



Prokuratura i Prawo

NR 2/luty 2021



ISSN 1233-2577

Prokuratura Krajowa

RADA NAUKOWA

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

KOLEGIUM REDAKCYJNE

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

REDAKCJA

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

Współpraca: Justyna KRAKOWIAK

WYDAJE PROKURATURA KRAJOWA

Adres Redakcji:
02-676 Warszawa, ul. Postępu 3
Tel. 22 12 51 549
e-mail: redakcja@pk.gov.pl

Projekt okładki
Studio Karandasz

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

Druk i dystrybucja:
Wydawnictwo Diecezjalne i Drukarnia w Sandomierzu
27-600 Sandomierz, ul. Żeromskiego 4
tel. 15 649 97 00
e-mail: marketing@wds.com.pl
www.wds.pl

ISSN 1233-2577 nakład 2000 egz.

Wersją podstawową (referencyjną) czasopisma jest wersja papierowa

Spis treści
Table of contents

Artykuły/Articles

dr hab. Jarosław Zagrodnik, prof. Uniwersytetu Śląskiego

Analiza zmian normatywnych wprowadzonych w warunkach stanu epidemicznego w obszarze uregulowania interwencji w procesie karnym skarbowym	5
<i>Analysis of regulatory amendments introduced during the epidemic to affect interventions in criminal tax proceedings</i>	13

dr Janusz Kanarek, adwokat, ORA w Bydgoszczy

Wymiar kary oraz kwestia wykonania orzeczonych kar i pozostałych środków prawnokarnych w razie idealnego zbiegu czynów zabronionych w prawie karnym skarbowym	15
<i>Determination of sentences and execution of sentences and other criminal-law measures in the event of an ideal concurrence of prohibited acts in criminal tax law</i>	45

dr Damian Wąsik, Collegium Medicum im. L. Rydygiera w Bydgoszczy UMK w Toruniu

Błędy i nieprawidłowości w wykonywaniu zawodu farmaceuty w ujęciu prawa karnego i prawa medycznego	46
<i>Errors and irregularities in professional practice of pharmacists under criminal law and medical law</i>	77

dr Anita Gałęska-Śliwka, adiunkt Katedry Podstaw Prawa Medycznego, Collegium Medicum im. L. Rydygiera w Bydgoszczy UMK w Toruniu

Prawo do świadomego planowania rodziny – wybrane zagadnienia	78
<i>Right to informed choices in family planning: selected issues</i>	114

Marcin Borodziuk, asesor Sądu Rejonowego w Szczytnie

Zażalenie do innego składu sądu pierwszej instancji w postępowaniu cywilnym	115
<i>Complaints with a differently composed court of first instance in civil proceedings</i>	133

dr Izabela Jankowska-Prochot, urzędnik KGP

Określenie zakresu następstw wynikających z zachowania podmiotu, czyli problematyka przyczynowości w brytyjskim i amerykańskim prawie karnym	134
<i>Consequences of a perpetrator's behaviour or causation in British and American criminal law systems</i>	153

Materiały szkoleniowe/*Training material*

dr Paweł Opitek, prokurator Prokuratury Okręgowej w Krakowie del. do Prokuratury Krajowej	
Kontrola transferów pieniądza bezgotówkowego w czasie rzeczywistym jako nowa forma czynności operacyjno-rozpoznawczych na przykładzie ustawy o Agencji Bezpieczeństwa Wewnętrznego (postulaty <i>de lege ferenda</i>)	154
<i>Real-time tracking of electronic money transfers as a new form of operational reconnaissance based on examples from the Act on Internal Security Agency (demands with a view to the future law)</i>	174

Glosy/*Commentaries*

do wyroku Sądu Apelacyjnego w Katowicach z dnia 8 marca 2018 r., sygn. II AKa 590/17 (dot. korzyści z obrotu paliwami) – oprac. prof. dr hab. Jerzy Duży	175
<i>to the judgment issued by the Court of Appeal in Katowice on 8 March 2018, ref. no. II AKa 590/17 (proceeds from trading in fuels) – by prof. Jerzy Duży</i>	183

ARTYKUŁY

Jarosław Zagrodnik

Analiza zmian normatywnych wprowadzonych w warunkach stanu epidemicznego w obszarze uregulowania interwencji w procesie karnym skarbowym

Streszczenie

Artykuł stanowi pierwsze odrębne opracowanie poświęcone zmianom wprowadzonym na gruncie uregulowania interwencji w procesie karnym skarbowym w drodze ustawy z dnia 16 kwietnia 2020 r. o szczególnych instrumentach wsparcia w związku z rozprzestrzenianiem się wirusa SARS-CoV-2¹ (Dz. U. poz. 695 z późn. zm.). Analiza tych zmian pozwoliła z jednej strony pozytywnie ocenić unormowanie możliwości zgłoszenia interwencji na piśmie w formie elektronicznej (art. 127 §1 k.k.s.), z drugiej strony uwidocznić słabe strony uregulowania odmowy przyjęcia interwencji w postępowaniu przygotowawczym (art. 127 § 2a k.k.s.). Wnioski płynące z tej analizy stanowią podstawę do sformułowania postulatów de lege ferenda, w szczególności w aspekcie związanym z potrzebą unormowania odmowy przyjęcia interwencji w toku postępowania głównego.

Ustawa z dnia 16 kwietnia 2020 r. o szczególnych instrumentach wsparcia w związku z rozprzestrzenianiem się wirusa SARS-CoV-2² (Dz. U. poz. 695 z późn. zm.), określana dalej mianem ustawy „tarcza 2.0”, przyniosła lawinę zmian normatywnych w licznych aktach prawnych składających się

¹ Dz. U. poz. 695 z późn. zm.

² Dz. U. poz. 695 z późn. zm.

na polski system prawny. Wśród nich znalazły się przepisy kodeksu karnego skarbowego regulujące instytucję interwencji w procesie karnym skarbowym. Część zmian w tym obszarze normatywnym, wprowadzonych powołaną ustawą, jest ściśle związana z realiami stanu epidemicznego, nakazującymi uwzględnienie i usankcjonowanie zdalnych form realizacji ustawowo przyznanych uprawnień. Taki charakter mają niewątpliwie zmiany przewidujące dopuszczalność i tryb zgłoszenia interwencji na piśmie utrwalonym w formie elektronicznej (art. 127 § 1 k.k.s.). Obok nich sytuują się zmiany w określonym obszarze regulacji prawnej, dotyczące – najogólniej rzecz ujmując – warunków uzyskania statusu procesowego interwenienta i odmowy przyjęcia interwencji w postępowaniu przygotowawczym (dodane przepisy art. 127 § 2a i § 2b k.k.s.), dla których trudno znaleźć bezpośrednie oparcie w warunkach stanu epidemicznego. Wykorzystanie w pewnym sensie tych warunków do ich wprowadzenia może nasuwać zastrzeżenia, jeśli weźmie się pod uwagę, że odnoszą się do kwestii o fundamentalnym znaczeniu w aspekcie uregulowania prawa do interwencji w procesie karnym skarbowym i jej charakteru prawnego. Waga tych zmian skłania zarazem w sposób naturalny do poddania ich głębszej analizie. Aby w pełni je zobrazować w punkcie wyjścia do poświęconych im rozważań niezbędne staje się zarysowanie stanu prawnego poprzedzającego ich przyjęcie.

W świetle definicji legalnej interwenienta zawartej w art. 53 § 41 k.k.s., w kształcie obowiązującym do czasu jej zmiany w drodze ustawy „tarcza 2.0”, o statusie procesowym interwenienta przesądzało zgłoszenie roszczenia do przedmiotów podlegających przepadkowi przez podmiot niebędący podejrzanym lub oskarżonym w sprawie o przestępstwo skarbowe lub wykroczenie skarbowe. Analiza logiczno-językowa powołanego przepisu pozwalała więc twierdzić, przy uwzględnieniu także innych przepisów regulujących zgłoszenie interwencji, że czynność ta ma charakter konstytuujący, tzn. powodujący, że od momentu jej dokonania w procesie karnym skarbowym występuje interwenient jako szczególna, czynna strona procesowa³. W prezentowanym stanie prawnym brak było przepisu przewidującego możliwość odmowy przyjęcia interwencji przez organ procesowy. Uwzględniając przypadki niespełnienia warunków zgłoszenia interwencji, zgłoszenia jej po terminie lub przez osobę nieuprawnioną, w płaszczyźnie interpretacyjnej przyjmowano, że ujawnienie jednej z wymienionych okoliczności pociąga za sobą bezskuteczność interwencji lub uznanie jej za bezskuteczną, oznaczające *de facto* odmówienie określonemu podmiotowi udziału w procesie karnym skarbowym w charakterze interwenienta. Tak jak wcześniej, tak i teraz, bezskuteczność interwencji *ex lege*, niewymagającą stwierdzenia w drodze

³ T. Grzegorzczak, Kodeks karny skarbowy. Komentarz, Warszawa 2001, s. 448; J. Zagrodnik, (w:) L. Wilk, J. Zagrodnik, Kodeks karny skarbowy. Komentarz, Warszawa 2018, s. 805.

decyzji procesowej, należy łączyć z przypadkami jej zgłoszenia bez podania przez zgłaszającego miejsca swego zamieszkania, pobytu lub siedziby (*arg. ex art. 126 § 2 k.k.s.*). Zgodnie z omawianym stanowiskiem interpretacyjnym inne braki pisma procesowego powinny być prowadzić do uznania interwencji przez organ procesowy za bezskuteczną, jeżeli nie zostaną usunięte w trybie art. 120 § 2 k.p.k. w zw. z art. 113 § 1 k.k.s. Taki sam skutek łącznie ze zgłoszeniem interwencji przez osobę nieuprawnioną lub po terminie⁴.

W zakresie definicji legalnej interwenienta zawartej w art. 53 § 41 k.k.s. zmiana dokonana w drodze ustawy „tarcza 2.0” polega na uzupełnieniu treści tego przepisu poprzez dodanie w jego końcowej części zwrotu „a zgłoszenie to zostało przyjęte”. Znaczenie tej zmiany ukazuje się na tle spostrzeżenia, że w jej rezultacie do uzyskania statusu interwenienta nie wystarczy już zgłoszenie interwencji w terminie przez podmiot uprawniony, lecz niezbędne jest wydanie przez organ procesowy pozytywnej decyzji w przedmiocie jej przyjęcia. Wolno sądzić, że zamysłem przyświecającym wprowadzeniu takiego wymagania było powiązanie na gruncie definicyjnym warunków uzyskania statusu interwenienta z dodanym powołaną wyżej ustawą unormowaniem odmowy przyjęcia interwencji w art. 127 § 2a k.k.s. Z praktycznego punktu widzenia realizację tego zamysłu trudno jednak uznać za najbardziej fortunną, ponieważ przyjęte rozwiązanie generuje w istocie zbędny formalizm związany z koniecznością wydania decyzji o przyjęciu interwencji (pozytywnej decyzji w przedmiocie przyjęcia interwencji). Należy zauważyć, że można by tego w prosty sposób uniknąć, gdyby przy zachowaniu konstytuującego charakteru zgłoszenia interwencji na gruncie art. 53 § 41 k.k.s. opatrzyć uzyskanie w ten sposób statusu interwenienta zastrzeżeniem odwołującym się do przypadków, w których organ procesowy wydaje decyzję o odmowie przyjęcia interwencji, rezygnując z wymagania kryjącego się pod słowami „a zgłoszenie zostało przyjęte” na rzecz np. zwrotu „chyba że odmówiono przyjęcia tego zgłoszenia”. W imię pragmatyzmu procesowego i sprawności procesu karnego skarbowego, należy oczekiwać *de lege ferenda* zmiany powołanego przepisu we wskazanym kierunku.

Na tle przedstawionego, obowiązującego brzmienia art. 53 § 41 k.k.s. może nasuwać się pytanie co do formy decyzji procesowej o przyjęciu zgłoszenia interwencji. Nie znajduje ona wyraźnego uregulowania ani w powołanym przepisie ani w żadnym innym przepisie Kodeksu karnego skarbowego. Mając jednak na względzie, że w przypadku odmowy przyjęcia interwencji ustawodawca wprost przewiduje podjęcie decyzji w formie postanowienia, należy przyjąć, że tej samej formie powinna również odpowiadać decyzja pozytywna w przedmiocie przyjęcia zgłoszenia interwencji.

⁴ Zob. J. Zagrodnik, (w:) L. Wilk, J. Zagrodnik, *op. cit.*, s. 805.

Na gruncie zmian wprowadzonych w drodze ustawy „tarcza 2.0” w obszarze regulacji interwencji w procesie karnym skarbowym najwięcej wątpliwości powstaje w związku z unormowaniem odmowy jej przyjęcia w art. 127 § 2a k.k.s. Dotyczą one z jednej strony zakresu zastosowania tego przepisu, z drugiej strony przesłanek odmowy przyjęcia interwencji określonych w tym przepisie.

W aspekcie pierwszej z wyróżnionych kwestii wymaga zwrócenia uwagi, że powołany przepis przewiduje wyłącznie uregulowanie odmowy przyjęcia interwencji w pierwszym stadium procesowym. Zawężenie w ten sposób zakresu jego zastosowania musi zastanawiać, jeśli weźmie się pod uwagę, że stanowiący jedną z podstaw decyzji odmownej brak uprawnienia do zgłoszenia interwencji może ujawnić się również w stadium jurysdykcyjnym procesu karnego skarbowego. Trudno przypuszczać, aby intencją ustawodawcy, towarzyszącą wprowadzeniu unormowania zawartego w art. 127 § 2a k.k.s., było wykluczenie odmowy przyjęcia interwencji w postępowaniu jurysdykcyjnym mimo ustalenia, że pochodzi ona od osoby uprawnionej. Wszak oznaczałoby to powinność merytorycznego ustosunkowania się przez sąd do nieuprawnionego roszczenia objętego treścią zgłoszenia interwencji. Należy raczej sądzić, że w aspekcie uregulowania odmowy przyjęcia interwencji w powołanym przepisie uszła po prostu uwadze ustawodawcy możliwość jej zgłoszenia dopiero w jurysdykcyjnym stadium procesu karnego, do czasu rozpoczęcia przewodu sądowego (art. 126 § 1 k.k.s.). Jej uwzględnienie skłania do wystąpienia z postulatem rozszerzenia *de lege ferenda* zakresu zastosowania art. 127 § 2a k.k.s. i objęcia nim postępowania sądowego. Warto zauważyć, że nie wymaga to jakichś skomplikowanych działań na płaszczyźnie legislacyjnej. Wystarczyłoby skreślenie w powołanym przepisie początkowego zwrotu „W postępowaniu przygotowawczym”, zawężającego jego zastosowanie do pierwszego stadium procesu karnego skarbowego. Do czasu postulowanej zmiany art. 127 § 2a k.k.s. należy przyjąć, odwołując się do przytoczonego wcześniej stanowiska interpretacyjnego, sformułowanego na gruncie stanu prawnego poprzedzającego uregulowanie odmowy przyjęcia interwencji w art. 127 § 2a k.k.s., że interwencja zgłoszona w postępowaniu sądowym przez podmiot nieuprawniony jest bezskuteczna, a uznanie jej za taką wymaga odmówienia określonemu podmiotowi udziału w postępowaniu karnym skarbowym w charakterze interwenienta⁵. Jest to równoznaczne w istocie z odmową przyjęcia interwencji, którą przewiduje powołany przepis w odniesieniu do postępowania przygotowawczego. Uznając interwencję za bezskuteczną ze względu na brak uprawnienia do jej wniesienia sąd powinien wydać w tym przedmiocie postanowienie, które nie podle-

⁵ J. Zagrodnik, (w:) L. Wilk, J. Zagrodnik, Kodeks karny skarbowy. Komentarz, Warszawa 2018, wyd. 4, s. 805.

ga zaskarżeniu (*arg. a contrario ex art. 459 k.p.k.*). *De lege lata* wydanie takiej decyzji należy przyjąć także w razie zgłoszenia interwencji po upływie prekluzyjnego terminu określonego w art. 126 § 1 k.k.s. *De lege ferenda* uchybienie temu terminowi powinno być ujęte w kategorii przesłanki odmowy przyjęcia interwencji w ramach całościowego unormowania tej materii w art. 127 § 2a k.k.s.

