku postępowania karnego. Warunkiem skutecznego nałożenia tych obowiązków będzie uprzedzenie o nich oskarżonego przy pierwszym przesłuchaniu.

Ustawodawca taki obowiązek wprowadza także w znowelizowanym art. 139 § 1 k.p.k. Stosownie do wersji zmienionej tego przepisu, jeżeli strona, nie podając nowego adresu, zmienia miejsce zamieszkania lub nie przebywa pod wskazanym przez siebie adresem, w tym także z powodu pozbawienia wolności w innej sprawie, pismo wysłane pod tym adresem uważa się za doręczone.

Zmiany te należy ocenić pozytywnie. Ich celem jest usprawnienie postępowania związanego z realizacją obowiązku stawiennictwa oskarżonego na wezwanie organu procesowego oraz pozostawania do jego dyspozycji. Znowelizowane przepisy eliminują możliwość uchylecia się od skutków odstąpienia od powiadomienia o zmianie miejsca pobytu, nawet jeśli jego powodem jest pozbawienie wolności w innej sprawie²⁰.

¹⁷ Wyrok SN z dnia 31 stycznia 2013 r., sygn. II KK 72/12, LEX nr 1277719.

¹⁸ Wyrok SN z dnia 12 grudnia 2012 r., sygn. V KK 59/12, LEX nr 1243115.

¹⁹ Zmienione przepisy dotyczące omawianej problematyki wchodzi w życie w dniu 1 lipca 2015 r. (Dz. U. z 2013 r., poz. 1247).

²⁰ Druk sejmowy nr 870, Uzasadnienie, s. 29.

Jednakże ustawodawca jedynie nieznacznie ingeruje w treść art. 132 k.p.k., pozostawiając w § 2 sformułowanie „w razie chwilowej nieobecności”. Takie rozwiązanie jest wadliwe. Termin „chwilowej” powinien zostać usunięty, gdyż zbyt mocno utrudnia ocenę prawidłowości doręczenia pisma, wymuszając na organie procesowym ustalenie, czy okres nieobecności miał taki charakter. Zasadnie termin ten nie występuje w art. 138 k.p.c., art. 43 k.p.a., art. 72 Prawa o postępowaniu przed sądami administracyjnymi²¹ czy art. 149 Ordynacji podatkowej²².

7. Końcowo wskazać trzeba, że zupełnie inaczej przedstawia się sytuacja oskarżonego, który przebywając na wolności, zostanie zawiadomiony o terminie posiedzenia i zaniecha poinformowania – pomimo takowych możliwości – o zaistniałej obiektywnie przyczynie uniemożliwiającej mu stawiennictwo²³, a wynikającej z pozbawienia wolności. Dotyczy to tych stanów, gdy sąd nie wie, że oskarżony został pozbawiony wolności²⁴. Na sądzie nie spoczywa obowiązek ustalenia miejsca pobytu oskarżonego, skoro nie ma żadnej informacji odnośnie do jego pobytu w warunkach izolacyjnych²⁵, a dysponuje informacją, że oskarżony podczas pobytu na wolności odebrał zawiadomienie o terminie posiedzenia.

Commentary to the Supreme Court judgement of 29 January 2014, file no. IV KK 425/13

Abstract

This commentary approves the reasoning behind the judgement. While referring to arguments in support of the reasoning, it pays attention to the defendant's right to select a place to receive correspondence, which right reflects the freedom of movement and residence ensured by the Constitution. Differences are presented between the address of domicile and address of actual residence of the defendant. Criticised is no duty on the part of the defendant to notify the Court about any deprivation of liberty. Approved are modifications introduced by the Act amending the Code of Criminal Procedure of 27 September 2013, which Act imposes the duty to notify on the defendant.

²¹ Tekst jedn. Dz. U. z 2012 r., poz. 270.

²² Tekst jedn. Dz. U. z 2012 r., poz. 749.

²³ Postanowienie SN z dnia 12 listopada 2007 r., sygn. III KK 402/06, LEX nr 351209.

²⁴ Wyrok SN z dnia 3 listopada 2010 r., sygn. II KK 119/10, LEX nr 638477, Biul. PK 2010, nr 9, poz. 5.

²⁵ Tamże.

SPRAWOZDANIA I INFORMACJE

Emil W. Pływaczewski

XVII Światowy Kongres Kryminologii (Monterrey, Meksyk, 10–13 sierpnia 2014 r.)

Międzynarodowe Stowarzyszenie Kryminologii (*the International Society for Criminology* – ISC), które zostało utworzone w 1938 r. w Paryżu, jest organizacją pozarządową, której celem jest popieranie różnego rodzaju działań oraz badań ukierunkowanych na lepsze zrozumienie zjawiska przestępczości w skali międzynarodowej. Organizacja ta, wykorzystując najnowsze osiągnięcia nauki kryminologii, służy także pomocą w działaniach na rzecz promowania zapobiegania przestępczości oraz poprawy procedur wykorzystywanych przez różne systemy wymiaru sprawiedliwości karnej. Stowarzyszenie, współpracujące z istniejącymi już organizacjami krajowymi i międzynarodowymi, legitymuje się obecnie statusem doradczym (*advisory status*) przy Organizacji Narodów Zjednoczonych i Radzie Europy.

Zasadnicze cele działalności ISC realizowane są przede wszystkim poprzez organizowanie międzynarodowych, a od 2005 r. światowych kongresów kryminologii, co niewątpliwie stanowi wiodącą formę aktywności tej organizacji. Dotychczas odbyło się 17 takich kongresów, z czego 12 miało miejsce w XX wieku, 5 zaś kongresów przypada na wiek XXI. Miejscem kongresów były cztery różne kontynenty, tj. Europa (11 kongresów)², Ameryka Północna (2)³, Ameryka Południowa (2)⁴ oraz Azja (2)⁵.

¹ XVII World Congress of Criminology on "Gangs, Trafficking and Insecurity: Empowering the Community", Monterrey, Nuevo Leon, Mexico, 10–14 August 2014.

² Ich miejscem były: Rzym (1938), Paryż (1950), Londyn (1955), Haga (1960), Madryt (1970), Belgrad (1973), Lizbona (1978), Wiedeń (1983), Hamburg (1988), Budapeszt (1993) oraz Barcelona (2008).

³ Gospodarzami tych kongresów były: Montreal (1965) oraz Filadelfia (2005). Zob. E. W. Pływaczewski Sprawozdanie z XIV Światowego Kongresu Kryminologii (Filadelfia, 7–11 VIII 2005 r.), *Państwo i Prawo* 2006, nr 5, s. 121–122.

Od czasu II Kongresu w Paryżu (1950) kolejne kongresy z reguły odbywały się co 5 lat. Wyjątek stanowił VII Kongres w Belgradzie (1973), który odbył się po trzech latach od poprzedniego (Madryt 1970). Szczególnym zaś wyjątkiem w tym względzie był XIV Kongres w Filadelfii, który odbył się po upływie zaledwie dwóch lat od poprzedniego kongresu w Rio de Janeiro. Nie powinno to stanowić zaskoczenia, jako że kryminologia amerykańska zajmuje wiodącą pozycję na świecie. Potwierdzają to zwłaszcza naukowe osiągnięcia w teorii i badaniach jako potwierdzenie kreatywności i wydajności, jak również ogromna liczba publikacji⁶. Dodajmy, że Kongres ISC w Filadelfii zmienił dotychczasową formułę „międzynarodowych kongresów kryminologii” na „światowe kongresy kryminologii”.

Kandydatura meksykańskiej metropolii Monterrey – trzeciego co do wielkości miasta Meksyku, jako miejsca kolejnego Kongresu ISC, która została zgłoszona już na XV, a więc jubileuszowym Kongresie ISC w Barcelonie⁷, od samego początku budziła wiele kontrowersji. Meksykański rząd federalny jest bowiem w stanie wojny z silnymi kartelami mafijnymi, które skutecznie opanowują kolejne stany, podporządkowując sobie kluczowe działy gospodarki państwowej. Oficjalne zatem ogłoszenie Monterrey jako miejsca XVII Kongresu ISC w 2014 roku⁸, co nastąpiło w sierpniu 2011 r. podczas XVI Kongresu ISC w Kobe, można było uznać za swego rodzaju niespodziankę.

Warto nadmienić, iż już po oficjalnej nominacji Monterrey jako miejsca XVII Kongresu ISC, w tym samym miesiącu, tj. w sierpniu, miasto to stało się miejscem bandyckiego napadu na kasyno połączonego z jego podpaleniem.

⁴ Po raz pierwszy miejscem kongresu w Ameryce Południowej było Rio de Janeiro (2003 r.) – zob. E. W. Pływaczewski, XIII Międzynarodowy Kongres Kryminologii (Rio de Janeiro, 10–15 sierpnia 2003 r.), PiP 2003, nr 12, s. 116–117. Po jedenastu zaś latach od tej daty miejscem kolejnego światowego kongresu kryminologii na tym kontynencie stało się meksykańskie Monterrey.

⁵ Pierwszy kongres ISC na kontynencie azjatyckim odbył się w Seulu w 1998 r., drugi zaś – po 13 latach – w japońskim Kobe w 2011 r. (16th World Congress of the International Society of Criminology on „Global Socio-Economic Crisis and Crime Control Policies”, Kobe International Conference Center, August 5–9th, 2011). Zob. E. W. Pływaczewski, Sprawozdanie z XII Międzynarodowego Kongresu Kryminologii (Seul, Korea, 24–29 sierpnia 1998 r.), Prokuratura i Prawo 1999, nr 9, s. 147–151; tegoż, XVI Światowy Kongres Kryminologii (Kobe, 5–9 sierpnia 2011 r.), Państwo i Prawo 2012, nr 4, s. 128–130.

⁶ Bliżej na ten temat – zob. G. Kaiser, „Kryminologia amerykańska” dzisiaj. Treści, przemiany i znaczenie kryminologii w Stanach Zjednoczonych (tłum. E. W. Pływaczewski), Przegląd Policyjny 1998, nr 3–4, s. 5 i nast.

⁷ XV World Congress of the International Society of Criminology: on “Crime and Criminology: Research and Action”, Barcelona, Spain, 20–25.07.2008. Tym samym po piętnastu latach, tj. od XI Kongresu w Budapeszcie (1993 r.), miejscem kolejnego Kongresu ISC stała się ponownie Europa, a po trzydziestu ośmiu latach ponownie Hiszpania, jako że VI Kongres ISC (1970 r.) odbył się w Madrycie. Zob. M. Płatek, E. W. Pływaczewski, XV Światowy Kongres Kryminologii (Barcelona, 20–25 lipca 2008 r.), Państwo i Prawo 2009, nr 6.

⁸ Zgodnie z „reaktywowaną” w 2005 r., wyjątkową dotychczas, trzyletnią formułą organizacyjną.

W wyniku tego zamachu zginęły co najmniej 52 osoby. Dwa miesiące wcześniej, też w Monterrey, które w Meksyku uchodzi za miasto, jak na standardy tego państwa, w miarę bezpieczne, w kolejnym bandyckim najeździe na jeden z barów zginęło 21 osób⁹.

Kongres obradował w International Convention and Exhibition Center (CINTERMEX) pod hasłem "Gangi, handel i niepewność: danie władzy społeczności". Władze ISC reprezentowali na Kongresie: prof. Serge Brochu (prezydent), prof. Stephan Parmentier (sekretarz generalny) oraz prof. Emilio Viano (prezydent Komitetu Naukowego ISC oraz przewodniczący ds. programu naukowego XVII Światowego Kongresu Kryminologii).

Lokalnemu Komitetowi Organizacyjnemu przewodniczył honorowy prezydent kongresu Rodrigo Medina de la Cruz, sprawujący funkcję gubernatora stanu Nuevo Leon. W składzie tego komitetu wystąpili ponadto: Przewodniczący Kongresu dr Jezus Ancer Rodriguez – aktualnie prezydent Autonomus University of Nuevo Leon, dr Juan Manuel Alcocer Gonzalez (wiceprzewodniczący lokalnego komitetu organizacyjnego) – zastępca rektora ds. akademickich Autonomus University of Nuevo Leon oraz dr Alfonso Verde Cuenca – prezydent Rady Obywateli ds. Bezpieczeństwa Publicznego stanu Nuevo Leon. Łącznie z ISC kongres wspierało finansowo 8 meksykańskich instytucji administracyjnych i akademickich, na czele z Autonomus University of Nuevo Leon.

W czasie kongresu w ramach sześciu sesji plenarnych¹⁰, 65 sesji tematycznych (odbywających się równolegle), sesji roboczych oraz dyskusji okrągłego stołu, zostało wygłoszonych 269 referatów. W sumie kongres zgromadził około 1500 uczestników, z czego zdecydowaną większość (około 1110) stanowili przedstawiciele Meksyku.

W pierwszym dniu Kongresu, po ceremonii inauguracyjnej, w pierwszej sesji plenarnej główny referat, pt. „Wizja, polityka i kompetencje potrzebne do efektywnego zwalczania przestępczości zorganizowanej, handlu narkotykami i bezkarności”, wygłosił Francisco Dall Anse, były prokurator generalny Kostaryki¹¹. Przewodniczącym sesji był S. Parmentier, zaś w charakterze dyskutantów wystąpili Jianhong Liu – prezydent Azjatyckiego Stowarzyszenia Kryminologii oraz Jose Luis de la Cuesta – prezydent Międzynarodowe-

⁹ Wydarzenia te zadecydowały o większym zaangażowaniu USA (C.I.A., D.E.A. i Pentagonu) we wspomaganie rządu meksykańskiego w wojnie przeciwko kartelom, o co oficjalnie wystąpił ówczesny rząd prezydenta Felipe Calderone. Ogłosił on „wojnę z narkokartelami” przy użyciu armii, a uzasadniał to brakiem zaufania do skorumpowanej policji, co zostało szeroko skomentowane na łamach prasy światowej. Zob. *Ginger Thomson*, U.S. widens role to battle Mexican drug cartels, *The Global Edition of the New York Times*. Monday, August 8, 2001, s. 7.

¹⁰ Były one „na żywo” transmitowane w Internecie.

¹¹ Obecnie przewodniczący Międzynarodowej Komisji przeciwko Bezkarłości w Gwatemali (CICIG) i sędzia Sądu Apelacyjnego oraz Sądu Najwyższego w Kostaryce.

go Stowarzyszenia Prawa Karnego. Zarówno we wspomnianym referacie, jak i w wystąpieniach uczestników sesji akcentowane były trzy główne rodzaje przestępczości, tj. przestępczość narkotykowa, handel ludźmi oraz handel bronią. Na tym tle akcentowano naruszanie praw człowieka, które objawia się zarówno w braku reakcji na przestępstwo bądź w takiej reakcji, którą można określić jako nieprofesjonalną, a w konsekwencji niejednokrotnie prowadzącą do wiktymizacji wtórnej. Mocno akcentowanym problemem było zjawisko bezkarności, które m.in. wynika ze słabych, niewydolnych struktur administracji rządowej i lokalnej. Zdaniem F. Dall Anse w Ameryce Łacińskiej nie ma nadziei na efektywne zwalczanie bezkarności, korupcji i przestępczości zorganizowanej, gdyż jednym z istotnych czynników tej efektywności jest silny rząd, a tego w krajach Ameryki Łacińskiej generalnie brakuje. Trzeba jednak dążyć do eksponowania i wzmacniania tego rodzaju czynników w poszczególnych państwach tego regionu. Dyskusyjne wszakże byłoby nadawanie im waloru uniwersalności, gdyż np. w Chinach – co podkreślał J. Liu – niektóre z tych czynników mogą nie mieć istotnego znaczenia.

W drugim dniu kongresu pierwsza z sesji plenarnych – moderowana przez E. Viano (American University, Washington D.C.) – była poświęcona problematyce handlu ludźmi, czyli procederowi uznawanemu za współczesną odmianę niewolnictwa. W sesji tej podkreślano m.in., że pomimo zniesienia niewolnictwa ponad 100 lat temu problem ten współcześnie nadal jest obecny, zarówno w krajach rozwijających się, jak i rozwiniętych (szczególnie wskazywano tu na USA). W Ameryce Łacińskiej najgorsza sytuacja w tym względzie panuje w Brazylii.

Generalnie współczesne niewolnictwo jest w szczególności związane z handlem ludźmi¹². Z tym haniebnym procederem m.in. wiąże się zmuszanie kobiet i dzieci (dziewcząt i chłopców) do prostytucji, żebractwo, praca przymusowa (w tym wykorzystywanie dzieci jako taniej lub darmowej siły roboczej) czy handel ludzkimi organami. Handel ludźmi wykazuje tendencję rosnącą z uwagi na to, że wzrost zamożności pewnych warstw społecznych przy jednoczesnym zubożeniu innych stwarza możliwość zakupu większej ilości nisko płatnych usług. Podkreślano światowy wymiar tej patologii, podając przy tym konkretne przykłady werbowania kobiet, także z Europy Wschodniej i Środkowej, do sex-businessu w krajach zachodnich. Wskazywano przy tym na niedostatki w zakresie ochrony ofiar przestępstw w systemie prawa karnego w kontekście niedostatecznego przestrzegania zasady praworządności. Poprawę zaś sytuacji w tym względzie wiązano z potrzebą edukowania prokuratorów i sędziów oraz monitoringiem struktur rządowo-

¹² Powołując się na dane Biura ONZ ds. Narkotyków i Przestępczości, wskazywano, że roczne zyski zawodowych handlarzy ludźmi (dwa główne szlaki prowadzą z Afryki do Europy i z Ameryki Południowej do Północnej) mogą wynosić w skali światowej około 32 miliardów dolarów, a ofiarami tego procederu pada około 2 milionów ludzi na świecie.

administracyjnych oraz organów ścigania i wymiaru sprawiedliwości przez organizacje społeczne, zwłaszcza o charakterze pozarządowym¹³.