Przechodząc do drugiej z zasygnalizowanych kwestii należy zauważyć, że przepis art. 127 § 2a k.k.s. przewiduje wydanie przez organ ścigania karnego postanowienia o odmowie przyjęcia interwencji w razie zgłoszenia interwencji przez podmiot nieuprawniony lub przy braku podstaw do jej zgłoszenia. Na tle powołanego przepisu powstaje pytanie o wzajemną relację pomiędzy wymienionymi przesłankami wydania na jego podstawie decyzji negatywnej w przedmiocie przyjęcia interwencji. W tej kwestii istotne znaczenie ma spostrzeżenie, że ze względu na szeroki krąg podmiotów mogących zgłosić interwencję, obejmujący osoby fizyczne, osoby prawne oraz jednostki organizacyjne niemające osobowości prawnej, brak uprawnienia do jej zgłoszenia można w sposób racjonalny łączyć jedynie z brakiem po stronie określonego podmiotu roszczenia co do przedmiotów podlegających przepadkowi. W świetle brzmienia art. 119 § 1 k.k.s. oraz definicji legalnej interwenienta zawartej w art. 53 § 41 k.k.s. nie powinno wywołać niczych wątpliwości stwierdzenie, że wskazane roszczenie stanowi zarazem podstawę do zgłoszenia interwencji. Pozwala to w konsekwencji zauważyć, że wyróżnione w art. 127 § 2a k.k.s. przesłanki wydania decyzji odmownej w przedmiocie przyjęcia interwencji w gruncie rzeczy tę samą treść, odnosząc się do tej samej okoliczności, mianowicie wskazanego w poprzednim zdaniu braku roszczenia co do przedmiotów podlegających przepadkowi. Spojrzenie z nieco innej perspektywy upoważnia do konstatacji, że o braku uprawnienia („nieuprawnieniu”) do zgłoszenia interwencji przesądza w sposób wyłączny brak podstawy do takiego zgłoszenia. Na tle tych obserwacji pod znakiem zapytania staje sens wyodrębnienia obok siebie na gruncie art. 127 § 2a k.k.s. dwóch przesłanek odmowy przyjęcia interwencji, z których każda odnosi się do tej samej okoliczności (braku roszczenia co do przedmiotów podlegających przepadkowi). Nie znajdując dla takiego rozwiązania normatywnego dostatecznego uzasadnienia należy wystąpić z postulatem zmiany powołanego przepisu, która powinna polegać na wyeliminowaniu przesłanki wydania decyzji odmownej w przedmiocie zgłoszenia interwencji w postaci braku podstaw do takiego zgłoszenia. Jednocześnie, nawiązując do wcześniej poczynionych ustaleń, można wyrazić przekonanie, że *de lege ferenda* przepis art. 127 § 2a k.k.s. powinien przewidywać, że obok braku uprawnienia do zgłoszenia interwencji odmowę jej przyjęcia determinuje wniesienie interwencji po terminie określonym w art. 126 § 1 k.k.s.

W zakresie legitymacji do odmowy przyjęcia interwencji przepis art. 127 § 2a k.k.s. przewiduje obecnie kompetencję organu postępowania przygotowawczego oraz prokuratora. Wychodząc z założenia, że podział kompetencji między tymi organami jest w omawianym zakresie uwarunkowany tym, który z nich prowadzi postępowanie przygotowawcze, warto by rozważyć, zamiast rażącego sztucznością wyszczególnienia obok siebie organu postępowania przygotowawczego i prokuratora, określenie *de lege ferenda* legitymacji do odmowy przyjęcia interwencji poprzez jej przyznanie organowi prowadzącemu postępowanie przygotowawcze.

Formę decyzji o odmowie przyjęcia interwencji stanowi postanowienie. Zgodnie z treścią art. 127 § 2b k.k.s. podlega ono zaskarżeniu zażaleniem. Rozpoznanie zażalenia na postanowienie wydane przez finansowy lub niefinansowy organ postępowania przygotowawczego należy do organów nad nimi nadrzędnych określonych w art. 53 § 39 i § 39a k.k.s. W postępowaniu przygotowawczym prowadzonym przez prokuratora zażalenie na wydane przez ten organ postanowienie o odmowie przyjęcia interwencji rozpoznaje prokurator nadrzędny nad nim, a więc – zgodnie z treścią art. 33 § 1 ustawy z dnia 28 stycznia 2016 r. – Prawo o prokuraturze⁶ – prokurator kierujący jednostką organizacyjną prokuratury wyższego stopnia, a także prokurator tej jednostki lub prokurator delegowany do niej w zakresie zleconych mu czynności. Wprowadzenie kontroli zażaleniowej odmowy przyjęcia interwencji zasługuje z pewnością na aprobatę. Można natomiast zastanawiać się, czy dostateczną gwarancję ochrony praw podmiotu występującego z roszczeniem co do przedmiotów podlegających przepadkowi w procesie karnym skarbowym stanowi jej powierzenie organom nadrzędnym nad finansowymi lub niefinansowymi organami postępowania przygotowawczego oraz prokuratorowi nadrzędnemu. Względ na zagwarantowanie praw podmiotu zagrożonego przepadkiem przedmiotów powinien raczej skłaniać do przekazania niezawisłym sądom kontroli odmowy przyjęcia jego interwencji. Wypada założyć, że rozwiązanie takie wcale nie musiałoby pociągać za sobą w praktyce istotnego zwiększenia obciążeń sądów. Wolno sądzić, że możliwość spowodowania sądowej kontroli odmowy przyjęcia interwencji powinna oddziaływać przede wszystkim w pewnym sensie prewencyjnie, w płaszczyźnie psychologicznej, na organy ścigania karnego, powściągając przed pochopnym podejmowaniem decyzji na podstawie art. 127 § 2a k.k.s. Wydaje się przy tym, że zażalenie do sądu gwarantuje większą efektywność takiego oddziaływania aniżeli zażalenie do organu usytuowanego wewnątrz struktury organizacyjnej organów ścigania karnego.

W kontekście zażalenia na postanowienie o odmowie przyjęcia interwencji podkreślenia wymaga obowiązek sporządzenia jego uzasadnienia (art. 98

⁶ Tekst jedn. Dz. U. z 2019 r., poz. 740 z późn. zm.

§ 1 k.p.k. w zw. z art. 113 § 1 k.k.s.). W uzasadnieniu organ ścigania karnego powinien skrupulatnie wyjaśnić, dlaczego uważa, że po stronie podmiotu zgłaszającego roszczenie do przedmiotów podlegających przypadkowi w procesie karnym skarbowym brak jest tytułu prawnego (prawa własności lub innego np. ograniczonego prawa rzeczowego) do zgłoszenia interwencji i tym samym wystąpienia w tym procesie w roli interwenienta. Za niewystarczające w tym względzie należy uznać odwołanie się do ustawowego zwrotu i wskazanie braku uprawnienia czy braku podstawy do zgłoszenia interwencji.

Jak już zaznaczono na początku niniejszego opracowania, w przeciwieństwie do poddanych dotąd analizie zmian wprowadzonych ustawą „tarcza 2.0”, wyraźne osadzenie w realiach stanu epidemicznego znajdują zmiany dotyczące formy zgłoszenia interwencji. Służą one niewątpliwie ułatwieniu zgłoszenia interwencji przez podmiot uprawniony poprzez wyrażne dopuszczenie i uregulowanie elektronicznej formy pisemnej takiego zgłoszenia. Uzupełnienie w tym zakresie zawartości normatywnej art. 127 § 1 k.k.s. obejmuje unormowanie dodatkowego wymagania formalnego pisma procesowego składanego w formie elektronicznej związanego z identyfikacją wnoszącego pismo oraz trybu jego wniesienia. Zgodnie z treścią art. 127 § 1 zd. drugie k.k.s. pismo takie wymaga opatrzenia kwalifikowanym podpisem elektronicznym, podpisem zaufanym albo podpisem osobistym i podlega wniesieniu za pomocą środków komunikacji elektronicznej przez elektroniczną skrzynkę podawczą organu podatkowego, utworzoną na podstawie ustawy z dnia 17 lutego 2005 r. o informatyzacji działalności podmiotów realizujących zadania publiczne (Dz. U. z 2020 r., poz. 346, 568 i 695) lub przez portal podatkowy, o którym mowa w ustawie z dnia 29 sierpnia 1997 r. – Ordynacja podatkowa.

Przedstawionemu uregulowaniu elektronicznej formy i trybu zgłoszenia interwencji towarzyszyło dodanie w art. 127 § 1 zd. trzecim k.k.s. szczególnego wymagania formalnego w postaci obowiązku dołączenia dowodów wskazujących na spełnienie warunków do wystąpienia z interwencją. Na tle tego unormowania rodzi się pytanie, czy dotyczy ono jedynie interwencji zgłaszanej na piśmie w formie elektronicznej. Odpowiedź pozytywna mogłaby się nasuwać w związku z jednoczesnym wprowadzeniem wskazanego wymagania formalnego i unormowaniem dopuszczalności zgłoszenia interwencji na piśmie w drodze elektronicznej. Na jej rzecz mogłoby także przemawiać umiejscowienie normy statuującej omawiane wymaganie zaraz za unormowaniem dotyczącym trybu wniesienia interwencji w postaci elektronicznej. Dla takiego ograniczenia obowiązku przedstawienia dowodów wskazujących na spełnienie warunków dla wniesienia interwencji trudno byłoby jednak znaleźć racjonalne uzasadnienie. Wszak warunki te wymagają zrealizowania w każdym wypadku zgłoszenia interwencji, bez względu na formę, w jakiej to następuje. Dlatego też, opierając się na treści art. 127 § 1

zd. trzecie k.k.s., *lege non distinguente*, należy przyjąć, że obowiązek dowodowego wykazania ich spełnienia odnosi się do każdej formy zgłoszenia interwencji.

Na gruncie analizowanego przepisu pewne niejasności może nasuwać pojęcie „warunków do wystąpienia z interwencją”. Wydaje się, że punktem odniesienia dla ustalenia znaczenia tego zwrotu normatywnego powinno być sprecyzowane już wcześniej pojęcie „podstaw do zgłoszenia interwencji”. Wychodząc z tego założenia i odwołując się do przeprowadzonych rozważań, zgodnie z którymi to ostatnie pojęcie należy identyfikować z roszczeniem co do przedmiotów podlegających przepadkowi, można uznać, że warunki do wystąpienia z interwencją oznaczają źródło tego roszczenia, tytuł prawny, z którego ono wypływa, w postaci prawa własności lub innego prawa do rzeczy⁷, którego przynależność zgłaszającemu interwencję wymaga poparcia dowodami.

W przypadku zgłoszenia interwencji na piśmie, czy to w postaci papierowej czy elektronicznej, brak dowodów wskazujących na spełnienie warunków do takiego zgłoszenia należy uznać za brak w zakresie wymagań dotyczących pisma procesowego wynikających z przepisu szczególnego, art. 127 § 1 zd. trzecie k.k.s., podlegający usunięciu w trybie art. 120 § 1 k.p.k. w zw. z art. 113 § 1 k.k.s. Oznacza to, że w przypadku takiego braku składający pismo zawierające interwencję powinien zostać wezwany do jego usunięcia w terminie 7 dni pod rygorem bezskuteczności zgłoszonej interwencji. Uzupełnienie braku we wskazanym terminie powoduje, że interwencja wywołuje skutki od chwili pierwotnego wniesienia pisma procesowego, w którym została zawarta (art. 120 § 1 zd. 1 k.p.k. w zw. z art. 113 § 1 k.k.s.). Konsekwencją nieusunięcia wymienionych braków w terminie 7-dniowym musi być uznanie interwencji przez organ procesowy za bezskuteczną (art. 120 § 1 zd. 2 k.p.k. w zw. z art. 113 § 1 k.k.s.). W postępowaniu jurysdykcyjnym sąd powinien w tym przedmiocie wydać postanowienie oznaczające odmówienie określonemu podmiotowi udziału w procesie karnym skarbowym w roli interwenienta. Postanowienie takie nie podlega zaskarżeniu zażaleniem (*arg. a contrario* ex art. 459 § 1 i § 2 k.p.k. w zw. z art. 113 § 1 k.k.s.). W postępowaniu przygotowawczym uznanie interwencji z podanych względów za bezskuteczną może nastąpić w drodze zarządzenia, które podlega zaskarżeniu na podstawie art. 302 § 1 k.p.k. w zw. z art. 113 § 1 k.k.s.⁸

Na zakończenie tej krótkiej analizy zmian normatywnych wprowadzonych w obszarze regulacji interwencji w procesie karnym skarbowym w drodze

⁷ Zob. T. Grzegorzczak, Kodeks karny skarbowy. Komentarz, Warszawa 2003, s. 409; J. Zagrodnik, (w:) L. Wilk, J. Zagrodnik, Kodeks karny skarbowy. Komentarz, Warszawa 2021, s.

⁸ J. Zagrodnik, (w:) L. Wilk, J. Zagrodnik, Kodeks karny skarbowy. Komentarz, Warszawa 2021, s. 854.

ustawy „tarcza 2.0”, wypada pokusić się o refleksję ogólniejszej natury. Wyjątkowe okoliczności, związane z warunkami stanu epidemicznego, uzasadniają z całą pewnością podejmowanie szybkich i sprawnych działań na płaszczyźnie legislacyjnej, stanowiących *sui generis* odpowiedź na wyzwania związane ze wskazanymi warunkami i zmierzających do złagodzenia ich negatywnych skutków. W takim nurcie zmian niewątpliwie pozostaje zobrazowane uzupełnienie zawartości normatywnej art. 127 § 1 k.k.s., dotyczące zgłoszenia interwencji na piśmie w postaci elektronicznej. Wymaga przy tym jednak podkreślenia, że w ramach funkcjonowania demokratycznego państwa prawa, w którym wzgląd na rzetelność procedury legislacyjnej nakazuje stworzenie warunków do gruntownego namysłu nad stanowionym prawem, a lojalność władzy publicznej wobec obywateli wymaga zapewnienia transparentności tej procedury, w tym jasności co do przyświecających ustawodawcy intencji legislacyjnych, konieczne i ze swej natury szybkie zmiany normatywne, podyktowane wyjątkowymi realiami stanu epidemicznego lub innymi szczególnymi okolicznościami (np. potrzebą uwzględnienia na gruncie ustawowym wyroku Trybunału Konstytucyjnego), nie mogą być wykorzystywane jako parawan lub okazja dla forsowania innych zmian w obowiązującym prawie. Nie tylko dlatego, że nie sposób tego pogodzić z wyróżnionymi przykładowo standardami, które powinny znamionować proces legislacyjny, ale także z tego względu, że potęguje to niebezpieczeństwo wystąpienia niedociągnięć legislacyjnych i przyjęcia nie do końca przemyślanych rozwiązań prawnych, budzących wątpliwości choćby takie, jak te, które zostały w niniejszym opracowaniu zarysowane w odniesieniu do regulacji odmowy przyjęcia interwencji w art. 127 § 2a k.k.s.

Analysis of regulatory amendments introduced during the epidemic to affect interventions in criminal tax proceedings

Abstract

This paper is the first separate study that addresses amendments made to regulations governing interventions in criminal tax proceedings under the Act of 16 April 2020 on Special Support Instruments in Connection with the Spread of SARS-CoV-2 Virus (Journal of Laws, item 695 as amended). While the new provision, which enables applications to intervene to be electronically filed, deserves appreciation (Article 127, section 1 of the Penal Fiscal Code), the amended provision for refusal of applications to intervene

in preparatory proceedings (Article 127, section 2a of the Penal Fiscal Code) has obvious weaknesses. Conclusions of the analysis constitute the basis for formulating proposals with a view to the future law, including specially the proposal to regulate refusal of applications to intervene in the course of main proceedings.

Janusz Kanarek¹

Wymiar kary oraz kwestia wykonania orzeczonych kar i pozostałych środków prawnokarnych w razie idealnego zbiegu czynów zabronionych w prawie karnym skarbowym

Streszczenie

Przedmiotem rozważań niniejszego artykułu są konsekwencje idealnego zbiegu czynów zabronionych (przestępstw i wykroczeń) w prawie karnym skarbowym w aspekcie wymiaru kary za takie czyny oraz problemów wykonania kar i środków karnych wymierzonych za takie czyny. Zaprezentowano reprezentatywne wypowiedzi przedstawicieli nauki prawa oraz orzecznictwo Trybunału Konstytucyjnego i Sądu Najwyższego obejmujące powyższą problematykę zarówno w sytuacji, gdy do oceny zachowania na styku prawa karnego skarbowego i prawa karnego powszechnego dochodzi w jednym postępowaniu, jak również w postępowaniach prowadzonych sekwencyjnie oraz równolegle. Autor przedstawia również własne propozycje rozwiązania pojawiających się wówczas problemów wykładniczych.

Za P. Kardasem zauważyć wypada, że we współczesnych systemach prawnych w zasadzie nie występuje klasyczny model idealnego zbiegu czynów zabronionych, polegający na przypisaniu popełnienia tylu przestępstw lub wykroczeń, ile znamion typów czynów zabronionych swoim zachowaniem zrealizował sprawca. Konsekwencją przypisania wielu przestępstw lub wykroczeń popełnionych tym samym czynem, w klasycznym modelu tej konstrukcji prawnej, jest wymierzenie odrębnej kary za każde z nich, ostatecznie zaś wykonanie wszystkich wymierzonych kar. Współczesne systemy prawne inkorporując model nazywany powszechnie w nauce prawa karnego konstrukcją idealnego zbiegu przestępstw (czynów karalnych) modyfikują go na jednej z trzech płaszczyzn, tj. w odniesieniu do przypisania, podstawy wymiaru lub zasad wykonania kary². W systemie polskiego prawa karnego

¹ Janusz Kanarek, doktor nauk prawnych, adwokat, ORA w Bydgoszczy, ORCID 0000-0003-1229-6753.

² P. Kardas, Zbieg przepisów ustawy w prawie karnym. Analiza teoretycznoprawna, Warszawa 2011, s. 182–184.

skarbowego, jak również prawa wykroczeń, ustawodawca przyjął modyfikację klasycznej konstrukcji idealnego zbiegu czynów na płaszczyźnie zasad wykonania kary (art. 8 § 2 i 3 k.k.s. oraz art. 10 § 1 k.w.).

Jak zauważa V. Konarska-Wrzosek wynikający z przepisu art. 8 § 1 k.k.s. obowiązek stosowania każdego ze zbiegających się przepisów oznacza postawienie sprawcy tylu zarzutów, pod ile przepisów różnych ustaw jego czyn podpada, i w razie uznania go winnym każdego z nich wymierzenie sprawcy osobno – kary i środków karnych za każdy z tych multiplikowanych czynów powstałych na skutek koncepcji idealnego zbiegu³.

Tożsamy z powyższym stanowiskiem pogląd wyrażony został przez Sąd Najwyższy w postanowieniu z dnia 8 października 2015 r., sygn. V KK 193/15, zgodnie z którym „ani z literalnego brzmienia art. 8 § 1 k.k.s., ani z zasad wykładni systemowej i celowościowej nie sposób wyprowadzić wniosku, że gdy ten sam czyn będący przestępstwem skarbowym wyczerpuje znamiona przestępstwa określonego w innej ustawie karnej i gdy tym samym należy zastosować każdy z tych przepisów, niezbędne jest sięganie po identyczne czy choćby zbliżone konsekwencje prawnokarne. Innymi słowy, brak jest jakichkolwiek barier, zarówno ściśle prawnych, jak i wynikających z założeń aksjologicznych przyświecających polskiemu ustawodawcy, wykluczających w wypadku idealnego zbiegu czynów zabronionych, o którym mowa w art. 8 § 1 k.k.s., możliwość odmiennych reakcji karnych za przestępstwo skarbowe i za przestępstwo powszechne”⁴.

Reasumując uznać należy, że w razie konieczności aplikacji konstrukcji idealnego zbiegu każdy z wartościowanych normatywnie czynów oceniać należy oddzielnie. Oddzielnie wymierzać należy tym samym również karę i inne środki reakcji karnej za przypisany sprawcy czyn zabroniony opisany w ustawie karnej skarbowej, jak i innych ustawach karnych. Przesłanki, które decydowały zarówno o przypisaniu odpowiedzialności represyjnej, jak i ewentualnie o uwolnieniu od niej, za jeden z czynów opisanych w kodeksie karnym skarbowym, pozostający w idealnym zbiegu z przepisami innej ustawy karnej, jak i wymierzeniu konkretnej kary kryminalnej i innych środków reakcji karnej za przypisany sprawcy czyn, powinny więc pozostawać bez jakiegokolwiek wpływu na proces wartościowania, tj. przypisywania odpowiedzialności i wymierzania kary kryminalnej i innych środków reakcji karnej za drugi z czynów zabronionych pozostający w idealnym zbiegu, o którym mowa w art. 8 § 1 k.k.s.

Oczywiście pojawia się tutaj problem konieczności niejako sztucznego rozdzielania pewnej integralnej całości, jaką stanowi kwantum społecznej szkodliwości ocenianego czynu, na kilka części w celu przypisania określo-

³ V. Konarska-Wrzosek, (w:) I. Zgoliński (red.), Kodeks karny. Komentarz, Warszawa 2018, s. 59–60.

⁴ LEX nr 1813486.

nych ładunków społecznej szkodliwości poszczególnym „idealnie” zbiegającym się przestępstwom, a następnie oznaczenia stopnia winy w odniesieniu do każdego z tych przestępstw, co jest nieodzowne dla prawidłowego wymiaru kary za te przestępstwa (funkcja limitująca winy)⁵. Zabieg taki jest zaś zadaniem niezwykle trudnym z dwóch powodów. Jak zwraca bowiem uwagę J. Majewski najpierw każe sądowi jeden fragment aktywności człowieka rozciąć myślowo („idealnie”) wedle poszczególnych przepisów na kilka części, co jest już *per se* zadaniem niezwykle trudnym, po czym z osobna ocenić stopień społecznej szkodliwości każdego z nich. Niewątpliwie uzyskane tak części będą się bardzo często, jeśli nawet nie zawsze, zalegać i na siebie zachodzić, to istnieje niewątpliwe ryzyko, iż ten sam czynnik współwyznaczający społeczną szkodliwość wartościowanego zachowania się sprawcy zostanie uwzględniony więcej niż jeden raz. W konsekwencji zaś – jak słusznie zauważa J. Majewski – może dojść do zafałszowania obrazu substratu oceny przez zwielokrotnienie stopnia społecznej szkodliwości czynu. Następnie przez to, że zamiast jednej kompleksowej oceny stopnia szkodliwości społecznej czynu podlegającego prawnokarnemu wartościowaniu każe sądowi dokonać kilku częściowych ocen poszczególnych jego aspektów. Z istoty społecznej szkodliwości czynu, jako kategorii niedającej się ująć matematycznie, gdyż brak jest m.in. ustawowych kryteriów kwantyfikowania stopnia karygodności, wynika, że każda próba oceny jego stopnia musi być obciążona pewnym ryzykiem błędu. Prawdopodobieństwo błędu i ewentualnie jego wielkość – przy kilku ocenach musi zaś ulec – jak trafnie zauważa dalej J. Majewski – zwielokrotnieniu⁶.

Poczynione powyżej uwagi, odwołujące się do zastrzeżeń pojawiających się w piśmiennictwie, a odnoszące się do konstrukcji idealnego zbiegu czynów karalnych, wskazujących na bardzo duże ryzyko przekroczenia w procesie wymierzania reakcji karnej za przypisane sprawcy przestępstwo (wykroczenie) skarbowe i przestępstwo (wykroczenie) powszechne stopnia winy nie są pozbawione racji. Nałożenie bowiem na sąd obowiązku wyidealizowanej oceny zachowania się sprawcy, tj. z pominięciem założenia, że wartościowany czyn jest również przedmiotem wartościowania przez pryzmat znamion innego typu czynu zabronionego, jest zadaniem niezwykle trudnym do wykonania. Możliwość zaś dwukrotnego uwzględnienia faktora wyzna-

⁵ J. Majewski, Niepomijalny zbieg przepisów ustawy oraz modele określania jego konsekwencji w ustawie karnej, (w:) R. Dębski (red.), *Nauka o przestępstwie. Zasady odpowiedzialności. System prawa karnego*, tom 3, Warszawa 2013, s. 1066; zob. również P. Kardas, J. Majewski, Kilka uwag o kwestii tzw. rzeczywistego zbiegu przepisów ustawy w prawie karnym i sposobach jej rozstrzygania, (w:) Z. Cwiakalski, M. Szewczyk, S. Waltoś, A. Zoll (red.), *Problemy odpowiedzialności karnej. Księga ku czci Profesora Kazimierza Buchały*, Kraków 1994, s. 182–183.

⁶ J. Majewski, *ibidem*, s. 1066–1067.

czającego karygodność mieć będzie również niewątpliwy wpływ na stopień winy sprawcy czynu, będącego przedmiotem wartościowania. Za P. Kardasem i J. Majewskim zauważyć bowiem należy, że społeczna szkodliwość czynu współwyznacza (wraz ze stopniem zawinienia) winę. Każda więc z okoliczności konstytuujących społeczną szkodliwość czynu konstytuuje również winę⁷.

Oczywiście w praktyce wymiaru sprawiedliwości niezwykle trudnym zadaniem byłoby wykazanie, że *in casu* któryś z faktorów społecznej szkodliwości czynu uwzględniony został podczas aplikacji konstrukcji idealnego zbiegu czynów zabronionych dwukrotnie, co doprowadziło do przełamania limitującej funkcji winy. Za niezwykle trafną, choć przyznać szczerze należy, że również niepokojącą ze względu na gwarancyjną funkcję prawa karnego, należy uznać diagnozę postawioną przez T. Kaczmarka, który konstatuje, że nie należy przeceniać praktycznego znaczenia przepisów formułujących ogólne dyrektywy sądowego wymiaru kary. Przepisy te, obojętnie w jaki sposób ujmowałyby ich treść, stanowią najczęściej jedynie mistyfikację służącą podtrzymywaniu złudzeń, że racjonalizowanie kary następować może ściśle wedle przyjętych przez ustawę paradygmatów, w sposób całkowicie niezależny od autonomicznych dyspozycji sędziego do uwzględnienia innych jeszcze zespołów wartości i ich preferencji, wynikających z jego własnych postaw oceniających⁸.

Powyższe spostrzeżenie w sposób nieuchronny prowadzić musi jednak do podważenia jednej z fundamentalnych zasad współczesnego prawa karnego, tj. jego funkcji gwarancyjnej. Jeśli bowiem za trafną uznać – choć przyznać szczerze muszę, że osobiście nie znajduję uzasadnionych argumentów, żeby ją podważać – diagnozę T. Kaczmarka, wpisującą się również – jak się wydaje – m.in. w założenia amerykańskiego realizmu prawnego, to zasadne jest wyrażenie poglądu, że podczas aplikowania reakcji karnej na czyn relewantny prawnokarnie następuje także odwoływanie się do czynników, które nie są *expressis verbis* w ustawie wysłowione. Z pewnością kon-

⁷ P. Kardas, J. Majewski, O dwóch znaczeniach winy w prawie karnym, PiP 1993, nr 10, s. 79.

⁸ T. Kaczmarek, Problemy indywidualizacji wymiaru kary sprawiedliwej i celowej, (w:) J. Majewski (red.), Dyrektywy sądowego wymiaru kary. Pokłosie X Bielańskiego Kolokwium Karnistycznego, Warszawa 2014, s. 21. Autor ten opisuje m.in. treść rozmowy z prof. Leszkiem Kubickim, którą ze względu na niezwykłą jej obrazowość warto przytoczyć *in extenso*, „w której nie bez ironii m.in. zauważył on, że wymaganie ustawodawcy od sądu, aby ten, wymierzając konkretną co do rodzaju i wysokości karę, uwzględniał także jej cele prewencyjne tudzież jej współmierność do społecznej szkodliwości czynu i zawinienia sprawcy, przypomina konesera dobrej kuchni, który objaśniał kelnerowi, jakich to przypraw i składników powinien użyć kucharz, przygotowujący dlań – zamówione *à la carte* – danie obiadowe. Kelner wysłuchał nie bez zaciekawienia i zapisał, że do potrawy ma być dodana i bazylia, i oregano, nie zapomniał także o szafranie, ale następnie na zapleczu rzucił tylko w stronę kucharza krótko a zwięźle: Raz schabowy proszę!”, zob. T. Kaczmarek, tamże, s. 9.

statacja T. Kaczmarka osłabiać może chociaż w jakimś stopniu siłę rażenia zarzutu J. Majewskiego i P. Kardasa, o którym mowa powyżej. Skoro bowiem w procesie indywidualizacji kary wymierzanej za przełamanie zakazu lub niedochowanie nakazu prawnokarnego następuje odwołanie się również do czynników pozostających poza ustawą karną, a związanych m.in. z reprezentowanymi przez podmiot oceniający postawami i wartościami, to możliwość co najmniej dwukrotnego uwzględnienia jakiegoś faktora społecznej szkodliwości czynu nie musi wcale stanowić istotnego zagrożenia dla wymierzenia kary sprawiedliwej. Uważam jednak, że nawet najmniejsze zagrożenie dla wymierzenia kary, która nie stanowiłaby sprawiedliwej reakcji na popełniony czyn zabroniony, należy eliminować, a co tym idzie teza ta prowadzić musi nieuchronnie do wyrażenia krytycznego stanowiska wobec instytucji idealnego zbiegu, tj. instytucji, która z założenia zagrożenie takie kreuje. W sytuacji bowiem, gdy uznać za trafną diagnozę T. Kaczmarka, to utrzymywanie w systemie prawa instytucji, która stwarza dodatkowe ryzyko kilkukrotnego uwzględniania przy ocenie społecznej szkodliwości czynu jednego z jej czynników, mającej istotny wpływ na wymiar kary kryminalnej i orzeczenie innych środków reakcji karnej na przypisany sprawcy czyn zabroniony, powodującej *volens nolens* dodatkowy jeszcze wzrost zagrożenia dla wymierzenia kary sprawiedliwej, tj. współmiernej do wagi popełnionego czynu (stopnia społecznej szkodliwości) oraz do stopnia winy, nie jest zasadne.