W omawianym kontekście eksponowano też wyzwania dla środowiska kryminologicznego oraz sektora prywatnego, zwłaszcza potrzebę kreowania „woli politycznej”. W odniesieniu do Ameryki Łacińskiej zwracano uwagę na trudności w implementacji Konwencji Narodów Zjednoczonych przeciwko międzynarodowej przestępczości zorganizowanej z dnia 15 listopada 2000 r.¹⁴, znajdujące swoje źródło w wykładni pojęcia „handel ludźmi”, interpretowanego schematycznie, zbyt wąsko, bez uwzględnienia całego kontekstu realiów kryminalnych tego procederu¹⁵. W konsekwencji, w kwestii podjęcia ścigania karnego często zapadają decyzje odmowne, mające charakter czysto „urzędniczy”. W konkluzjach akcentowano, że ta kategoria przestępczości dotyczy nas wszystkich i wszyscy możemy zaangażować się w jej przeciwdziałanie. Poruszany był także problem różnych form eksploatacji kobiet na tle znanych wypadków ludobójstwa. Stawiano też trudne dla polityków pytania typu: „Jaka jest «wola polityczna» krajów, których obywatele emigrują?”, „Czy rząd USA jest rzeczywiście zainteresowany w przeciwdziałaniu fali dzieci przekraczających nielegalnie granicę meksykańsko-amerykańską?”.

Druga sesja plenarna, moderowana przez Alfonso Verde Cuenca z Meksyku, prezydenta Komisji stanu Nuevo Leon ds. Bezpieczeństwa, nosiła tytuł „Bezpieczeństwo obywateli w czasach przemocy: dowody i konkretne postulaty”. Wystąpienia w tej sesji kolejno zaprezentowali: Eunice Rendon Cardenas (Meksyk), Prof. Dawid Weisburd (USA i Izrael) oraz Mario Palma Rojo (Meksyk). Pierwszy z referentów relacjonował najnowsze wyniki badań wiktymizacyjnych dotyczących skali przestępczości w Meksyku (ciemna liczba została oszacowana na poziomie 92,1%), mówił też m.in. o konieczności pobudzenia „społecznej prewencji”, potrzebie pomocy dla wdów, których mężowie stracili życie w związku z przestępstwami związanymi z przemocą oraz o dobrych efektach angażowania byłych członków gangów do działań prewencyjnych ukierunkowanych na młodzież zagrożoną demoralizacją i często rekrutowaną do gangów¹⁶.

¹³ Np. na Filipinach po akcjach organizowanych przez różne agendy społeczne zwiększyła się liczba skazań za handel ludźmi, efektem zaś walki z bezprawiem było aresztowanie trzech senatorów i zatrzymanie jednego z sędziów Sądu Najwyższego tego kraju.

¹⁴ Dz. U. z 2001 r., Nr 90, poz. 994.

¹⁵ Zdaniem referentów, powodem takiego stanu rzeczy jest nieprecyzyjna definicja „handlu ludźmi” zawarta w uzupełniającym Konwencję Protokole o zapobieganiu, zwalczaniu oraz karaniu za handel ludźmi, w szczególności kobietami i dziećmi (Dz. U. z 2005 r., Nr 18, poz. 160).

¹⁶ Szersze rozwinięcie tej kwestii miało miejsce na specjalnej otwartej sesji dotyczącej roli społeczności w zakresie działań prewencyjnych pod hasłem: „Mexican Youth Facing Violence: From zero tolerance to the highest trust. Exchange of experiences between gangs, tribes and juvenile groups”, która odbyła się w ostatnim dniu kongresu.

Szczególne zainteresowanie wzbudziła prezentacja D. Weisburda, pt. „Hot Spots of Crime and Crime Prevention”, który eksponował korzyści związane z wdrażaniem koncepcji „hot spots”, ukierunkowanej zarówno w zakresie zwalczania, jak i zapobiegania przestępczości na najbardziej newralgiczne miejsca popełniania przestępstw w miastach¹⁷. Referent wskazał, iż w 21 na 25 dotychczas przeprowadzonych badań uzyskane wyniki potwierdzają istotne korzyści będące efektem wdrażania tej koncepcji. Z kolei M. Palma Rojo mocno akcentował potrzebę kształcenia kryminologów i rolę zawodu kryminologa w procesie przeciwdziałania i zwalczania przestępczości. Potrzeba silnego wsparcia w tym zakresie osiągnięciami wiedzy naukowej jest wręcz paląca. Z postulatami tym korespondował także apel o profesjonalizację zwalczania przestępczości, co ściśle związane jest z potrzebą postrzegania związanych z nią problemów z różnych perspektyw. Wątek ten pojawiał się także w sesjach tematycznych, z których na szczególnie uwagę zasługiwała sesja nr 39 kierowana przez S. Parmentiera, pod hasłem „Teaching Criminology and Victimology”, w której m.in. akcentowano rolę kryminologii w zakresie badań nad bezpieczeństwem.

Trzeci dzień kongresu rozpoczął się sesją plenarną, którą moderował Antonio Andersen (Meksyk), poświęconą gangom i przemocy ze strony nieletnich. Eksponowane były zwłaszcza innowacyjne podejścia i dobre praktyki w zakresie prewencji. Kolejnymi referentami w tej sesji byli: Nora Frias Melgoza (Meksyk), Jose Miguel Cruz (Salwador), Angela Higginson (Australia) oraz Hugo Morales Cordova (Peru). Największe zainteresowanie wywołał ekspresyjny referat J. Miguel Cruz’a (Florida International University, Miami i Universidad Centroamericana w Salwadorze), który wskazując na konieczność zdiagnozowania przyczyn przystępowania młodych ludzi do gangów, szczególnie eksponował rolę prewencji. Powinna ona być ukierunkowana na wspomaganie rodzin w zakresie lepszej ich integracji, gdyż gangi – przy niedostatku tej więzi i integracji w powiązaniu z brakiem szans na spełnienie swoich marzeń i aspiracji – stają się dla młodych ludzi namiastką rodziny, rodziną niejako „symboliczną”.

Na przykładzie jednego z najbardziej niebezpiecznych krajów na świecie – Salwadoru (równie niebezpieczne są Honduras i Gwatemala) i wprowadzonej tam w życie zasady „zero tolerancji”, w jej najbardziej wynaturzonym wydaniu, referent wykazał, jak nieskuteczna może być „twarda”, populistyczna polityka kryminalna wobec członków gangów młodzieżowych¹⁸, sto-

¹⁷ Referent wskazywał, że 5% miejsc (ulic) „produkuje” 50% przestępczości, np. w Seattle 25% popełnianych przestępstw skoncentrowanych jest na 1% ulic tego miasta.

¹⁸ Polegająca w szczególności na nadużywaniu przemocy przez policję, nieprzestrzeganiu praw osób zatrzymywanych i osłabieniu gwarancji procesowych oraz mechanicznym skazywaniu, jak to określał referent „za sam wygląd”. Ponadto, wypowiedzenie bezwzględnej wojny przeciwko gangom wiązało się z tym, że obywatelom, w tym grupom ochotników, dano

sowana w tym kraju od połowy lat 90. ubiegłego wieku. Doprowadziła ona do tego, że wskaźnik zabójstw, związanych głównie z działalnością gangów, wzrósł w tym kraju do poziomu 77 na 100 tys. mieszkańców. W Nikaragui, kraju, który borykał się z podobnymi problemami, zastosowano z kolei efektywne strategie prewencyjne na bazie *community policing*, co sprawiło, że problem gangów został w zasadzie wyeliminowany, wskaźnik zaś zabójstw jest tam ponad siedmiokrotnie niższy w porównaniu z Salwadorem. Interesujący referat wygłosił także H. Morales Cordova (Uniwersytet Katolicki w Peru), kładący akcent także na strategię prewencyjną. Referent wskazywał, że na postawy i zachowania ludzi mogą mieć znaczący wpływ społeczności lokalne, stowarzyszenia obywatelskie, Kościoły, a przede wszystkim rodzina. Główne przesłanie tego wystąpienia łączyło się ze stwierdzeniem, że jeśli młoda, zagubiona osoba spotka na swojej drodze dobrego człowieka, który nakieruje ją na właściwą drogę życiową, to wówczas znajdzie swoje odpowiednie miejsce w życiu społecznym. Slajd pokazujący młodego chłopaka siedzącego na ławce z Jezusem Chrystusem, który wyciąga do niego pomocną dłoń, był najlepszą ilustracją tego przesłania.