Instytucja idealnego zbiegu, zobowiązująca wprawdzie do co najmniej dwukrotnego pociągnięcia do odpowiedzialności karnej (skarbowej i innej) i do co najmniej podwójnego wymierzenia kary kryminalnej i innych środków reakcji prawnokarnych za przypisany sprawcy czyn zabroniony, nie dopuszcza jednak do multiplikowania wykonywania kar za ten sam czyn. Zasada jest bowiem wykonanie tylko surowszej kary, na poczet której zalicza się karę łagodniejszą, tzw. zasada pełnej absorpcji kar łagodniejszych, przy czym nie ma znaczenia czy chodzi o kary jednorodnjajowe, czy też różnorodnjajowe. Ta absorpcja, jak słusznie zauważa się w literaturze, nie jest jednak formą wymierzenia kary łącznej⁹.

Surowość kary mierzona jest z jednej strony przez ustalenie jej rodzaju, z drugiej zaś – jej rozmiaru. W odniesieniu do pierwszej kwestii należy przyjąć, że chodzi o abstrakcyjnie ujętą dolegliwość kary wynikającą z umiejscowienia danego rodzaju kary w katalogu kar zawartym w art. 22 § 1 k.k.s. Przy takim ujęciu pozbawienie wolności jest zawsze karą najsurowszą, choćby „konkurowało” z wielomilionową grzywną¹⁰. Ustawodawca, wymie-

⁹ Zob. m.in. Z. Siwik, Systematyczny komentarz do ustawy karnej skarbowej, Wrocław 1993, s. 119 oraz P. Kardas, (w:) P. Kardas, G. Łabuda, T. Razowski (red.), Kodeks karny skarbowy. Komentarz, Warszawa 2017, s. 181.

¹⁰ J. Raglowski, Kilka uwag o specyficznych mechanizmach redukcyjnych kar w prawie karnym skarbowym i prawie wykroczeń, (w:) W. Górski, P. Kardas, T. Sroka,

niając w art. 22 § 1 k.k.s. w określonej kolejności poszczególne rodzaje kar, przyjął identyczny model legislacyjny, jaki zastosował w obowiązującym kodeksie karnym z 1997 r. (art. 32 k.k.). Zestawił je mianowicie według abstrakcyjnie ujmowanego stopnia dolegliwości, poczynawszy od kary najłagodniejszej (kara grzywny), aż do najsurowszej (kara pozbawienia wolności)¹¹. Tym samym przy dekodowaniu normy prawnej zawartej w art. 8 § 2 k.k.s. należy odwoływać się do treści przepisu art. 22 k.k.s., w którym ustawodawca wymienił kary według stopnia ich surowości, poczynając od najłagodniejszej, tj. kary grzywny, poprzez karę ograniczenia wolności, na karze pozbawienia wolności, jako najsurowszej kończąc.

Zgodzić się jednak również należy z wyrażonym w piśmiennictwie stanowiskiem, że kwestia ustalenia kary *in concreto* najsurowszej może być czasami wątpliwa¹². W odniesieniu do środków reakcji karnej tego samego rodzaju należy mieć na względzie kryterium liczbowe, a przy środkach różnorodzajowych porównanie ich obiektywnego stosunku do interesów skazanego¹³, co implikować może, że w ostateczności nie jest wykluczone wzięcie pod uwagę stanowiska samego skazanego¹⁴. Zgodzić się należy ze stanowiskiem M. J. Szewczyka, który trafnie zauważa, że ocena surowości powinna mieć charakter przede wszystkim obiektywny. Odstępstwa od tej zasady na rzecz kryterium subiektywnego mogą mieć miejsce tylko w sytuacjach, gdy nie da się ustalić przelicznika mającego podstawy w przepisach prawa karnego materialnego. Uznać należy – zdaniem przywoływanego autora – że uwzględnienie woli oskarżonego powinno nastąpić w wypadkach, gdy nie sposób na podstawie obiektywnych kryteriów ocenić, która z orzeczonych kar jest surowsza. Niemniej sytuacje, kiedy sąd powinien wziąć pod uwagę subiektywne odczucie oskarżonego, powinny stanowić wyjątek, a nie regułę postępowania¹⁵.

Mechanizm redukcyjny, eliminujący konsekwencje podwójnego ukarania, posiadający swoje normatywne umocowanie w treści przepisu art. 8 § 2 i § 3 k.k.s., zakłada, że: a) wykonaniu podlega tylko najsurowsza z kar (art. 8 § 2

W. Wróbel (red.), Zagadnienia teorii i nauczania prawa karnego. Kara łączna. Księga Jubileuszowa Profesor Marii Szewczyk, Warszawa 2013, s. 665.

¹¹ J. Raglewski, (w:) G. Bogdan, A. Nita, J. Raglewski, A. R. Świątkowski (red.), Kodeks karny skarbowy. Komentarz, Gdańsk 2007, s. 110.

¹² T. Razowski, (w:) P. Kardas, G. Łabuda, T. Razowski (red.), Kodeks karny skarbowy. Komentarz, Warszawa 2017, s. 1423.

¹³ M. Cieślak, Z. Doda, Przegląd orzecznictwa SN w zakresie postępowania karnego za I półrocze 1977, Palestra 1978, nr 1, s. 54–55.

¹⁴ W. Kociubiński, Ponowne rozpoznanie sprawy przez sąd pierwszej instancji, Prok. i Pr. 2009, nr 2, s. 29. Zob. również R. A. Stefański, Glosa do wyroku SN z dnia 22 grudnia 1994 r., sygn. III KRN 203/92, OSP 1994, nr 4.

¹⁵ M. J. Szewczyk, Zakaz *reformationis in peius* w polskim procesie karnym, Warszawa 2015, s. 148–149.

zd. pierwsze *in principio* k.k.s.), przy czym dotyczy to nie tylko kar tego samego rodzaju, ale i kar różnych, jeżeli więc np. orzeczono na podstawie jednego przepisu karę pozbawienia wolności, a na podstawie innego karę ograniczenia wolności, wykonaniu podlega kara pozbawienia wolności, jako kara surowsza; b) w razie orzeczenia obok kary najsurowszej, innej niż grzywna, także grzywny, wykonaniu podlega również i ta grzywna, jednakże gdyby obok wykonywanej kary najsurowszej orzeczono kilka kar grzywnien, wykonaniu podlega tylko jedna z tych grzywnien – najsurowsza (art. 8 § 3 k.k.s.); c) w razie orzeczenia za zbiegające się czyny środków karnych w postaci zakazów tego samego rodzaju albo pozbawienia praw publicznych, powinno orzec się łącznie jeden rozmiar tego środka, stosując odpowiednio przepisy o karze łącznej (art. 8 § 2 zd. drugie *in fine* k.k.s.); wymóg ten dotyczy co do zasady wyłącznie tzw. terminowych środków karnych, wspólnych zarówno dla kodeksu karnego skarbowego, jak i innych ustaw, przewidujących odpowiedzialność karną; d) jeżeli obok kary orzeczono różne środki karne, podlegają one wykonaniu w odniesieniu do każdego z nich (art. 8 § 2 zd. drugie *in principio* k.k.s.); e) wykonaniu podlegają także środki zabezpieczające i dozór, choćby orzeczono je tylko na podstawie jednego ze zbiegających się przepisów (art. 8 § 2 zd. drugie k.k.s.), np. gdy z racji znikomej szkodliwości czynu skarbowego ograniczono się do przepadku jako środka zabezpieczającego lub nastąpiło to w związku z warunkowym umorzeniem postępowania o ten czyn, na podstawie zaś norm powszechnego prawa karnego czy powszechnego prawa wykroczeń orzeczono bezwzględnie wykonywaną karę, np. grzywny¹⁶.

J. Raglewski zauważa, że na gruncie regulacji zawartej w art. 8 § 2 *in principio* k.k.s. pojawia się interesujący problem wykładniczy, który oczywiście może mieć również swoje reperkusje w praktyce stosowania prawa. Chodzi mianowicie o ustalenie, według jakich kryteriów przy orzeczeniu kilku grzywnien za pozostające w tzw. idealnym zbiegu czyny karalne ocenić, która z nich jest najsurowsza? Czy przy istniejącym tzw. systemie stawek dziennych ma o tym decydować wyłącznie liczba orzeczonych stawek, czy też poziom surowości kary możliwy jest do ustalenia dopiero po uwzględnieniu wysokości pojedynczej stawki dziennej? Z łatwością, jak podaje dalej J. Raglewski, można bowiem sobie wyobrazić, że grzywna, choć orzeczona w niższej liczbie stawek dziennych, okaże się w ujęciu kwotowym surowsza od grzywny orzeczonej wprawdzie w wyższej liczbie stawek dziennych, lecz przy niższej wysokości stawki dziennej¹⁷. Za poglądem, zgodnie z którym

¹⁶ Tak T. Grzegorzczak, Kodeks karny skarbowy. Komentarz, Warszawa 2009, s. 62–63.

¹⁷ J. Raglewski, Kilka uwag o specyficznych mechanizmach redukcyjnych kar w prawie karnym skarbowym i prawie wykroczeń, (w:) W. Górowski, P. Kardas, T. Sroka, W. Wróbel (red.), Zagadnienia teorii i nauczania prawa karnego. Kara łączna. Księga Jubileuszowa Profesor Marii Szewczyk, Warszawa 2013, s. 665.

przy ustalaniu surowości grzywny znaczenie ma globalna kwota pieniężna wynikająca z przemnożenia liczby stawek dziennych przez ich liczbę opowiedział się P. Kardas, według którego sama liczba orzeczonych stawek dziennych samoistnie nie określa poziomu dolegliwości, który jest uzależniony od wysokości stawki dziennej¹⁸. Nadto przepis art. 8 § 2 k.k.s. określa zasady postępowania na etapie wykonania kary. Rozumiejąc racje przemawiające za takim ujęciem interpretacyjnym, warto odnotować, jak zauważa J. Raglewski, że analogiczny problem był rozważany na gruncie konstrukcji kary łącznej. Chodziło o udzielenie odpowiedzi na pytanie, czy ustalenie granic kary łącznej grzywny powinno odbywać się tylko przez pryzmat liczby orzeczonych stawek dziennych, czy powinno to być iloczynem liczby stawek dziennych i wartości jednej stawki. W tym wypadku w judykaturze uznaje się, że relewantne znaczenie ma jedynie liczba stawek dziennych. Sąd Najwyższy podnosi bowiem, że zarówno art. 39 § 1 k.k.s., jak i art. 86 § 1 k.k., określając granice kary łącznej grzywny posługuje się kryterium liczby stawek dziennych. W konsekwencji – zdaniem najwyższej instancji sądowej – ustalenie najsurowszej kary jednostkowej, stanowiącej dolną granicę kary łącznej, musi uwzględniać liczbę orzeczonych stawek dziennych. Natomiast górną granicę tej kary będzie wyznaczała suma stawek dziennych, ustalonych odnośnie do każdej z jednostkowych grzywien. Ustalenie granic kary łącznej grzywny odbywa się więc niezależnie od wysokości stawek przyjętych w poszczególnych wyrokach¹⁹. Jak zauważa J. Raglewski przyjęcie odmiennego stanowiska, tj. tożsamego z tym, które w piśmiennictwie reprezentuje P. Kardas, prowadzi w istocie do zignorowania różnic dwóch systemów wymiaru grzywny, tj. kwotowego oraz stawek dziennych²⁰.

Wydaje się, że należy przychylić się do poglądu wyrażonego przez J. Raglewskiego, a znajdującego *mutatis mutandis* potwierdzenie w judykaturze. Stopień winy oraz karygodności czynu przypisanego sprawcy zachowania prawnokarnie relewanego, jak również potrzeba kształtowania świadomości prawnej społeczeństwa oraz wymogi indywidualnoprewencyjne, znajdują swoje odbicie właśnie w liczbie wymierzonych stawek dziennych grzywny. Wymierzając liczbę stawek dziennych sąd kieruje się bowiem ogólnymi dyrektywami wymiaru kary, wskazanymi przez ustawodawcę w treści przepisu art. 12 § 2 k.k.s., mającymi przecieżyć zastosowanie do wszystkich rodzajów kar, a więc również do grzywny. Określając wysokość kwotową jednej stawki sąd kieruje się zaś wyłącznie dyrektywą szczególną,

¹⁸ P. Kardas, (w:) P. Kardas, G. Łabuda, T. Razowski (red.), Kodeks karny skarbowy. Komentarz, Warszawa 2010, s. 153.

¹⁹ Zob. m.in. postanowienie SN z dnia 5 maja 2011 r., sygn. III KK 42/11, OSNKW 2011, nr 9, poz. 79 oraz uchwała SN z dnia 29 października 2012 r., sygn. I KZP 17/12, OSNKW 2012, nr 12, poz. 123.

²⁰ J. Raglewski, *op. cit.*, s. 666.

o której mowa w art. 23 § 3 k.k.s., nakazującą uwzględnić dochody sprawcy, jego warunki osobiste, rodzinne, stosunki majątkowe i możliwości zarobkowe, a co za tym idzie okoliczności pozostające poza wartościowanym zachowaniem sprawcy. Uznając, że surowość kar, o której mowa w art. 8 § 2 k.k.s. ma charakter zobiektywizowany, przychylić się należy do stanowiska, że o surowości grzywny decyduje wyłącznie liczba stawek dziennych, a nie jej wymiar kwotowy. Gdyby bowiem za trafny uznać pogląd P. Kardasa to niewątpliwie dojść należałoby również do wniosku, że surowość kar, o których mowa w art. 8 § 2 k.k.s. ma charakter nie tylko zobiektywizowany, ale zawiera w sobie także element subiektywny. Tym samym w razie aplikowania mechanizmu redukcyjnego, o którym mowa w art. 8 § 2 k.k.s., uwzględniać należałoby również stanowisko samego skazanego, który w swojej subiektywnej ocenie mógłby wskazywać, która z kar jest dla niego surowsza. Pogląd taki, jako nieznajdujący oparcia normatywnego, należy jednak *a limine* odrzucić. Za trafnością przyjętego w niniejszej pracy stanowiska przemawia również fakt, że w razie nieuiszczenia przez skazanego za przestępstwo skarbowe kary grzywny zastosowanie znajdzie norma prawa zawarta w przepisie art. 46 k.k.w. w zw. z art. 178 § 1 k.k.s. Zarządzając zastępczą karę pozbawienia wolności przyjmuje się, że jeden dzień pozbawienia wolności jest równoważny dwóm stawkom dziennym grzywny. W razie nieuiszczenia grzywny w terminie oraz bezskuteczności jej przymusowego wyegzekwowania w procesie jej zamiany na karę pozbawienia wolności relevantna jest więc wyłącznie liczba stawek dziennych. W tym przypadku właśnie liczba stawek dziennych decydować będzie o surowości kary zastępczej. Tym samym również powyższa okoliczność przemawiać winna za słusnością wyrażonego poglądu, według którego o surowości kary grzywny decyduje liczba stawek dziennych, a nie jej wymiar kwotowy, stanowiący iloczyn stawek dziennych i jej wysokości.

W piśmiennictwie ze szczególnym zainteresowaniem spotkał się przepis art. 8 § 3 k.k.s. Zgodnie z jego brzmieniem, jeżeli obok kary najsurowszej, która podlega wykonaniu, orzeczono także karę grzywny, również ta kara podlega łącznemu wykonaniu; w razie orzeczenia obok kary najsurowszej kilku kar grzywny, łącznemu wykonaniu podlega tylko najsurowsza kara grzywny.

V. Konarska-Wrzošek trafnie zauważa, że zasady dotyczące wykonania orzeczonych kar grzywny zawarte w art. 8 § 3 k.k.s. tylko z pozoru są jasne. Wymagają one wykładni, co zwłaszcza przy redakcji drugiej części postanowień art. 8 § 3 k.k.s. nie jest rzeczą łatwą. Mając bowiem na uwadze treść normy prawnej zawartej w treści przepisu art. 8 § 2 k.k.s. i wyrażoną w niej ogólną regułę dotyczącą wykonania orzeczonych kar, która dotyczy przecież wszystkich ich rodzajów bez jakichkolwiek wyjątków, gdyż przepis ten żadnych ograniczeń co do rodzajów kar nie wprowadza, co implikuje tym sa-

mym konieczność zastosowania reguły interpretacyjnej zakazującej wykładni *lege non distinguente*, należy – zdaniem V. Konarskiej-Wrzosek – przyjąć, że gdy mowa w art. 8 § 3 zd. pierwsze k.k.s. o karze grzywny orzeczonej obok kary najsurowszej, która podlega wykonaniu, chodzi o grzywnę kumulatywną, która na podstawie art. 110 k.k.s. i art. 26 § 1 k.k.s. może być orzeczona zarówno obok kary pozbawienia wolności, jak i obok kary ograniczenia wolności, z kolei na podstawie art. 33 § 2 k.k. tylko obok kary pozbawienia wolności, a na podstawie art. 24 § 2 k.w. tylko obok kary aresztu. W ślad za przywoływaną autorką uznać należy konsekwentnie, że w tożsamy sposób winno się interpretować regulację wysłowioną w art. 8 § 3 zd. drugie k.k.s. Problem jednak w tym, że – jak ze wszech miar słusznie zauważa V. Konarska-Wrzosek – w systemie polskiego prawa karnego nie można orzec obok kary najsurowszej (w sensie kumulatywnego orzekania) kilku kar grzywny. Próbując dokonać racjonalnej wykładni normy prawnej zakodowanej w treści przepisu art. 8 § 3 *in fine* k.k.s. autorka przyjmuje więc, że dotyczy ona mogących się zdarzyć w praktyce sytuacji, gdy za idealnie zbiegające się czyny orzeczono kary pozbawienia wolności w takich samych wymiarach i kumulatywnie z nimi grzywny o różnych wymiarach. Wówczas karą mającą podlegać wykonaniu będzie jedna z tych orzeczonych kar pozbawienia wolności i najsurowsza spośród grzywien orzeczonych kumulatywnie. Jak konstatuje w końcu V. Konarska-Wrzosek inna wykładnia uregulowań zawartych w art. 8 § 3 k.k.s. w kontekście postanowień zawartych w art. 8 § 2 k.k.s. nie wydaje się zasadna²¹.

Na wątpliwości interpretacyjne zwrotu „obok kary najsurowszej”, zawartego w treści przepisu art. 8 § 3 k.k.s., zwraca także uwagę G. Bogdan. Również zdaniem tegoż autora wątpliwości dotyczą zwłaszcza tego, czy chodzi jedynie o grzywnę wymierzoną kumulatywnie z najsurowszą karą, która podlega wykonaniu. Gramatyczna interpretacja brzmienia omawianego przepisu prowadzi bowiem – zdaniem G. Bogdana – do przekonania, że możliwe jest wykonanie grzywny orzeczonej na podstawie przepisu k.k.s. również w sytuacji, gdy najsurowsza kara podlegająca wykonaniu została orzeczona na podstawie innej ustawy. Wniosek taki jest jednak – jak zauważa dalej autor – sprzeczny z treścią rządowego uzasadnienia projektu kodeksu karnego skarbowego, który utożsamia zwrot „obok” z wymogiem kumulatywnego charakteru kwalifikacji. Mimo istniejących wątpliwości interpretacyjnych, które nie zostały dotąd rozwiane przez judykaturę najwyższej instancji sądowej, G. Bogdan przyjmuje ostatnią z zaprezentowanych interpretacji, która wyjaśnia wątpliwości w sposób korzystniejszy dla sprawy²².

²¹ V. Konarska-Wrzosek, (w:) I. Zgoliński (red.), Kodeks karny skarbowy. Komentarz, Warszawa 2018, s. 60–61.

²² G. Bogdan, (w:) G. Bogdan, A. Nita, J. Raglewski, A. R. Światłowski (red.), Kodeks karny skarbowy. Komentarz, Gdańsk 2007, s. 38.

Do rządowego uzasadnienia projektu kodeksu karnego skarbowego w procesie egzekucji przepisu art. 8 § 3 k.k.s. odwołuje się również F. Prusak, który zwraca uwagę, że przy idealnym zbiegu czynów zabronionych kara grzywny podlega łącznemu wykonaniu wówczas, gdy została orzeczona obok kary najsurowszej, która podlega wykonaniu. Zgodnie z motywacją przedstawioną w uzasadnieniu rządowym następuje to zaś tylko wówczas, gdy kara grzywny została orzeczona kumulatywnie z karą wolnościową (najsurowszą) na podstawie tylko przepisów kodeksu karnego skarbowego lub na podstawie tylko innej ustawy karnej. Zatem – zdaniem tegoż autora – zgodnie z motywacją uzasadnienia słowo „obok” należy rozumieć w sensie kary orzeczonej kumulatywnie. Uzasadnienie rządowe podkreśla bowiem, że zrezygnowano z nadmiernej dolegliwości występującej w przepisach ustawy karnej skarbowej, gdy karę grzywny wykonywano łącznie z karą wolnościową praktycznie zawsze, gdy była ona orzeczona choćby na podstawie przepisów jednej z ustaw i podlegała absorpcji. Zgodnie z motywacją rządowego uzasadnienia kodeksu karnego skarbowego, w tymże akcie prawnym wyeliminowano tym samym podwójną karalność za jeden czyn. F. Prusak zauważa jednak, że sformułowanie „obok najsurowszej kary” jest przez niektórych autorów przedstawiane w sposób odmienny, to jest tożsamy z tym, w jaki był zadekretowany w u.k.s. z 1971 r. Sformułowanie „obok najsurowszej kary” jest przez tych autorów rozumiane jako w ogóle orzeczenie kary grzywny za dany czyn pozostający w idealnym zbiegu, nie odnosząc się do tego, czy kara grzywny ma być orzeczona kumulatywnie z najsurowszą karą czy też może być orzeczona samoistnie na podstawie innych przepisów, niż te, zgodnie z którymi orzeczono najsurowszą karę²³.

J. Raglewski zwracając uwagę, że przepis art. 8 § 3 k.k.s. znajdzie zastosowanie do dwóch typów sytuacji. Po pierwsze, chodzi o przypadki, w których obok kary najsurowszej podlegającej wykonaniu o charakterze wolnościowym została orzeczona tzw. grzywna kumulatywna. Brak szczegółowej regulacji tej kwestii oznaczałoby, że wykonaniu podlegałaby tylko kara pozbawienia wolności bądź ograniczenia wolności, co pozostawiałoby w sprzeczności z jedną z rudymenarnych zasad regulacji sankcji karnych w prawie karnym skarbowym, jaką jest zasada dominacji represji majątkowej. Chodzi zatem – zdaniem tegoż autora – o zapobieżenie swoistemu premiowaniu sprawcy, który w razie braku takiego zapisu ustawowego uniknąłby poniesienia dolegliwości ekonomicznej. Art. 8 § 3 *in principio* k.k.s. wyraża nakaz wykonania orzeczonej kumulatywnie grzywny wówczas, gdy została ona wymierzona obok kary najsurowszej podlegającej wykonaniu. Należy przy tym – jak zauważa J. Raglewski – wyraźnie zastrzec, że prezentowany zapis ustawowy nie odnosi się do przypadków, gdy za jeden ze

²³ F. Prusak, Kodeks karny skarbowy. Komentarz, tom I, Kraków 2006, s. 179–180.

zbiegających się czynów karalnych orzeczono karę wolnościową, za drugi zaś grzywnę. Wówczas bowiem nie zostałaby spełniona przesłanka orzeczenia grzywny obok kary o charakterze wolnościowym. W tym wypadku znajduje zastosowanie unormowanie opisane w art. 8 § 2 k.k.s. Przepis art. 8 § 3 *in fine* k.k.s. dotyczy z kolei – jak zauważa dalej autor – sytuacji, w której grzywna orzeczona kumulatywnie za czyn karalny, za który wymierzono karę najsurowszą podlegającą wykonaniu na podstawie art. 8 § 2 k.k.s., została wymierzona w niższej wysokości niż grzywna orzeczona kumulatywnie obok kary o charakterze wolnościowym, która została orzeczona za drugi z przypisanych czynów, a która nie podlega wykonaniu z uwagi na poziom jej surowości. Celem uniknięcia swoistego premiowania sprawcy (podlegałaby bowiem wykonaniu grzywna w niższej wysokości), przewiduje się, że „w razie orzeczenia obok kary najsurowszej kilku kar grzywny, łącznemu wykonaniu podlega najsurowsza kara grzywny”. Brak w tym wypadku zastrzeżenia, że grzywna ma być orzeczona obok kary najsurowszej „podlegającej wykonaniu”, a zatem chodzi o każdą tego rodzaju karę majątkową orzeczoną obok kary pozbawienia wolności bądź ograniczenia wolności za którykolwiek z czynów karalnych przypisanych sprawcy przy zastosowaniu konstrukcji idealnego zbiegu z art. 8 k.k.s.²⁴

Wnikliwą wykładnię przepisu art. 8 § 3 k.k.s. przeprowadził P. Kardas, który sprowadził pojawiające się w doktrynie wątpliwości interpretacyjne do trzech zagadnień: po pierwsze, kwestii zakresu zastosowania omawianego przepisu związanej z pytaniem, czy odnosi się on wyłącznie do grzywny orzeczonej na podstawie kodeksu karnego skarbowego, a więc za przypisane sprawcy przestępstwo skarbowe lub wykroczenie skarbowe, czy także do grzywny orzeczonej za przestępstwo lub wykroczenie powszechne; po wtóre, pytania, czy omawiany przepis odnosi się wyłącznie do grzywny orzeczonej obok kary najsurowszej podlegającej wykonaniu na podstawie art. 8 § 2 k.k.s.; po trzecie, do problemu, czy przepis ten odnosi się wyłącznie do orzeczenia grzywny kumulatywnej, czy też obejmuje wypadki, gdy za jedno z przypisanych przestępstw lub wykroczeń orzeczono karę pozbawienia wolności lub ograniczenia wolności, za drugie zaś grzywnę. Przepis art. 8 § 3 k.k.s., odnoszący się – jak zaznaczono w uzasadnieniu rządowego projektu kodeksu karnego skarbowego – tylko do szczególnie uzasadnionych przypadków, stanowi – zdaniem P. Kardasa – dopełnienie zmodyfikowanej regulacji zawartej w art. 8 § 2 k.k.s., mającej na celu „usunięcie” klasycznych konsekwencji idealnego zbiegu czynów karalnych w postaci podwójnej karalności i wynikającego z niej podwójnego wykonania orzeczonych kar

²⁴ J. Raglewski, Kilka uwag o specyficznych mechanizmach redukcyjnych kar w prawie karny skarbowym i prawie wykroczeń, (w:) W. Górowski, P. Kardas, T. Sroka, W. Wróbel (red.), Zagadnienia teorii i nauczania prawa karnego. Kara łączna. Księga Jubileuszowa Profesor Marii Szewczyk, Warszawa 2013, s. 666–667.

i środków za idealnie zbiegające się przestępstwa i/lub wykroczenia. Wedle woli ustawodawcy – jak dalej pisze autor – w wyjątkowych przypadkach umożliwia wykonanie zarówno kary najsurowszej odnoszącej się do wolności osobistej jednostki, a więc odpowiednio albo kary pozbawienia wolności, albo kary ograniczenia wolności, oraz grzywny. Tym samym w takim przypadku mamy – zdaniem P. Kardasa – do czynienia ze swoistą kumulacją na płaszczyźnie wykonania kary obejmującą wykonanie zarówno kary o treści związanej z wolnością jednostki, jak i grzywny²⁵.

Przywoływany autor zwraca także uwagę na fakt, że przepis art. 8 § 3 k.k.s. nawiązuje do znanej u.k.s. z 1971 r. zasady zwiększania „represyjności” idealnego zbiegu czynów karalnych w porównaniu do konstrukcji kumulatywnego zbiegu przepisów w tym zakresie, w którym za jedno ze zbiegających się idealnie przestępstw lub wykroczeń orzeczono karę pozbawienia wolności lub ograniczenia wolności, za drugie natomiast grzywnę. Jednocześnie zawiera zmodyfikowaną w stosunku do poprzedniej regulacji określoną w art. 6 u.k.s. z 1971 r. konstrukcję służącą do ograniczenia (usunięcia – jak stwierdzono w uzasadnieniu rządowego projektu kodeksu karnego skarbowego) konsekwencji wynikających z podwójnego skazania i podwójnego wymierzenia kary za pozostające w idealnym zbiegu przestępstwa lub wykroczenia²⁶.

P. Kardas stwierdza stanowczo również, że rozwiązanie zawarte w art. 8 § 3 k.k.s. obejmuje jedynie przypadki orzeczenia tzw. grzywny kumulatywnej, tj. takiej, która została wymierzona wraz z karą pozbawienia wolności lub ograniczenia wolności, a więc wedle powszechnie przyjmowanego w doktrynie i orzecznictwie standardu językowego „obok” kary związanej z wolnością jednostki. Wykładnia semantyczna art. 8 § 3 k.k.s. ogranicza zakres zastosowania konstrukcji w niej wysłowionej wyłącznie do sytuacji, w których obok kary pozbawienia wolności lub kary ograniczenia wolności za jeden z przypisanych czynów przy wykorzystaniu konstrukcji idealnego zbiegu czynów karalnych orzeczona została także kumulatywnie grzywna. Nie odnosi się tym samym do przypadków, w których za jedno z idealnie zbiegających się przestępstw lub wykroczeń orzeczono karę uderzającą w wolność jednostki, za drugie zaś grzywnę. Nie mamy bowiem wówczas – jak zauważa przywoływany autor – do czynienia z orzeczeniem grzywny obok tych surowszych kar. Taki przypadek jest zaś rozstrzygany w oparciu o regułę określoną w art. 8 § 2 k.k.s.²⁷

P. Kardas trafnie podnosi, że z punktu widzenia teleologicznych reguł wykładni istotne jest podkreślenie, że przepis art. 8 § 3 k.k.s. stanowi pod-

²⁵ P. Kardas, (w:) P. Kardas, G. Łabuda, T. Razowski (red.), Kodeks karny skarbowy. Komentarz, Warszawa 2017, s. 187–188.

²⁶ *Ibidem*, s. 188.

²⁷ *Ibidem*, s. 189.

stawę do zniwelowania konsekwencji podwójnego skazania i podwójnego wymiaru kary na płaszczyźnie ich wykonania, z tym koniecznym uzupełnieniem, iż nie powinno to stanowić podstawy do pozbawionego dostatecznie uzasadnienia premiowania sprawcy tylko z tego powodu, że jego czyn kwalifikowany jest przy zastosowaniu konstrukcji idealnego zbiegu czynów karalnych. Przepis art. 8 § 3 k.k.s. wyraża bowiem szczególną dyrektywę interpretacyjną służącą do rozwiązania mogących się ujawnić na gruncie art. 8 § 2 k.k.s. wątpliwości i wskazania preferowanego przez ustawodawcę sposobu wykładni, prowadzącego do wykonania także kary grzywny, jeżeli została orzeczona kumulatywnie obok podlegającej wykonaniu kary najsurowszej²⁸.