Druga sesja plenarna tego dnia dotyczyła przemocy wobec kobiet, łącznie z przemocą w rodzinie, a przewodniczył jej Aixa Alvarado Gurany z Meksyku. Referenci (Carmen Moreno Toscano, Margarita Guille oraz Deborah D. Tucker) reprezentowali w szczególności efekty działań organizacji zajmujących się rozwiązywaniem problemów związanych z różnymi formami przestępczości wobec kobiet.

Polska na Kongresie była reprezentowana przez prof. Przemysława Piotrowskiego (Wydział Zarządzania i Komunikacji Społecznej Uniwersytetu Jagiellońskiego) i prof. Emila W. Pływaczewskiego (Wydział Prawa Uniwersytetu w Białymstoku). P. Piotrowski wygłosił dwa referaty. Pierwszy z nich pt. „Arts in Polish Prisons: Evaluation of ‘Labyrinth of Freedom’ and Horizon of Freedom Projects” został przedstawiony w sesji nr 33¹⁹. Drugi referat, pt. „Psychosocial Characteristics of Adult and Juvenile Street Robbery Offenders”, był prezentowany w sesji nr 55, pod hasłem „Violent Crimes and Violent Societies”, której przewodniczył honorowy prezydent ISC, prof. H.-J. Kerner z Uniwersytetu w Tybindze.

Emil W. Pływaczewski uczestniczył w sesji 17 („Organized Crime”), stanowiącej niejako rozwinięcie głównego tematu Kongresu, w której przedsta-

„wolną rękę” do ich zwalczania. Efektem tego było zarówno zjawisko autojurysdykcji (branie sprawiedliwości w swoje ręce), jak i wzrost wskaźnika prizonizacji członków gangów, którzy w zakładach karnych mogli się lepiej skonsolidować, a przez to gangi stały się silniejsze i lepiej zorganizowane do walki z systemem państwowym. Szacuje się, że w Salwadorze może być ponad 70 tysięcy gangsterów. Dominują natomiast dwa główne gangi o nazwach MS 13 i 18 Street.

¹⁹ Pod hasłem „Deprivation of Liberty. Impact and Outcomes”, kierowanej przez Alfredo Guarino z Uniwersytetu w Neapolu.

wił referat pt. „Development and Control of Organized Crime. New Trends in the Central Europe”. Moderatorem sesji był Arun Kumar Acharya (Autonomous University of Nuevo Leon). Pierwszy referat wygłoszony w tej sesji był udziałem prof. Tit Wing Lo (City University of Hong Kong), który odniósł się do „transformacji” przemysłu hazardowego z udziałem chińskich triad w Macao. Interesująca była zwłaszcza krytyczna ocena działań organów ścigania i wymiaru sprawiedliwości, podejmujących zdecydowane działania dopiero po najbardziej spektakularnych działaniach zorganizowanego świata przestępczego, jak np. zamach na szefa miejscowej policji. Pozostałe cztery referaty, w tym jeden przygotowany we współautorstwie, dotyczyły problematyki dynamiki i struktury przestępczości zorganizowanej w Meksyku i głównych problemów związanych z jej zwalczaniem.

Poza przedstawicielami Meksyku w tej najbardziej „krwawej” sesji na kongresie²⁰ wystąpił także ekspert „zewnętrzny” w zakresie meksykańskiej przestępczości zorganizowanej James Greechan, emerytowany profesor z Kanady (University of Guelph, Ontario), prezentując wyniki swoich badań prowadzonych w czasie pobytu w stolicy Meksyku. W sesji poruszany był m.in. problem ciemnej liczby zabójstw mafijnych. Jest on związany ze wzrostem liczby osób zaginionych, które na ogół są ofiarami porachunków gangsterów, a ich ciała są zakopywane w prowizorycznych grobach, co stało się swoistą formą zacierania śladów dokonywanych zbrodni. Niejednokrotnie gangsterom pomagają skorumpowani policjanci, a wyjaśnienie nawet najcięższych zbrodni, w które zamieszani byli przedstawiciele władz, natrafia na ogromne trudności. Między innymi wspomniano o szokującej opinii publicznej masakrze z Tlatelolco, która miała miejsce kilka dni przed otwarciem olimpiady w 1968 r., kiedy to siły bezpieczeństwa zabiły kilkudziesięciu studentów protestujących w stolicy Meksyku. Do dzisiaj nie udało się wykryć i pociągnąć do odpowiedzialności karnej winnych tej zbrodni.

Nowym prezydentem ISC został wybrany dotychczasowy prezydent Komitetu Naukowego tego stowarzyszenia i koordynator programu naukowego XVII Kongresu, prof. E. Viano, który od wielu lat jest zaangażowany w badania i prace na rzecz bezpieczeństwa międzynarodowego. Sekretarzem generalnym ISC pozostał nadal prof. S. Parmentier, funkcję prezydenta Komitetu Naukowego ISC powierzono prof. J. Liu (University of Macao), na skarbnika zaś wybrano prof. Ichiro Tanioka, prezydenta University of Commerce w Osace. W sesji plenarnej wieńczącej kongres wystąpił prokurator generalny Meksyku Jezus Murillo Kram, uroczystego zaś zamknięcia kongresu dokonał nowo wybrany prezydent ISC – E. Viano.

²⁰ Referenci przedstawiali na slajdach zdjęcia zmasakrowanych ofiar masowych egzekucji mafijnych, m.in. stosy zwęglonych zwłok i części ciała ofiar tych egzekucji, które najczęściej dokonywane są przy użyciu broni palnej i maczet.

Omawiany kongres miał niewątpliwie swoją specyfikę. Po pierwsze, z perspektywy piszącego te słowa, uczestniczącego od kongresu ISC w Hamburgu (1988 r.) we wszystkich kolejnych kongresach ISC, XVII Kongres charakteryzował się największą kumulacją środków bezpieczeństwa z uwagi na obawę ataku o charakterze terrorystycznym. Po drugie, program kongresu został zdominowany przez problemy charakterystyczne dla krajów Ameryki Łacińskiej: Obrady licznych sesji tematycznych toczyły się wyłącznie w języku hiszpańskim, tylko niektóre z nich miały charakter „dwujęzyczny”, lecz bez tłumaczenia symultanicznego. Po trzecie, żaden z dotychczasowych kongresów nie eksponował w wystąpieniach na sesjach plenarnych, w tak dużym stopniu i natężeniu, problemów wykluczenia społecznego – w tym współczesnego niewolnictwa w wymiarze globalnym. Po czwarte, obecne na kongresie meksykańskie oficyny wydawnicze prezentowały niemal wyłącznie opracowania w języku hiszpańskim, więcej z zakresu kryminalistyki niż kryminologii. Po piąte, można było odnieść wrażenie, że wiedza uczestników kongresu z rejonu Ameryki Łacińskiej (większość z nich stanowili Meksykanie) na temat zjawiska przestępczości i strategii jego zwalczania w skali międzynarodowej jest dość skromna, podobnie zresztą jak wiedza uczestników „zewnątrznych” kongresu, spoza rejonu Ameryki Łacińskiej, na temat problemów tego regionu. W tym kontekście za wartość dodaną kongresu należy uznać wymianę wzajemnych doświadczeń w tym zakresie, zarówno podczas sesji, jak i rozmów kularowych, jak i promocję kryminologii i jej najnowszego dorobku, jako dyscypliny pomocnej w skuteczniejszym zwalczaniu przestępczości i innych patologii społecznych. Warto podkreślić dobrą organizację kongresu, interesujący „wewnętrzny” (z uwagi na względy bezpieczeństwa) program towarzyszący, jak również nadmienić, że w czasie trwania tej imprezy deklaracje członkowskie złożyło ponad 100 jej uczestników. Nie została jeszcze podjęta decyzja co do miejsca kolejnego XVIII Kongresu ISC. Formalną propozycję w tym względzie złożyła delegacja kryminologów z Australii, lecz ostateczne rozstrzygnięcie zapadnie dopiero po złożeniu kolejnej lub kolejnych propozycji.

Jakub Kosowski

Międzynarodowa Konferencja Naukowa nt. „Zasada legalizmu w procesie karnym” (Nałęczów, 15–16 maja 2014 r.)

W dniach 15–16 maja 2014 r. w Nałęczowie odbyła się Międzynarodowa Konferencja Naukowa nt. „Zasada legalizmu w procesie karnym”. Organizatorem konferencji była Katedra Postępowania Karnego Uniwersytetu Marii Curie-Skłodowskiej w Lublinie, natomiast obrady odbyły się w malowniczo położonym uzdrowisku Nałęczów.

Otwarcia konferencji dokonał prof. dr hab. Ireneusz Nowikowski, Kierownik Katedry Postępowania Karnego UMCS, który powitał uczestników Konferencji oraz zaproszonych gości. Następnie głos zabrała Prodziekan Wydziału Prawa i Administracji UMCS, dr hab. Małgorzata Stefaniuk, która wyraziła zadowolenie z powodu organizacji Konferencji jako miejsca wymiany poglądów na temat procesu karnego przez przedstawicieli doktryny oraz praktyków. Konferencja została objęta patronatem honorowym przez Prokuratora Generalnego Andrzeja Seremeta, którego reprezentował Pan płk. Jerzy Artymiak – Naczelnny Prokurator Wojskowy.

Panel otwierający konferencję, prowadzony przez prof. dr hab. Edwarda Skrętowicza (UMCS), obejmował zagadnienia dotyczące ujmowania zasady legalizmu i jej relacji z innymi zasadami procesowymi. W panelu tym referaty wygłosili: prof. dr hab. Tadeusz Bojarski (UMCS) – „Znaczenie zasady legalizmu dla zasady równości wobec prawa i w świetle ogólnych dyrektyw wymiaru kary”; prof. dr hab. Maria Rogacka-Rzewnicka (UW) – „Problematyka aksjologicznej kategoryzacji legalizmu i oportunizmu ścigania przestępstw”; prof. dr hab. Jacek Izydorczyk (UŁ) – „Aksjologiczne uzasadnienie obowiązywania zasady legalizmu w polskim procesie karnym”; prof. dr hab. Teresa Gardocka (SWPS) – „Zasada legalizmu i inne «fundamentalne» zasady procesowe w świetle noweli k.p.k.”; dr Barbara Janusz-Pohl (UAM) – „Rola zasady legalizmu i kontradyktoryjności w świetle ostatnich nowelizacji kodeksu postępowania karnego” (współautorami referatu byli: mgr A. Orfin, mgr P. Karlik, mgr M. Kusak); mgr Amadeusz Małolepszy (UŁ) – „Relacje między zasadą legalizmu a zasadą kontradyktoryjności w postępowaniu przed sądem po noweli z dnia 27 września 2013 r.” (współautorami referatu byli: dr Radosław Olszewski, dr hab. Monika Zbrojewska); dr Magdalena Budyn-Kulik (UMCS) – „Wpływ świadomości społecznej i percepcji systemu prawa na funkcjonowanie zasady legalizmu”.

Już pierwszy panel pokazał, że intencją organizatorów było szersze spojrzenie na zasadę legalizmu, także z perspektywy prawa karnego materialnego, stąd też obecność i wygłoszenie referatów przez specjalistów z tego zakresu.

Pierwszego dnia, w godzinach popołudniowych, zostały przeprowadzone w sumie cztery panele. W panelu pierwszym, prowadzonym przez prof. dr hab. Hannę Paluszkiewicz (UAM), referaty wygłosili: prof. dr hab. Adam Taracha (UMCS) – „Zasada legalizmu a czynności operacyjno-rozpoznawcze”; mgr Magdalena Komar-Zabłocka (URz) – „Stopnie prawdopodobieństwa popełnienia przestępstwa w kontekście zasady legalizmu”; mgr Michał Piech (UJ) – „Odpowiedzialność organu procesowego za niezawiadomienie o popełnieniu przestępstwa fałszowania zeznań przez świadków”; dr Monika Porwisz, Agnieszka Choromańska (WSP Szczelno) – „Zasada legalizmu a reakcja Policji na przestępstwo”.

Drugiemu panelowi sesji popołudniowej przewodniczył SSN Stanisław Zabłocki, natomiast referaty wygłosili: prof. dr hab. Andrzej Sakowicz (UwB) – „Umorzenie postępowania karnego na podstawie art. 59a kk jako wyjątek od zasady legalizmu”; prof. dr hab. Ryszard A. Stefański (Uczelnia Łazarskiego) – „Umorzenie restytucyjne – odstępstwem od zasady legalizmu”; dr Wojciech Jasiński (UWr) – „Czy powinniśmy obawiać się oportunistu procesowego? Uwagi na tle art. 59a k.k.”; dr Dorota Karczmarska (UMCS) – „Umorzenie postępowania karnego na wniosek pokrzywdzonego (art. 59a k.k.)”. Pomimo że znacząca część referatów odnosiła się do regulacji art. 59a k.k., autorzy zaprezentowali różne jej aspekty, co zaowocowało niezwykle ciekawą dyskusją.

Trzeciemu panelowi w sesji popołudniowej przewodniczył prof. dr hab. Ryszard Stefański (Uczelnia Łazarskiego), natomiast referaty wygłosili: prof. dr hab. Maciej Rogalski (Uczelnia Łazarskiego) – „Procesowe gwarancje legalizmu”; prof. dr hab. Romuald Kmiecik (UMCS) – „Zbieg zażaleń podejrzanego i pokrzywdzonego na postanowienie prokuratora o umorzeniu postępowania przygotowawczego a posiłkowe oskarżenie subsydiarne”; dr Grażyna Artymiak (URz) – „Zasada legalizmu a konflikty jurysdykcji – skutki równoległe prowadzonych postępowań karnych”; dr Broniecka Rossana (UW-M) – „Umorzenie absorbcyjne – wyjątek od zasady legalizmu”; prof. dr hab. Monika Klejnowska (URz) – „Popieranie oskarżenia jako realizacja zasady legalizmu”.

Czwartemu panelowi pierwszego dnia obrad przewodniczył prof. dr hab. Zbigniew Kwiatkowski (UO), natomiast referaty wygłosili: dr E. Kruk oraz prof. dr hab. I. Nowikowski (UMCS) – „Modyfikacja aktu oskarżenia w kontekście zasady legalizmu”; dr Marek Kulik (UMCS) – „Wpływ bierności oskarżyciela publicznego na bieg terminu przedawnienia karalności”; dr Ariadna Ochnio (INP PAN) – „Odstąpienie od oskarżenia a zasada legali-

zmu w procesie karnym”; mgr Magdalena Zamroczyńska (UAM) – „Procesowa pozycja nieprokuratorskich organów oskarżenia publicznego w świetle zasady legalizmu” (współautorstwo dr hab. Anna Gerecka-Żołyńska i mgr M. Ostrzycka); mgr. A. Łakomy (UAM) – „Prawne zabezpieczenia przestrzegania zasady legalizmu. Zagadnienia wybrane” (współautorami referatu byli: prof. dr hab. H. Paluszkiewicz, mgr M. Błaszka, mgr M. Żbikowska).

Drugiego dnia organizatorzy zaplanowali dwie sesje tematyczne. Pierwszej z nich przewodniczyła prof. dr hab. Małgorzata Wąsek-Wiaderek (KUL), natomiast referaty wygłosili: dr Hanna Kuczyńska (INP PAN) – „Model ścigania przed Międzynarodowym Trybunałem Karnym: między legalizmem a oportunizmem procesowym”; dr Szymon Pawelec (UW) – „Legalizm w postępowaniu karnym z udziałem Prokuratury Europejskiej”; prof. dr hab. Sławomir Steinborn (UG) – „Wpływ zasady legalizmu na obowiązek wykorzystywani instrumentów międzynarodowej współpracy sądowej w sprawach karnych”; dr B. Dudzik (UMCS) – „Europejski nakaz aresztowania w świetle zasady legalizmu”; dr Karolina Kremens (UWr) – „Granice anglosaskiego oportunizmu”; dr Katarzyna Krzysztyniak (Uniwersytet Karola w Pradze) – „Zasada legalizmu i jej aplikacja w czeskim procesie karnym”.

Drugiej sesji przewodniczył prof. dr hab. Krzysztof Woźniewski (UG), natomiast referaty wygłosili: dr Damian Gil (KUL) – „Zasada legalizmu a ściganie i przebieg postępowania z oskarżenia prywatnego”; mgr Anna Kalisz (WSP Szczytno) – „Prokurator w sprawach o przestępstwa prywatnoscargowe”; dr J. Kosowski (UMCS) – „Zasada legalizmu w postępowaniach dyscyplinarnych” (współautorem referatu była prof. dr hab. Katarzyna Dudka); Maciej Młockowski (Sąd Apelacyjny w Lublinie) – „Skuteczność procesowych gwarancji zasady legalizmu a odstępstwa na rzecz zasady oportunizmu”.