Z kolei z perspektywy wykładni systemowej wskazać – według P. Kardasa – należy, że art. 8 k.k.s. służy rozwiązywaniu przypadków realnego (rzeczywistego) zbiegu przepisów kodeksu karnego skarbowego oraz przepisów innych ustaw przewidujących odpowiedzialność karną, określając wszelkie konsekwencje wynikające z zastosowania konstrukcji idealnego zbiegu czynów karalnych, a więc także te, które odnoszą się do przestępstwa lub wykroczenia przypisanego na podstawie innych niż kodeks karny skarbowy przepisów karnych, jeżeli tylko przepisy te nie przewidują regulacji odmiennych lub wyraźnie nie wyłączają zastosowania w całości lub w części art. 8 § 3 k.k.s. Oznacza to – jak podnosi dalej P. Kardas – że przepis art. 8 § 3 k.k.s. określa konsekwencje wynikające z przyjęcia konstrukcji idealnego zbiegu czynów karalnych także w odniesieniu do innych niż kodeks karny skarbowy przepisów przewidujących odpowiedzialność karną²⁹.

Podsumowując swoje wywody P. Kardas stwierdza, że z dwóch możliwych *prima facie* sposobów wykładni art. 8 § 3 k.k.s. *in principio*, z których pierwsza sprowadza się do nakazu wykonania grzywny orzeczonej kumulatywnie obok kary związanej z pozbawieniem lub ograniczeniem wolności podlegającej wykonaniu na podstawie art. 8 § 2 k.k.s., druga natomiast przyjmuje, że wykonaniu na podstawie art. 8 § 3 k.k.s., podlega każda grzywna orzeczona kumulatywnie przy zastosowaniu konstrukcji idealnego zbiegu czynów karalnych, a więc także wówczas, gdy została wymierzona obok kary pozbawienia wolności lub ograniczenia wolności niepodlegającej ze względu na stopień surowości wykonaniu na podstawie art. 8 § 2 k.k.s. Pierwsza wężiej określająca zakres zastosowania szczególnej dyrektywy interpretacyjnej, powinna zostać uznana za trafną, wykazuje bowiem – zdaniem P. Kardasa – wyraźną przewagę w zakresie podstaw argumentacyjnych. Autor ten dodaje, że jakkolwiek przepis art. 8 § 3 k.k.s. określa ogół konsekwencji prawnych wynikających z zastosowania konstrukcji idealnego zbiegu czynów karalnych do prawnokarnego wartościowania tego samego

²⁸ *Ibidem*, s. 190.

²⁹ *Ibidem*, s. 191.

czynu w rozumieniu ontologicznym (naturalnym) i przepisania sprawcy dwóch przestępstw lub wykroczeń, to oparta jest ona na zasadzie usunięcia typowych konsekwencji idealnego zbiegu czynów karalnych w postaci wymierzenia i wykonania kar za każde z przypisanych przestępstw i wykroczeń oraz wyraźnym nawiązaniu do konstrukcji przyjętej w przypadku kumulatywnego zbiegu przepisów ustawy. Opiera się także – jak zauważa dalej autor – na zasadzie absorpcji, która została *expressis verbis* wystawiona w regulacji zawartej w art. 8 § 2 k.k.s., sygnalizowanej również w treści art. 8 § 3 *in fine* k.k.s. Jednocześnie regulacja zawarta w art. 8 § 3 k.k.s. zapobiegać ma nieuzasadnionemu premiowaniu sprawcy sprowadzającemu się do odstąpienia od wykonania orzeczonej kumulatywnie grzywny z uwagi na niebudzącą wątpliwości treść art. 8 § 2 k.k.s. Taki przypadek – jak zauważa P. Kardas – związany jest zaś przede wszystkim z sytuacją, w której obok kary najsurowszej, podlegającej wykonaniu na podstawie art. 8 § 2 k.k.s., wymierzono także kumulatywnie grzywnę. Brzmienie art. 8 § 2 k.k.s. nakazuje wykonanie kary najsurowszej, a więc kary dotyczącej wolności jednostki, i w razie braku szczególnej regulacji prowadziłoby do odstąpienia od wykonania orzeczonej kumulatywnie grzywny jako kary rodzajowo mniej surowej. Uniknięciu takiego nieuzasadnionego uprzywilejowania służy właśnie treść art. 8 § 3 k.k.s. Podsumowując swoje rozważania P. Kardas stwierdza, że przyjęte powyżej rozwiązanie znajduje potwierdzenie również w wykładni celowościowej, zmierzającej do ujednolicenia na poziomie wykonania kary konsekwencji wynikających z zastosowania konstrukcji idealnego zbiegu czynów karalnych z konsekwencjami związanymi z zastosowaniem kwalifikacji kumulatywnej. Podobnie nie sprzeciwia się takiemu rozwiązaniu zarówno wykładnia systemowa, jak i historyczna, która odwołuje się do porównania treści art. 8 § 3 k.k.s. z jego odpowiednikiem w u.k.s. z 1971 r. oraz deklaracji ustawodawcy co do założeń związanych z przyjętymi w kodeksie karnym skarbowym modyfikacjami związanymi z zasadami wykonania orzeczonych przy zastosowaniu konstrukcji idealnego zbiegu czynów karalnych grzywien³⁰.

Odnosnie zaś do sformułowania zawartego w zdaniu drugim art. 8 § 3 k.k.s. autor ten uważa, że odnosi się ono do każdej grzywny orzeczonej kumulatywnie obok kary pozbawienia wolności lub ograniczenia wolności za którekolwiek z przypisanych sprawcy przestępstw zarówno skarbowych, jak i powszechnych przy zastosowaniu konstrukcji idealnego zbiegu czynów karalnych przestępstw³¹.

Rację ma V. Konarska-Wrzošek uznając, że treść art. 8 § 3 k.k.s. może budzić wątpliwości natury wykładniczej. Uważam, że w szczególności poprzestanie na wykładni semantycznej art. 8 § 3 zd. drugie k.k.s. doprowadzić

³⁰ *Ibidem*, 192–193.

³¹ *Ibidem*, 193–194.

mogłoby do wniosku, który byłby nie do pogodzenia z rezultatami wykładni systemowej oraz teleologicznej. Zarówno bowiem w treści zdania pierwszego art. 8 § 3 k.k.s., jak i zdania drugiego § 3 art. 8 k.k.s. ustawodawca używa przymyka „obok” na oznaczenie grzywny, która podlega wykonaniu wraz z karą najsurowszą. Jedną z bardzo ważnych dyrektyw interpretacyjnych, tj. dyrektywa konsekwencji terminologicznej (zakaz wykładni homonimicznej) zakazuje tym samym zwrotom nadawać różnych znaczeń. Jak to zaznaczył Trybunał Konstytucyjny, a za nim Sąd Najwyższy podnosząc, że w sytuacji, gdy prawodawca chce nadać tym samym wyrażeniom różne znaczenie, a tym samym odstąpić od zakazu wykładni homonimicznej, to powinien to wyrazić w tekście prawnym zaznaczyć³². Jeśli konsekwentnie posługiwać się będziemy przy interpretacji treści zd. drugiego art. 8 § 3 k.k.s. zakazem wykładni homonimicznej, to dojść musielibyśmy do wniosku, że polski system prawa karnego dopuszcza orzekanie kilku kar grzywny obok kary najsurowszej. Wniosek ten jako sprzeczny przede wszystkim z rezultatem wykładni systemowej należy jednak *a limine* odrzucić. Jak trafnie zauważa się w piśmiennictwie oraz judykaturze dyrektywy odstępstwa od sensu językowego są nieodzownym składnikiem praktycznie każdej rozwiniętej teorii wykładni, która jest akceptowana w orzecznictwie, i powszechnie aprobowanym elementem charakterystycznej dla naszej kultury prawnej *ius interpretandi*. Ustalony przez tę zasadę porządek preferencji jest jedynie porządkiem *prima facie*, a nie porządkiem absolutnym, co oznacza, że w pewnych sytuacjach można od niego odstąpić i przypisać pierwszeństwo wykładni systemowej lub funkcjonalnej³³. Jak jednak z naciskiem zauważa L. Morawski interpretatorowi wolno odstąpić od wykładni językowej tylko wtedy, gdy uzasadni to powołaniem się na jakieś ważne racje prawne, społeczne, ekonomiczne lub moralne. Nie każde zatem racje – jak zauważa L. Morawski – a jedynie szczególnie istotne czy doniosłe racje upoważniają do odstąpienia od znaczenia literalnego³⁴. Rację ma tym samym V. Konarska-Wrzošek, że właśnie istotne racje prawne zakazują poprzestania w procesie egzegezy zdania drugiego § 3 art. 8 k.k.s. wyłącznie na rezultatach wykładni językowej. Wykładnia semantyczna prowadzi bowiem do absurdalnych, a co za tym idzie niemożliwych do zaakceptowania konsekwencji (*argumentum ad absurdum*). Jak to już bowiem słusznie zauważyła przywoływana powyżej au-

³² Zob. m.in. uchwała Trybunału Konstytucyjnego z dnia 29 stycznia 1992 r., sygn. W 14/91, OTK 1992, nr 1, poz. 20; uchwała SN z dnia 29 stycznia 2004 r., sygn. I KZP 39/03, OSNKW 2004, nr 2, poz. 13; por. także § 10 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 20 czerwca 2002 r. Zasady techniki prawodawczej (Dz. U. z 2002 r., Nr 100, poz. 908); zob. również L. Morawski, Zasady wykładni prawa, Toruń 2006, s. 105.

³³ L. Morawski, Wykładnia w orzecznictwie sądów. Komentarz, Toruń 2002, s. 158; zob. również J. Wyrembak, Zasadnicza wykładnia znamion przestępstw. Pozycja metody językowej oraz rezultatów jej użycia, Warszawa 2009, s. 143–144.

³⁴ L. Morawski, Zasady wykładni prawa, Toruń 2006, s. 75–76 oraz 78.

torka polski system prawa karnego nie przewiduje normatywnej możliwości orzekania obok kary najsurowszej (w sensie kumulatywnego orzekania) kilku kar grzywny³⁵.

Uważam tym samym, że rezultaty wykładni językowej, systemowej oraz celowościowej nakazują przyjęcie, że w zdaniu pierwszym § 3 art. 8 k.k.s. mowa jest wyłącznie o grzywnie kumulatywnej, która orzeczona została obok kary najsurowszej, która *in concreto* podlega wykonaniu. Bez znaczenia jest tutaj również okoliczność, czy karą najsurowszą jest kara bezwzględnie izolacyjna, czy kara pozbawienia wolności z warunkowym zawieszeniem jej wykonania, czy kara ograniczenia wolności. Grzywna kumulatywna może być bowiem orzeczona zarówno w razie wymierzenia kary bezwzględnego pozbawienia wolności, jak i wówczas, gdy wymierzono karę pozbawienia wolności przy równoczesnym zastosowaniu środka probacyjnego (*arg. ex art. 33 § 2 k.k. w zw. z art. 32 pkt 3 k.k.*). Skoro bowiem ustawodawca w treści art. 33 § 2 k.k. odwołuje się do kary pozbawienia wolności, o której mowa w art. 32 pkt 3 k.k., to należy uznać, że zgodnie z dyrektywą interpretacyjną *lege non distinguente* dotyczy ona zarówno kary bezwzględnego pozbawienia wolności, jak i kary pozbawienia wolności orzeczonej z warunkowym zawieszeniem jej wykonania na okres próby³⁶. Z kolei w zdaniu drugim § 3 art. 8 k.k.s. mowa jest o każdej najsurowszej karze grzywny, która orzeczona została wobec sprawcy czynu, wobec którego stosowana jest konstrukcja idealnego zbiegu czynów karalnych. Niezależnie również od tego, czy jest to grzywna kumulatywna, czy też cechy takiej nieposiadająca (grzywna samoistna, grzywna akcesoryjna). Poszukując afirmacji powyższego wyniku procesu wykładni art. 8 § 3 zd. drugie k.k.s. odwołać należałoby się także do uzasadnienia rządowego projektu ustawy Kodeks karny skarbowy³⁷, z którego *explicite* wynika, że omawiane rozwiązanie legislacyjne ma na celu m.in. uniknięcie swoistego premiowania sprawcy, wobec którego wykonaniu podlegałaby kara majątkowa w niższej wysokości w razie orzeczenia jej obok kary najsurowszej, podczas gdy najsurowsza kara grzywny nie podlegałaby wówczas wykonaniu. Tym samym obok kary najsurowszej, podlegającej *in concreto* wykonaniu, wykonaniu podlega również najsurow-

³⁵ V. Konarska-Wrzošek, (w:) I. Zgoliński (red.), Kodeks karny skarbowy. Komentarz, Warszawa 2018, s. 60–61.

³⁶ Trafnie bowiem zauważa m.in. J. Majewski, że *lege lata* kary, których wykonanie warunkowo zawieszono, to kary tego samego rodzaju co odpowiadające im nazwy kary orzeczone bez warunkowego zawieszenia ich wykonania; tak J. Majewski, Czy warunkowe zawieszenie wykonania kary zmienia jej rodzaj?, (w:) J. Majewski (red.), Środki związane z poddaniem sprawcy próbie. Pokłosie IX Bielańskiego Kolokwium Karnistycznego, Toruń 2013, s. 41.

³⁷ Uzasadnienie rządowego projektu ustawy Kodeks karny skarbowy, druk sejmowy z dnia 17 maja 1999 r., Nr 1146, III kadencja, (w:) Nowa kodyfikacja karna. Kodeks karny skarbowy, zeszyt 25, Warszawa 1999, s. 145.

sza z kar majątkowych, która orzeczona została wobec sprawcy w stosunku do którego aplikowana jest konstrukcja idealnego zbiegu czynów karalnych. Jak bowiem zasadnie zauważył J. Sawicki w regulacji z § 3 art. 8 k.k.s. tkwi element represyjności konstrukcji zbiegu idealnego. Wynika on zaś z ustawowego priorytetu kary grzywny w prawie karnym skarbowym, którego dotyczy tak zwany idealny zbieg³⁸.

Zwrócić również należy uwagę, że zgodnie z treścią przepisu art. 8 § 2 k.k.s. w razie idealnego zbiegu czynów zabronionych środki karne i środki zabezpieczające oraz dozór stosuje się, chociażby je orzeczono tylko na podstawie jednego ze zbiegających się przepisów. Nie ma tym samym zastosowania dyrektywa pełnej absorpcji kar i środków karnych łagodniejszych. W razie orzeczenia za zbiegające się czyny zabronione zakazów tego samego rodzaju lub pozbawienia praw publicznych, sąd stosuje odpowiednio przepisy o karze łącznej (tj. art. 90 § 2 k.k. w związku z art. 20 § 2 k.k.s.).