Po zamknięciu dyskusji dokonano prezentacji sprawozdań z poszczególnych sesji, a następnie prof. dr hab. Ireneusz Nowikowski (Kierownik Katedry Postępowania Karnego UMCS) dokonał podsumowania Konferencji, dziękując za przybycie tak licznemu gronu uczestników, reprezentujących zdecydowaną większość ośrodków uniwersyteckich w Polsce.

Dominika Czerniak, Dorota Czerwińska

Seminarium Porównawczego Prawa Dowodowego „Admissibility of Illegally Obtained Evidence” (Wrocław, 20 listopada 2014 r.)

Seminarium Porównawczego Prawa Dowodowego pt. „Admissibility of Illegally Obtained Evidence” zostało zorganizowane na Wydziale Prawa, Administracji i Ekonomii Uniwersytetu Wrocławskiego przez Katedrę Postępowania Karnego. Zapoczątkowało ono serię spotkań, na których przedstawiciele polskiej nauki procesu karnego razem z zaproszonymi gośćmi z zagranicy analizują rozwiązania najbardziej kontrowersyjnych zagadnień procesu karnego, przyjmowane w różnych systemach prawnych.

Specjalnym gościem tegorocznego seminarium był prof. Stephen Thaman z St. Louis University, specjalizujący się w tematyce porównawczego procesu karnego i autor licznych publikacji, takich jak: „Comparative Criminal Procedure: A Casebook Approach” (2002) czy „World Plea Bargaining: Consensual Procedures and the Avoidance of the Full Criminal Trial” (2010, również redaktor tomu). Ponieważ jednym z ulubionych zagadnień S. Thamana jest problematyka porozumień procesowych, seminarium poprzedzał otwarty wykład pt. „Plea bargaining in comparative perspective”, zorganizowany przez Koło Naukowe Postępowania Karnego w dniu 19 listopada 2014 r. Profesor wskazał na niewątpliwe zalety, ale i zagrożenia związane z konsensualnymi instytucjami zakończenia procesu karnego w różnych porządkach prawnych, ze szczególnym uwzględnieniem systemu amerykańskiego. Przedstawił również propozycje rozwiązań prawnych, które w jego ocenie sprawiłyby, że ich stosowanie nie wzbudzałoby tak wielu wątpliwości.

Seminarium otworzył prof. dr hab. Jerzy Skorupka (UWr), który w swoim przemówieniu inauguracyjnym podkreślił znaczenie podejmowanej problematyki dopuszczalności dowodów zebranych w sposób sprzeczny z prawem z punktu widzenia powagi i rzetelności procesu karnego. Następnie powitał zaproszonych prelegentów i uczestników, stawiając przed nimi trudne zadanie w postaci próby znalezienia odpowiedzi na pytanie, czy i jakimi względami może być usprawiedliwione wykorzystanie w procesie karnym dowodów nielegalnych.

Pierwszy panel, prowadzony przez dr Wojciecha Jasińskiego (UWr), rozpoczęło wystąpienie S. Thamana. Pytanie przewodnie, jakie mu towarzyszyło, można wyrazić następująco: czy naruszenie konstytucyjnych uprawnień jednostki powinno być tolerowane w celu odkrycia prawdy w procesie karnym. Prelegent zauważył bowiem, że niekiedy ściśle przestrzeganie stan-

dardów rzetelności procesu może utrudnić poznanie prawdy. Przechodząc do zasadniczej części rozważań, zwrócił uwagę, że problematyka dopuszczalności dowodów bezpośrednio i pośrednio nielegalnych ma kluczowe znaczenie w prawie amerykańskim. Przedstawił ewolucję poglądów judykatury odnoszącą się do tej tematyki, podkreślając, że korzystanie przez sąd z nielegalnych dowodów prowadzi do obniżenia standardów orzecznictwa. Następnie wskazał, jakie są sposoby eliminacji dowodów zebranych w sposób sprzeczny z prawem w systemach *common law* (USA, Nowa Zelandia) i prawa kontynentalnego (Niemcy, Włochy, Hiszpania). Zaznaczył, że w żadnym z nich eliminacja ta nie jest automatyczna. W większości państw stosuje się *balancing test* oparty na zasadzie rzetelnego procesu (Niemcy, Nowa Zelandia).

Przechodząc do analizy prawa amerykańskiego, S. Thaman zwrócił uwagę na różnicę w podejściu sądownictwa do wymuszonego przyznania się oskarżonego do winy, a dowodów zebranych z naruszeniem prawa do prywatności. Przyjmuje się bowiem, że dowód z przesłuchania, podczas którego stosowane były tortury, lub osobę przesłuchiwaną traktowano w sposób okrutny lub poniżający, jest niedopuszczalny. Powyższe odnosi się również do innych materiałów (np. dowodów rzeczowych), które zostały uzyskane w wyniku *involuntary statements* (czyli oświadczeń złożonych pod naciskiem) – obowiązuje zatem tzw. doktryna owoców zatrutego drzewa. Dowody zebrane z naruszeniem prawa do prywatności co do zasady także powinny zostać wyeliminowane z procesu karnego. S. Thaman podkreślił jednak, że akceptowane są wyjątki od powyższej zasady, m.in. *good faith mistakes* (błędy w dobrej wierze), *danger in delay* (niebezpieczeństwo tkwiące w możliwym opóźnieniu), nieuchronne odkrycie przestępstwa czy wyjątkowe okoliczności konkretnej sprawy. W takich szczególnych przypadkach dowody uzyskane z naruszeniem prawa mogą zostać wprowadzone do postępowania karnego.

W konkluzji S. Thaman stwierdził, że zasadą powinno być wykluczenie wszystkich dowodów zebranych w sposób sprzeczny z prawem z procesu karnego, ponieważ orzekanie w oparciu o tak zgromadzony materiał dowodowy prowadzi do naruszenia konstytucyjnych uprawnień jednostki. Niemniej w przypadku zaistnienia nadzwyczajnych okoliczności skorzystanie z dowodów nielegalnych można uznać za usprawiedliwione, zwłaszcza w kontekście przywrócenia w społeczeństwie równowagi naruszonej popełnionym przestępstwem i zrealizowania celów procesu karnego.

Kolejny referat wygłosił prof. dr hab. Cezary Kulesza (Uniwersytet w Białymstoku), a jego przedmiotem była dopuszczalność dowodów uzyskanych w sposób sprzeczny z ustawą w procedurze niemieckiej. W pierwszej kolejności C. Kulesza wskazał, że w procesie niemieckim nie wprowadzono automatycznej eliminacji takich dowodów z procesu karnego. W doktrynie

i orzecznictwie wypracowano jednak system dwuetapowej kontroli dowodów, co do których istnieje podejrzenie ich pozyskania w sposób sprzeczny z prawem. Pierwszy etap stanowi kontrola z perspektywy zasady demokratycznego państwa prawnego (*Rechtsstaatsprinzip*). W tej fazie wykluczane są dowody uzyskane z użyciem przemocy lub podstępów. Drugi etap stanowi tzw. *balancing test*, oparty na zasadzie proporcjonalności (*Verhältnismäßigkeitsprinzip*). W ramach tej procedury sąd orzekający decyduje o dopuszczeniu bądź odrzuceniu dowodów, biorąc pod uwagę z jednej strony znaczenie dowodu dla postępowania i ciężar gatunkowy będącego przedmiotem procesu przestępstwa, z drugiej zaś – rodzaj i stopień naruszenia praw i wolności przy pozyskiwaniu dowodu.

Jak wskazał C. Kulesza, powyższe zasady wywodzi się w systemie niemieckim bezpośrednio z konstytucji. Brak jest bowiem regulacji kodeksowej, z wyjątkiem § 136a StPO, zakazującego pozyskiwania i przedstawiania w procesie oświadczeń dowodowych uzyskanych pod przymusem. W dalszej części rozważań omówił on wypracowaną w orzecznictwie tzw. teorię sfery praw (*Rechtskreistheorie*). Sprowadza się ona do twierdzenia, że oskarżony ma prawo żądać wykluczenia jedynie tych dowodów, które zostały pozyskane z naruszeniem reguły ustanowionej dla ochrony jego praw, a nie praw osoby trzeciej. Wskazał jednocześnie, że podejście to jest krytykowane w niemieckiej doktrynie jako naruszające prawo oskarżonego do rzetelnego procesu.

W podsumowaniu C. Kulesza stwierdził, że w niemieckim procesie karnym zrezygnowano z uniwersalnego uregulowania problemu dowodów nielegalnych, skłaniając się ku indywidualnej ocenie konkretnych przypadków. Rozproszona regulacja i duże znaczenie orzecznictwa nie sprzyja zaś pewności prawa.

Jako ostatnia w pierwszym panelu głos zabrała dr Karolina Kremens (UWr), przybliżając unormowania tytułowego zagadnienia wprowadzone w Anglii i Walii. Analizując zwyczajowe prawo angielskie, podkreśliła, że początkowo stanowisko sądownictwa do dowodów nielegalnych można uznać za dość wyrozumiałe. Przyjmowano bowiem, że sposób zdobycia dowodu nie wpływa na jego dopuszczalność. Ta reguła nie odnosiła się jednak do przyznania się oskarżonego do popełnienia przestępstwa. Automatyczne wyłączenie dowodu z niedobrowolnego przyznania się uznawano za zabezpieczenie prawa do niesamooskarżania się (*R. v. Sang*, 1980). Następnie K. Kremens przedstawiła obecnie obowiązujące regulacje wprowadzone na mocy PACE (*Police and Criminal Evidence Act*, 1984). Zauważyła, że podtrzymano stanowisko wyrażone w orzeczeniu *R. v. Sang*, zgodnie z którym nikt nie powinien być w sposób niezgodny z prawem skłaniany do dostarczania dowodów, które mogłyby przyczynić się do pogorszenia jego sytuacji procesowej, a pozostałe uchybienia proceduralne zasadniczo nie wpływają

na dopuszczalność dowodów. Podkreśliła także, że obecnie obowiązujące regulacje, w porównaniu z prawem zwyczajowym, są mniej korzystne dla oskarżonego. Żaden dowód nie jest bowiem automatycznie wykluczany z procesu karnego. Decyzję zawsze podejmuje sąd, biorąc pod uwagę związek między naruszeniem prawa a rzetelnością postępowania, a dowód nie powinien zostać dopuszczony wtedy, gdy uchybienie było znaczące i naruszało istotę danego uprawnienia jednostki.

Prelegentka wskazała również, jakie okoliczności konkretnej sprawy są usprawiedliwieniem dla wykorzystania w procesie karnym dowodów zebranych z naruszeniem praw. Przykładowo w sprawach o handel narkotykami naruszenie prawa do prywatności poprzez stosowanie nielegalnego podsłuchu policyjnego należy uznać za dopuszczalne ze względu na wagę przestępstwa (R. v. Khan, 1997). Podkreśliła jednak, że niektóre działania podejmowane przez organy ścigania dyskwalifikują zebrany w ich wyniku materiał dowodowy. Tolerowanie nadużyć władzy prowadzi bowiem do ograniczenia praw obywatelskich. Podsumowując wystąpienie, stwierdziła, że w prawie angielskim sąd posiada szeroki zakres swobody w podjęciu decyzji o wykluczeniu bądź dopuszczeniu określonych dowodów. Zgodnie przyjmuje się jednak, że przyznanie uzyskane w wyniku nielegalnych działań organów procesowych nie powinno stać się dowodem w konkretnej sprawie. Zauważyła także, że na stanowisko sądów w Anglii i Walii znaczący wpływ ma orzecznictwo Europejskiego Trybunału Praw Człowieka (ETPC).

Drugi panel, moderowany przez K. Kremens, rozpoczęła dr Hanna Kuczyńska (Instytut Nauk Prawnych PAN) referatem omawiającym problematykę dopuszczalności i eliminacji dowodów w postępowaniu przed Międzynarodowym Trybunałem Karnym. Wypowiedź koncentrowała się wokół przepisu art. 69 ust. 7 Rzymskiego Statutu MTK. Przepis ten uzależnia uznanie dowodów zebranych w sposób sprzeczny ze Statutem lub prawami człowieka uznanymi przez społeczność międzynarodową od wystąpienia co najmniej jednej z dwóch dodatkowych okoliczności. Niedopuszczalny będzie bowiem tylko dowód uzyskany z takim naruszeniem prawa, które rodzi poważne wątpliwości co do wiarygodności uzyskanego dowodu, lub wówczas, gdy dopuszczenie takiego dowodu byłoby sprzeczne z rzetelnością postępowania lub mogłoby poważnie jej zagrozić. Również w postępowaniu przed MTK nie wprowadzono zatem automatycznej eliminacji dowodów pozyskanych *contra legem*, poprzestając na ocenie dopuszczalności dowodów przeprowadzanej *ad casum*, w dodatku opartej na ogólnie ujętych przesłankach.

Na zakończenie seminarium W. Jasiński (UWr) przedstawił stanowisko ETPC w kwestii dopuszczalności dowodów nielegalnych, wyróżniając cztery płaszczyzny analizowanego zagadnienia w dotychczasowym orzecznictwie ETPC, tj. płaszczyzny dowodów uzyskanych: z naruszeniem art. 3 EKPC,

z naruszeniem art. 8 EKPC, w wyniku nielegalnej prowokacji policyjnej oraz z naruszeniem prawa do nieobciążania się.

W. Jasiński szczególną uwagę zwrócił na stanowisko ETCP w odniesieniu do dowodów uzyskanych z naruszeniem art. 3 EKPC. Zdaniem Trybunału, o ile dowody uzyskane za pomocą tortur są zawsze niedopuszczalne i muszą zostać wyeliminowane z procesu, o tyle w odniesieniu do niehumanitarnego czy poniżającego traktowania – również zakazanego przez art. 3 EKPC – sprawa nie jest tak jednoznaczna. Przykładowo, wykorzystanie zeznań (wyjaśnień) złożonych na skutek niehumanitarnego lub poniżającego traktowania zawsze narusza standard określony w art. 6 EKPC. Jednak dowody rzeczowe uzyskane we wskazany wyżej sposób – przy uwzględnieniu okoliczności konkretnej sprawy – mogą zostać wykorzystane w dalszym postępowaniu i nie musi to prowadzić do naruszenia art. 6 EKPC.

W konkluzji W. Jasiński podkreślił, że stanowisko ETCP w kwestii dopuszczalności w procesie karnym dowodów nielegalnych jest niespójne i nieprzekonujące. Ocena, czy doszło do naruszenia prawa do rzetelnego procesu karnego, dokonywana jest przy uwzględnieniu okoliczności konkretnej sprawy, a Trybunał nie dokonał dotychczas kompleksowej analizy przedmiotowego zagadnienia, która pozwoliłaby na sformułowanie jednolitych i powszechnie wiążących wskazówek w omawianej materii.

Po wygłoszeniu ostatniego referatu moderator oddała głos pozostałym uczestnikom seminarium. Dająca do myślenia dyskusja, jaka się wywiązała, jak również duże zainteresowanie ze strony przedstawicieli wielu ośrodków naukowych, skłoniły organizatorów do podjęcia decyzji o kontynuowaniu komparatystycznych spotkań karnoprocesowych. II Seminarium Porównawczego Prawa Dowodowego zostanie zorganizowane na Wydziale Prawa, Administracji i Ekonomii UW w dniu 15 października 2015 r. Honorowym prelegentem będzie prof. Thomas Weigend (Uniwersytet w Kolonii, dyrektor Instytutu Zagranicznego i Porównawczego Prawa Karnego), któremu miasto Wrocław w ramach projektu „Centrum Akademickie Wrocławia” przyznało prestiżowy status Visiting Professor. Tematem spotkania będzie rola prokuratora w postępowaniu przygotowawczym w kontradiktoryjnym procesie karnym.

Katedra Postępowania Karnego WPAiE UW już teraz serdecznie zaprasza wszystkich zainteresowanych do udziału w II Seminarium.

Prokurator Roku 2014

W dniu 10 kwietnia 2015 r. w Warszawie zebrała się, działająca na podstawie zarządzenia Prokuratora Generalnego nr 16/2013 z dnia 18 kwietnia 2013 r., Kapituła Konkursu „Prokurator Roku” w składzie:

- Przewodniczący: Prokurator Generalny Andrzej Seremet,
- Członkowie:
 - Pierwszy Zastępca Prokuratora Generalnego Marek Jamrogowicz,
 - Zastępca Prokuratora Generalnego Marzena Kowalska,
 - Zastępca Prokuratora Generalnego Robert Hernand,
 - Zastępca Prokuratora Generalnego, Naczelnny Prokurator Wojskowy, płk Jerzy Artymiak,
 - Zastępca Prokuratora Generalnego, Dyrektor Głównej Komisji Ścigania Zbrodni przeciwko Narodowi Polskiemu IPN, Dariusz Gabrel.