Specyficzne mechanizmy redukcyjne kar w prawie karnym skarbowym mają zastosowanie również do sytuacji, gdy sprawca dopuszcza się kilku wykroczeń skarbowych (art. 50 k.k.s.). Aplikowane one są w razie tzw. realnego zbiegu wykroczeń skarbowych. Jak zauważa J. Raglewski, analogicznie do zbiegu przepisów ustawy, w wypadku popełnienia przez sprawcę kilku czynów o randze wykroczeń mogą one pozostawać ze sobą w relacji czynu współukaranego uprzednio i następczo³⁹. Wymogiem zastosowania konstrukcji opisanej przez ustawodawcę w treści art. 50 k.k.s. jest jednocześnie orzekania. Kara grzywny wymierzana łącznie za wykroczenia skarbowe pozostające w zbiegu uzależniona jest tym samym wyłącznie od zaistnienia realnego zbiegu wykroczeń skarbowych i jednoczesności orzekania. Nie jest zatem konieczne, aby popełnione zostały w krótkich odstępach czasu, w podobny sposób, ani przy wykorzystaniu takiej samej sposobności. Indyferentna jest również kwalifikacja prawna popełnionych wykroczeń skarbowych. Mogą mieć zatem zarówno charakter zbiegu jednorodząowego, jak i wielorodząowego. Sąd uznając sprawcę za winnego popełnienia dwóch lub więcej wykroczeń skarbowych nie wymierza kar jednostkowych za poszczególne wykroczenia skarbowe, a następnie kary łącznej, lecz orzeka raz, łącznie jedną karę grzywny w wysokości do górnej granicy ustawowego zagrożenia zwiększonego o połowę, co nie stoi na przeszkodzie orzeczeniu także innych środków za pozostające w zbiegu wykroczenia. Zauważyć należy, że § 2 art. 50 k.k.s., statuujący dyrektywę wykonania kary najsurowszej

³⁸ J. Sawicki, Z problematyki idealnego zbiegu czynów karalnych w prawie karnym skarbowym, *Prok. i Pr.* 2015, nr 12, s. 38.

³⁹ J. Raglewski, kilka uwag o specyficznych mechanizmach redukcyjnych kar w prawie karnym skarbowym i prawie wykroczeń, (w:) W. Górowski, P. Kardas, T. Sroka, W. Wróbel (red.), *Zagadnienia teorii i nauczania prawa karnego. Kara łączna*. Księga Jubileuszowa Profesor Marii Szewczyk, Warszawa 2013, s. 672.

w razie ukarania za dwa lub więcej wykroczeń skarbowych, został uchylony z dniem 1 stycznia 2017 r.⁴⁰ Tym samym wszystkie odrębnie orzeczone kary za wykroczenia skarbowe podlegać będą wykonaniu. Nie ma *eo ipso* możliwości zastosowania zasady absorpcji przez najsurowszą karę za wykroczenie skarbowe pozostałych kar orzeczonych za wykroczenia skarbowe, które zostały orzeczone w odrębnych postępowaniach, a które zostały popełnione do dnia wydania pierwszego choćby nieprawomocnego orzeczenia obejmującego jedno z tego ciągu wykroczeń.

Odwwołanie do konstrukcji idealnego zbiegu czynów karalnych (skarbowych i powszechnych) odnaleźć można również w treści przepisu art. 151 k.k.s. W myśl regulacji zawartej w § 1 tegoż przepisu można odmówić wszczęcia postępowania w sprawie o wykroczenie skarbowe, a wszczęte umorzyć także wtedy, gdy w sprawie o ten sam czyn zabroniony wyczerpujący zarazem znamiona wykroczenia skarbowego i przestępstwa, postępowanie karne w sprawie o przestępstwo zostało już prawomocnie zakończone orzeczeniem skazującym. Można również odmówić wszczęcia postępowania, a wszczęte umorzyć, jeżeli o ten sam czyn zabroniony wyczerpujący zarazem znamiona wykroczenia skarbowego i przestępstwa toczy się postępowanie karne w sprawie o przestępstwo ścigane z urzędu (art. 151 § 2 k.k.s.). Już *prima facie* zauważyć tym samym wypada, że uregulowanie to pozostaje właśnie w ścisłym związku z przyjętą w części ogólnej kodeksu karnego skarbowego konstrukcją idealnego zbiegu przestępstw skarbowych lub wykroczeń skarbowych z przestępstwami powszechnymi i wykroczeniami powszechnymi, której istota polega na tym, że w wypadku zbiegu stosuje się każdy z przepisów, którego znamiona wyczerpuje czyn sprawcy, natomiast wykonaniu podlega najsurowsza z wymierzonych kar.

Przesłanką zastosowania instytucji z § 1 art. 151 k.k.s. jest zakończenie postępowania w sprawie o przestępstwo prawomocnym wyrokiem skazującym. Przesłanką zaś zastosowania instytucji z § 2 art. 151 k.k.s. jest prowadzenie postępowania w sprawie o przestępstwo ścigane z urzędu. Trafnie podkreśla się w piśmiennictwie, że możliwość zakończenia postępowania w sprawie o wykroczenie skarbowe w sposób określony w § 2 art. 151 k.k.s. aktualizuje się w zasadzie dopiero wówczas, gdy można zasadnie prognozować, że w postępowaniu o przestępstwo zapadnie wyrok skazujący na karę lub środek karny surowsze niż w postępowaniu w sprawie o wykroczenie skarbowe⁴¹.

Jak słusznie podnosi J. Skorupka przepis art. 151 k.k.s., przewidując możliwość odmówienia wszczęcia lub umorzenia postępowania w sprawie

⁴⁰ Art. 4 pkt 4 ustawy z dnia 1 grudnia 2016 r. o zmianie ustawy o podatku od towarów i usług oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. z 2016 r., poz. 2024).

⁴¹ J. Skorupka, (w:) I. Zgoliński (red.), Kodeks karny skarbowy. Komentarz, Warszawa 2018, s. 924.

o wykroczenie skarbowe ze względu na niecelowość ścigania, dopuszcza odstępstwo od zasady legalizmu na rzecz zasady uzasadnionego oportunizmu⁴².

Systemowa przynależność art. 151 k.k.s. do części kodeksu poświęconej postępowaniu przygotowawczemu oznacza, że przewidziane tam instytucje mogą być zastosowane wyłącznie w tym stadium procesowym⁴³. Nie jest dopuszczalne tym samym sięgnięcie po instytucję umorzenia postępowania dopiero w stadium jurysdykcyjnym.

Zauważyć wypada, że przewidziane w § 1 i 2 art. 151 k.k.s. sytuacje nie stanowią okoliczności wyłączających postępowanie karne skarbowe. Odmowa wszczęcia lub umorzenie postępowania w sprawie o wykroczenie skarbowe ma bowiem charakter fakultatywny. Skorzystanie z instytucji przewidzianej w treści przepisu art. 151 § 1 i 2 k.k.s. zależy wyłącznie od oceny organu procesowego. Jak zauważa J. Zagrodnik, dokonując oceny przesłanki umożliwiającej aplikację konstrukcji oportunizmu ścigania wysłowionej w treści przepisu art. 151 k.k.s., organ procesowy powinien mieć na względzie przede wszystkim dobro prawne chronione kodeksem karnym skarbowym, a więc interes finansowy beneficjentów daninowych, którego ochronie służą unormowania zawarte w k.k.s.⁴⁴

Należy również zwrócić uwagę na pogląd F. Prusaka, który kontestując możliwość odpowiedniego zastosowania przepisów o umorzeniu absorpcyjnym w postępowaniu karnym skarbowym (art. 11 § 1–3 k.p.k. w związku z art. 113 § 1 k.k.s.) podnosi, że uwzględniając okoliczność, iż kodeks karny skarbowy przyjmuje konstrukcję idealnego zbiegu przepisów ustawy (art. 8 § 1 k.k.s.), a więc zmierza do objęcia maksymalnej liczby przepisów o przestępstwach i wykroczeniach, (inaczej kodeks karny) przeto trzeba przyjąć – zdaniem tego autora – że absorpcyjne umorzenie (art. 11 § 1 k.p.k.) byłoby sprzeczne z dążeniem kodeksu karnego skarbowego do maksymalizowania obszaru naruszonych przepisów⁴⁵. Pogląd ten wpisuje się – jak się wydaje – w tę linię interpretacyjną art. 151 k.k.s., która nakazuje daleko idącą ostrożność w stosowaniu wyrażonej w tym przepisie instytucji. Zauważyć jednak wypada, że w piśmiennictwie wyrażany jest również pogląd o możliwości odpowiedniego stosowania przepisów o umorzeniu absorpcyjnym w postępowaniu w sprawach o przestępstwa i wykroczenia skarbowe. Jak zauważa T. Razowski zakresy zastosowania umorzenia absorpcyjnego, o którym mowa w art. 11 k.p.k. oraz instytucji określonej w art. 151 k.k.s. są odmienne. Dotyczy to zresztą nie tylko stadium procesowego, w którym można po nie

⁴² J. Skorupka, *ibidem*, s. 923.

⁴³ T. Razowski, *ibidem*, s. 1302. zob. również J. Skorupka, *op. cit.* s. 925.

⁴⁴ J. Zagrodnik, *op. cit.*, s. 736.

⁴⁵ F. Prusak, (w:) Kodeks karny skarbowy. Komentarz. Tom II. Komentarz do art. 54–191 k.k.s., Kraków 2006, s. 1112.

sięgnąć (postępowanie przygotowawcze w wypadku instytucji z art. 151 k.k.s. oraz postępowanie przygotowawcze, ale i sądowe w wypadku instytucji z art. 11 k.p.k.), oraz kategorii czynów w razie popełnienia których mogą mieć one zastosowanie (wykroczenia skarbowe w wypadku instytucji z art. 151 k.k.s. oraz przestępstwa w wypadku instytucji z art. 11 k.p.k.), lecz przede wszystkim tego, że przecież ta pierwsza odnosi się do jednego (tego samego) czynu, zaś ta druga do dwóch czynów, pozostających w zbiegu realnym. W odwołaniu zatem do normy blankietowej art. 113 § 1 k.k.s. istnieją – zdaniem T. Razowskiego – pełne podstawy do odpowiedniego zastosowania umorzenia absorpcyjnego w postępowaniu w sprawach o przestępstwa skarbowe i wykroczenia skarbowe, oczywiście przy spełnieniu niezbędnych ku temu warunków⁴⁶.

Jak się wydaje w dyskusji tej rację należy przyznać F. Prusakowi. W myśl przepisu art. 113 § 1 k.k.s. w postępowaniu w sprawach o przestępstwa skarbowe i wykroczenia skarbowe stosuje się odpowiednio przepisy kodeksu postępowania karnego, jeżeli przepisy kodeksu karnego skarbowego nie stanowią inaczej. Stosowanie odpowiednie to stosowanie odnośnych przepisów bez żadnych zmian do innego zakresu odniesienia, bądź stosowanie z pewnymi zmianami, bądź też niestosowanie tych przepisów do innego zakresu odniesienia. Biorąc pod uwagę okoliczność, że zakresy zastosowania umorzenia absorpcyjnego z art. 11 k.p.k. oraz instytucji określonej w art. 151 k.k.s. są odmienne, jak również ze względu na fakt, iż instytucja wysłowiona w kodeksie karnym skarbowym jest ściśle powiązana z koncepcją idealnego zbiegu przestępstw (wykroczeń) pospolitych z przestępstwami (wykroczeniami) skarbowymi uznać należy, że przepisów o umorzeniu absorpcyjnym z art. 11 § 1–3 k.p.k. nie stosuje się w postępowaniu karnym skarbowym nawet odpowiednio. Wykładnię, której wynik uzasadniałby tezę przeciwną uznać należałoby – moim zdaniem – za wykładnię *praeter legem*. Uważam, że możliwość odpowiedniego stosowania przepisów o umorzeniu absorpcyjnym w postępowaniu karnym skarbowym wyłączona jest m.in. właśnie ze względu na specyfikę konstrukcji idealnego zbiegu czynów karalnych. Ustawodawca poprzez tę konstrukcję rozszerza bowiem reakcję prawnokarną na czyn ujemny, nakazując stosowanie wszystkich przepisów, których znamiona on wyczerpuje. Instytucja określona w treści przepisu art. 151 k.k.s. jest tym samym wyjątkiem od zasady pociągania do odpowiedzialności karnej i karnej skarbowej za wszystkie typy czynów zabronionych, których znamiona zostały wyczerpane zachowaniem sprawcy. Skoro instytucja ta jest wyjątkiem, to zgodnie z zasadą *exceptiones non sunt extendendae* nie może być interpretowana rozszerzająco. Ustawodawca konstrukcję art. 151 k.k.s. ograniczył zaś wyłącznie do wykroczeń skarbowych. Tym samym nie sposób

⁴⁶ T. Razowski, *op. cit.*, s. 1302–1303.

uznać – nie chcąc oczywiście narazić się na zarzut dowolności – że poprzez klauzulę odsyłającą z art. 113 § 1 k.k.s. dopuścił również możliwość odpowiedniego stosowania w postępowaniu karnym skarbowym przepisów o umorzeniu absorpcyjnym, które niewątpliwie rozszerzają zasadę oportunistu ścigania w stosunku do tej, która wysłowiona została w art. 151 k.k.s. Uważam ponadto, że za tezę o braku podstaw do uznania, jakoby istniała uzasadniona prawnie podstawa do aplikacji przepisów o umorzeniu absorpcyjnym, o których mowa w art. 11 § 1–3 k.k.s., do postępowania karnego skarbowego przemawiają także mechanizmy redukcyjne, o których mowa w art. 8 § 2–3 k.k.s. Mechanizmy te w połączeniu z normą je uadekwatniającą wysłowioną w treści przepisu art. 181 § 1–4 k.k.s. pozwalają przyjąć, że ustawodawca dopuścił mechanizmy redukujące prawnokarne skutki multiplikacji ocen wyłącznie na etapie ich wykonania. Na etapie przypisywalności ograniczył je zaś wyłącznie do wykroczeń skarbowych, co *expressis verbis* wysłowione zostało w treści przepisu art. 151 k.k.s. Oczywiście rację ma T. Razowski podnosząc, że w przypadku umorzenia absorpcyjnego mamy do czynienia z co najmniej dwoma czynami w rozumieniu ontologicznym (naturalnym), podczas gdy instytucja, o której mowa w art. 8 k.k.s. oraz konstrukcja z art. 151 k.k.s. dotyczy jednego czynu tak rozumianego, to jednak ze względu na fakt, że kodeks karny skarbowy – jak to zasadnie podnosi F. Prusak – poprzez konstrukcję idealnego zbiegu czynów karalnych zmierza do objęcia maksymalnej liczby przepisów o przestępstwach i wykroczeniach, uznać należy, że absorpcyjne umorzenie byłoby sprzeczne właśnie z dążeniem kodeksu karnego skarbowego do maksymalizowania obszaru naruszonych przepisów. Uważam ponadto, że gdyby wolą ustawodawcy było odpowiednie stosowanie w postępowaniu karnym skarbowym przepisów o umorzeniu absorpcyjnym, to zbędnym byłoby w ogóle umieszczanie w kodeksie karnym skarbowym szczególnej regulacji normatywnej, o której mowa w art. 151 k.k.s. Skoro zaś ustawodawca zasadę oportunistu ścigania, przewidującą możliwość odmowy wszczęcia lub umorzenia postępowania, ograniczył wyłącznie do wykroczenia skarbowego pozostającego w zbiegu idealnym z przestępstwem powszechnym, to *a fortiori* wykluczył możliwość jej zastosowania do czynów karalnych pozostających w zbiegu realnym.