Po zapoznaniu się z nominacjami finalistów:

- Pani Małgorzaty Słowińskiej, prokuratora Prokuratury Okręgowej w Katowicach,
- Pani Małgorzaty Zapolnik, prokuratora Prokuratury Okręgowej w Szczecinie,
- Pana Wiesława Gielżeckiego, prokuratora Prokuratury Okręgowej w Bydgoszczy,

Kapituła Konkursu dokonała wyboru Prokuratora Roku 2014, przyznając ten tytuł jednogłośnie Pani prokurator Małgorzacie Słowińskiej.

Pani prokurator Małgorzata Słowińska pracuje obecnie w Prokuraturze Okręgowej w Katowicach, gdzie pełni funkcję Kierownika Działu Pozakarnego w Wydziale II Postępowania Sądowego.

Aplikację prokuratorską rozpoczęła w 1994 r. w Prokuraturze Rejonowej w Dąbrowie Górniczej. Od 1 stycznia 1997 r. została mianowana asesorem Prokuratury Rejonowej w Dąbrowie Górniczej, zaś od 1 stycznia 1999 r. Prokurator Generalny powołał ją na stanowisko prokuratora tej jednostki.

Z dniem 1 stycznia 2006 r. Prokurator Generalny powołał Panią prokurator Małgorzatę Słowińską na stanowisko Prokuratora Prokuratury Okręgowej w Katowicach.

W ramach obowiązków służbowych Pani prokurator Małgorzata Słowińska brała udział w działaniach podejmowanych przez katowicką prokuraturę w sprawie delegalizacji reaktywowanej, przedwojennej Spółki „Giesche” SA z siedzibą w Katowicach. Śledztwo w sprawie usiłowania doprowadzenia do niekorzystnego rozporządzenia mieniem znacznej wartości Miasta Katowice przez osoby działające w imieniu Spółki „Giesche” SA z siedzibą w Gdyni prowadziła Prokuratura Okręgowa w Tarnobrzegu. Śledztwo to wykazało, że 4 osoby fizyczne nabyły od kolekcjonera dokumenty w postaci akcji przed-

wojennej Spółki „Giesche” SA, a następnie, w latach 2005–2006, na podstawie dwóch prawomocnych orzeczeń sądu rejestrowego uzyskały wpis do Krajowego Rejestru Sądowego – rejestru przedsiębiorców. Pozwoliło to im na podjęcie działań prawnych w kierunku uzyskania odszkodowania na łączną kwotę 341 000 000 zł.

Działania prawne Pani prokurator Małgorzaty Słowińskiej doprowadziły do skierowania przez Prokuratora Okręgowego w Katowicach do sądu rejestrowego w Katowicach skarg o wznowienie tych dwóch prawomocnie zakończonych postępowań o wpis Spółki „Giesche” SA do Krajowego Rejestru Sądowego.

Pierwsza przez katowicki sąd rozpoznana została skarga prokuratora o wznowienie postępowania zakończonego prawomocnym postanowieniem w przedmiocie upoważnienia do zwołania Nadzwyczajnego Walnego Zgromadzenia Akcjonariuszy Spółki „Giesche” S.A. Sąd, uwzględniając skargę prokuratora, wniosek oddalił. Postanowienie Sądu w tym przedmiocie uprawomocniło się z dniem 27 stycznia 2014 r.

Druga skarga opracowana przez Panią prokurator Małgorzatę Sowińską w tej sprawie dotyczyła wznowienia postępowania zakończonego prawomocnym postanowieniem o wpis Spółki „Giesche” SA do Krajowego Rejestru Sądowego. W dniu 12 marca 2015 r. sąd, uwzględniając skargę prokuratora, wniosek pełnomocnika Spółki oddalił i wykreślił Spółkę z rejestru przedsiębiorców. To orzeczenie nie jest jeszcze prawomocne.

Właśnie działania Pani prokurator Małgorzaty Słowińskiej w tej sprawie legły u podstaw skierowania nominacji dla niej do tytułu „Prokurator Roku 2014”.

Z informacji zawartych w nominacji wynika, że przez cały okres pracy w prokuraturze Pani prokurator systematycznie i intensywnie podnosiła swoje kwalifikacje poprzez udział w szkoleniach i samodoskonalenie. Wykorzystując swoją wiedzę i doświadczenie zawodowe, prowadziła szkolenia dla kadry orzeczniczej prokuratur okręgu w katowickiego na tematy: „Aspekty prawne przestępczości z nienawiści” oraz „Udział prokuratora w postępowaniu cywilnym”.

Pani prokurator charakteryzuje się szczególnie wysokim poziomem wiedzy prawniczej. Jest ceniona jako doskonały prawnik, rzetelnie wywiązujący się z nałożonych obowiązków. Równocześnie przez przełożonych i współpracowników jest postrzegana jako osoba nadzwyczaj koleżeńska i pracowita.

Informujemy naszych Czytelników, że na stronie internetowej Prokuratury Generalnej pod adresem www.pg.gov.pl, w zakładce „Prokuratura i Prawo/opublikowane numery”, udostępniłiśmy nieodpłatnie, w formacie pdf, pełne teksty miesięcznika od początku jego istnienia, to znaczy od 1 stycznia 1995 r. do chwili obecnej.

Redakcja

Komunikat

Zgodnie z § 14 ust. 2 rozporządzenia Ministra Nauki i Szkolnictwa Wyższego z dnia 13 lipca 2012 r. w sprawie kryteriów i trybu przyznawania kategorii naukowej jednostkom naukowym (Dz. U. z 2012 r., poz. 877 oraz z 2013 r., poz. 191) ogłoszono w formie komunikatu, składający się z 3 części (A. B. C.), wykaz czasopism naukowych. Miesięcznik „Prokuratura i Prawo” zamieszczono w części B. w pozycji 1753, przynajmniej 6 punktów za publikację w czasopiśmie naukowym. Informację na ten temat można znaleźć pod adresem:

<http://www.bip.nauka.gov.pl/wykaz-czasopism-naukowych/komunikat-ministra-nauki-i-szkolnictwa-wyzszego-w-sprawie-wykazu-czasopism-naukowych.html>

Informacja dla Autorów

Redakcja prosi o nadsyłanie artykułów i innych materiałów przeznaczonych do publikacji wyłącznie w formie elektronicznej w edytorze Word 6,0, dla następujących ustawień: strona niestandardowa (szerokość 17 cm, wysokość 24 cm), marginesy: górny 2 cm, boczne (lewy i prawy) 2,5 cm i dolny 1,5 cm, czcionka Times New Roman w rozmiarze 11 (dla przypisów dolnych 9) oraz pojedynczy odstęp między wierszami. Jednocześnie informujemy, że ramy artykułu nie powinny przekraczać 25 stron znormalizowanego tekstu, a pozostałych opracowań – 10 stron.

Na pierwszej stronie należy zamieścić: imię i nazwisko autora (autorów), tytuł pracy, krótkie (kilkuzdaniowe) streszczenie ujmujące główne tezy opracowania. Na końcu pracy należy podać: adres (adresy) autora (autorów), nr telefonu, faksu, adres e-mail, a także informacje o statusie profesjonalnym autora (autorów), z wyszczególnieniem posiadanych tytułów naukowych, nazwy instytucji zatrudniającej oraz zajmowanego stanowiska. Od doktorantów i aplikantów wymagana jest opinia dotycząca wartości merytorycznej przedstawionego artykułu (głosy) – rekomendacja opiekuna naukowego i odpowiednio zawodowego. W przypadku asesora oraz asystenta prokuratora oczekuje się rekomendacji kierownika jednostki organizacyjnej, a asystenta sędziego – przewodniczącego wydziału.

Materiały należy przysyłać na adresy e-mail: redakcja@pg.gov.pl lub wojciechkotowski@poczta.onet.pl.

Redakcja zastrzega sobie prawo dokonywania w nadesłanych materiałach zmian tytułów, skrótów, poprawek stylistyczno-językowych oraz innych przeróbek technicznych. Redakcja przyjmuje prace dotychczas niedrukowane, zaś niezamówione materiały zwraca wyłącznie na życzenie autora (autorów).

Informacja dla Czytelników

Redakcja uprzejmie zawiadamia, że od stycznia 2005 r. czasopismo „Prokuratura i Prawo” nie jest dostępne w prenumeracie. Równocześnie – pod adresem: www.pg.gov.pl – w programie MS Word jest udostępniona wersja elektroniczna czasopisma, a pod adresem: www.ies.krakow.pl/wydawnictwo/prokuratura jego treść można odczytywać programem Acrobat Reader 6.

Redakcja uprzejmie informuje, że przedmiotem omówień publikacji książkowych są przede wszystkim monografie, w tym także prace zbiorowe, ta forma prezentacji nie obejmuje natomiast – z oczywistych względów – komentarzy i podręczników.