W piśmiennictwie zauważa się, że pojęcie wyroku skazującego, o którym mowa w art. 151 § 1 k.k.s., nie obejmuje wyroku, w którym w sprawie o przestępstwo pospolite odstąpiono od wymierzenia kary, a to dlatego, że brak wymierzenia kary nie pozwala stwierdzić niecelowości ścigania w sprawie o wykroczenie skarbowe⁴⁷. Należy w tym miejscu z całą stanowczością

⁴⁷ Tak m.in. J. Zagrodnik, *op. cit.*, s. 737; Z. Gostyński, Komentarz do kodeksu karnego skarbowego. Tytuł II. Postępowanie w sprawach o przestępstwa skarbowe i wykroczenia skarbowe. Tytuł III. Postępowanie wykonawcze, Warszawa 2000, s. 255; T. Razowski, *op. cit.*, s. 1302.

podnieść, że z perspektywy teoretycznoprawnej wyrok, w którym odstąpiono od wymierzenia kary jest jednak wyrokiem skazującym, który stwierdza winę sprawcy i podlega odnotowaniu w Krajowym Rejestrze Karnym⁴⁸. Tym samym wydawałoby się, że brak jest podstaw do wyrażenia poglądu, że instytucja przewidziana w treści przepisu art. 151 k.k.s. jest *de lege lata* wyłączona w razie odstąpienia od wymierzenia kary. Jak zauważa jednak J. Skorupka relewantne jest to, aby wyrok skazujący stworzył dla sprawcy określoną dolegliwość, która w postępowaniu w sprawie o wykroczenie skarbowe będzie uzasadniać odstąpienie od ścigania za ten czyn i w konsekwencji tego zaniechanie ukarania sprawcy wykroczenia skarbowego. Dolegliwością wymierzoną za przestępstwo musi być więc kara lub środek karny⁴⁹. W konsekwencji – jak zauważa T. Razowski – jeżeli odstąpienie od wymierzenia kary za przestępstwo pospolite będzie równoznaczne z zastosowaniem wobec jego sprawcy samego środka karnego (przepadku, obowiązku naprawienia szkody lub zadośćuczynienia), to sięgnięcie po instytucję z art. 151 § 1 k.k.s. wcale nie będzie musiało być wykluczone⁵⁰.

Zasadne jest jednak – moim zdaniem – wyrażenie poglądu odmiennego, zasadzającego się na przekonaniu, że jakkolwiek w razie odstąpienia od wymierzenia kary za przestępstwo powszechne mamy do czynienia z wyrokiem skazującym, to jednak racjonalne uzasadnienie oportunizmu ścigania za wykroczenie skarbowe pozostające z nim w idealnym zbiegu ogranicza zastosowanie art. 151 k.k.s. wyłącznie do sytuacji, gdy wymierzono sprawcy karę kryminalną. Środki karne wymienione przez ustawodawcę w treści przepisu art. 39 k.k. nie mają bowiem charakteru majątkowego. Również orzeczony przepadek lub obowiązek naprawienia szkody lub zadośćuczynienie orzeczone za przestępstwo powszechne nie mają na celu zadawania sprawcy finansowej dolegliwości. Natomiast należy mieć na uwadze, że jedną zaś z zasad prawa karnego skarbowego jest priorytet kar majątkowych. Tym samym trudno racjonalnie uzasadnić odmowę wszczęcia postępowania lub jego umorzenie, które *prima vista* skutkować będzie zaniechaniem wymierzenia kary majątkowej, niecelowością pociągnięcia do odpowiedzialności za wykroczenie skarbowe wyłącznie ze względu na okoliczność, że sprawcy orzeczono już środek karny, przepadek lub środek kompensacyjny za przestępstwo pospolite pozostające z nim w idealnym zbiegu. Zwrócić również należy uwagę, że wystawiając mechanizmy redukcyjne w treści przepisu § 2 art. 8 k.k.s. ustawodawca *eplixicite* wskazał m.in., że środki

⁴⁸ Tak m.in. wyrok SN z dnia 14 lutego 2007 r., sygn. III KK 4/07, OSP 2008, nr 7–8, poz. 78. Bliżej na ten temat zob. przede wszystkim P. Gensikowski, Odstąpienie od wymierzenia kary w polskim prawie karnym, Warszawa 2011, *passim*.

⁴⁹ J. Skorupka, (w:) I. Zgoliński (red.), Kodeks karny skarbowy, Komentarz, Warszawa 2018, s. 924. Podobnie T. Razowski, *op. cit.*, s. 1302.

⁵⁰ T. Razowski, *ibidem*, s. 1032.

karne stosuje się chociażby je orzeczono tylko na podstawie jednego ze zbiegających się przepisów. Tym samym normodawca przyjął, że prawidłowa reakcja prawnokarna na czyn ujemny wymaga wykonania zarówno kary najsurowszej, jak i środków karnych orzeczonych na podstawie jednego ze zbiegających się przepisów. Za J. Zagrodnikiem powtórzyć należy, że uzasadnieniem instytucji opisanej w art. 151 k.k.s. jest – jak się wydaje – przede wszystkim założenie, że prowadzenie postępowania w sprawie o wykroczenie skarbowe, w razie idealnego zbiegu z przestępstwem powszechnym byłoby niecelowe i trudne do zaakceptowania z punktu widzenia ekonomiki procesowej, skoro z dużym prawdopodobieństwem można stwierdzić, że kara za wykroczenie nie podlegałaby wykonaniu ze względu na surowszą karę orzeczoną za przestępstwo⁵¹. W razie orzeczenia jedynie środka karnego za przestępstwo pospolite nie nastąpiłaby więc absorpcja kary wymierzonej za wykroczenie skarbowe. Reasumując dojść należy do wniosku, że trudno doszukać się racjonalnych przesłanek, które uzasadniać mogłyby tezę, że konstrukcja wyartykułowana w treści przepisu art. 151 k.k.s. może mieć zastosowanie również wówczas, gdy za przestępstwo pospolite odstąpiono od wymierzenia kary i poprzestano jedynie na orzeczeniu któregoś ze środków karnych, wymienionych w treści przepisu art. 39 k.k., przepadku lub środków kompensacyjnych.

Konstrukcję normatywną, o której mowa w art. 151 k.k.s. ocenić należy ze wszech miar pozytywnie. Jak słusznie zauważa się w doktrynie, prowadzenie procesu karnego niesie ze sobą znaczne koszty społeczne zarówno w rozumieniu ekonomicznym, jak i psychospołecznym. Mamy bowiem do czynienia ze znacznym zaangażowaniem środków materialnych, a także ingerowaniem w różne sfery praw jednostek: od praw obywatelskich, po sferę psychiczną (spowodowanie negatywnych przeżyć psychicznych związanych ze stresem)⁵². Dążenie do ukarania sprawcy za wszelką cenę może doprowadzić do sytuacji, gdy szkody spowodowane takim postępowaniem będą znacznie wyższe niż korzyści płynące z faktu pociągnięcia sprawcy do odpowiedzialności za wykroczenie skarbowe. Aplikacja mechanizmów redukcyjnych, o których mowa w § 2–3 art. 8 k.k.s., prowadzić będzie zazwyczaj do sytuacji, że kara wymierzona za wykroczenie skarbowe będzie pochłonięta przez karę najsurowszą, a co za tym idzie nie będzie podlegała wykonaniu. Zasada pełnej absorpcji neguje tym samym praktyczny i teoretyczny sens prowadzenia postępowania za wykroczenie skarbowe, którego

⁵¹ J. Zagrodnik, *op. cit.*, s. 736.

⁵² A. Kołodziejczyk, *Umorzenie absorpcyjne w polskim procesie karnym*, Warszawa 2013, s. 85. Zob. również J. Zarębski, *Umorzenie absorpcyjne postępowania karnego* – art. 11 k.p.k. Wyjątek od zasady legalizmu, Poznań 2012, s. 42 i nast. oraz M. Rogacka-Rzewnicka, *Oportunizm i legalizm ścigania w świetle współczesnych przeobrażeń procesu karnego*, Warszawa 2007, s. 383 i nast.

abstrakcyjna szkodliwość społeczna nie jest *prima vista* znaczna. Należy zwrócić również uwagę na aspekt ekonomiczny, który związany jest z prowadzeniem postępowania karnego skarbowego, którego przedmiotem miałyby być odpowiedzialność za wykroczenie skarbowe, w sytuacji gdy za ten sam czyn orzeczona została już kara za przestępstwo powszechne. W jednym z wyroków Trybunał Konstytucyjny wskazał na konieczność zmniejszania kosztów postępowania, jak również odciążanie właściwych organów orzeczniczych od konieczności rozpoznawania dużej liczby drobnych spraw, co pozwoliłoby im skoncentrować się na sprawach poważniejszych⁵³. Powyższa ze wszech miar słuszna argumentacja wysłowiona przez Trybunał Konstytucyjny pozwala stanąć na stanowisku, że w razie wystąpienia przesłanek, o których mowa w art. 151 k.k.s. zastosowanie instytucji, której przedmiotem jest oportunistyczny ściganie za wykroczenie skarbowe, winno być co do zasady regułą, a nie wyjątkiem.

Specyfika idealnego zbiegu czynów karalnych skutkować może tym, że do skazania sprawcy za czyny pozostające w idealnym zbiegu może dojść zarówno w jednym postępowaniu, jak i w różnych postępowaniach karnych.

Jeżeli sprawca będzie sądzony w jednym postępowaniu za czyny pozostające w idealnym zbiegu, to sąd w wyroku powinien dokonać zaliczenia kar według zasad określonych w art. 8 § 1–3 k.k.s., wskazując która z orzeczonych kar będzie podlegać wykonaniu⁵⁴. W razie niejednoczesnego skazania w wypadku określonym w art. 8 § 1 k.k.s. na podstawie przepisów kodeksu karnego skarbowego i przepisów innych ustaw karnych zastosowanie znajdzie instytucja określona w przepisie art. 181 § 1–2 k.k.s. Zgodnie z normą prawną zawartą w tymże przepisie, sąd który ostatni wydał orzeczenie w pierwszej instancji, na wniosek skazanego lub organu postępowania przygotowawczego, rozstrzyga postanowieniem, która kara, jako najsurowsza, podlega wykonaniu. Zasada ta ma odpowiednie zastosowanie również w razie niejednoczesnego skazania przez organy orzekające na karę grzywny za wykroczenie skarbowe i na karę grzywny za wykroczenie. Na postanowienie, wydane na podstawie art. 181 § 1–2 k.k.s., skazanemu oraz organowi postępowania przygotowawczego przysługuje zażalenie, niezależnie od tego, na czyj wniosek nastąpiło rozstrzygnięcie. Jest ono rozpoznawane przez sąd wyższego rzędu na zasadach ogólnych. W razie uprzedniego wykonania kary łagodniejszej lub środka karnego w całości lub w części zalicza się je na poczet kary najsurowszej podlegającej wykonaniu, uwzględniając różnice zachodzące między tymi karami lub środkami karnymi (por. art. 181 § 4 k.k.s.).

Kwestią sporną w piśmiennictwie jest okoliczność, czy zażalenie na postanowienie, o którym mowa w art. 181 § 1 zd. trzecie k.k.s. przysługuje

⁵³ Wyrok TK z dnia 29 kwietnia 1998 r., sygn. K 17/97, OTK 1998, nr 3, poz. 30.

⁵⁴ V. Konarska-Wrzošek, *op. cit.*, s. 62; zob. również F. Prusak, *Prawo karne skarbowe*, Warszawa 2008, s. 91.

również prokuratorowi. W treści przepisu art. 181 § 1 k.k.s. mowa jest bowiem o organie postępowania przygotowawczego. Jak zaś zauważa T. Razowski skoro postanowienie sądu w przedmiocie określenia, która kara, jako najsurowsza, podlega wykonaniu w sytuacji opisanej w art. 181 § 1 k.k.s., jest zaskarżalne wyłącznie przez skazanego oraz organ postępowania przygotowawczego (art. 181 § 1 zd. trzecie k.k.s.), to okoliczność ta oznacza, że po pierwsze, uprawnienie to przysługuje wszystkim organom, nie tylko finansowym, a po wtóre – co ma niewątpliwie – zdaniem T. Razowskiego – wyjątkowy charakter – nie przysługuje prokuratorowi, językowo i systemowo umiejscowionemu przecież poza określeniem „organów postępowania przygotowawczego” (art. 118 § 1 i 2 k.k.s.)⁵⁵. Pogląd odmienny wyrazili T. Grzegorzczak⁵⁶, J. Zagrodnik⁵⁷, I. Zgoliński⁵⁸, A. Wielgolewska⁵⁹ oraz V. Konarska-Wrżosek⁶⁰, którzy uprawnienia prokuratora do zaskarżenia orzeczenia, o którym mowa w art. 181 § 1 zd. trzecie k.k.s. doszukują się w ogólnej normie kompetencyjnej, o której mowa w art. 21 k.k.w. w zw. z art. 178 § 1 k.k.s.

Nie ulega wątpliwości, że za wynikiem egzegezy tekstu prawnego zadowołanego w przepisie art. 181 § 1 zd. trzecie k.k.s. pozbawiającym prokuratora możliwości wniesienia środka odwoławczego od postanowienia rozstrzygającego, która kara, jako najsurowsza, podlega wykonaniu, silnie przemawia wykładnia językowa. Ustawodawca w treści przepisu art. 118 § 1 i 2 k.k.s. taksatywnie wymienia organy postępowania przygotowawczego w sprawach o przestępstwa skarbowe i wykroczenia skarbowe, wśród których nie ma prokuratora. Norma prawna zawarta w treści przepisu art. 118 § 1 i 2 k.k.s. niewątpliwie jest tzw. definicją nieklasyczną, która polega na tym, że w jej definiensie wyróżnia się nazwy, których zakresy wchodzą w zakres nazwy definiowanej⁶¹. Aplikując dyrektywy interpretacyjne derywacyjnej metody odkodowywania tekstu prawnego dojść należy do wniosku, że okoliczność, iż w tekście prawnym występuje definicja legalna danej zbitki słownej (wyrażenia), zmusza nas do jej uwzględnienia w procesie wykładni przepisów prawa. Za M. Zielińskim zauważyć także wypada, że umieszczenie jakiejś definicji w przepisach ogólnych danej ustawy przesądza o zasięgu, który obejmuje obszar całego tekstu prawnego⁶². Należy w tym miejscu zwrócić uwagę na okoliczność, że definicja organu postępowania przygo-

⁵⁵ T. Razowski, *op. cit.*, s. 1423.

⁵⁶ T. Grzegorzczak, *op. cit.*, s. 697.

⁵⁷ J. Zagrodnik, *op. cit.*, s. 849.

⁵⁸ I. Zgoliński, (w:) J. Lachowski (red.), *Kodeks karny wykonawczy. Komentarz*, Warszawa 2016, s. 103–105.

⁵⁹ A. Wielgolewska, (w:) A. Wielgolewska, A. Piaseczny (red.), *Kodeks karny skarbowy. Komentarz*, Warszawa 2012, s. 587.

⁶⁰ V. Konarska-Wrżosek, *op. cit.*, s. 1021.

⁶¹ M. Zieliński, *Wykładnia prawa. Zasady, reguły, wskazówki*, Warszawa 2008, s. 212.

⁶² *Ibidem*, s. 217.

wawczego w sprawach o przestępstwa skarbowe i wykroczenia skarbowe umieszczona została w przepisach ogólnych tytułu II kodeksu karnego skarbowego, odnoszącego się do postępowania w sprawach o przestępstwa skarbowe i wykroczenia skarbowe. Przepis art. 181 k.k.s. umieszczony jest zaś w tytule III kodeksu karnego skarbowego, dotyczącego postępowania wykonawczego w sprawach o przestępstwa skarbowe i wykroczenia skarbowe. Fakt ten – jak się wydaje – nie może pozostać obojętny dla czynionych ustaleń, czy prokurator również posiada legitymację do zaskarżania orzeczeń, wydanych na podstawie art. 181 § 1 k.k.s. Umieszczenie definicji legalnej organu prowadzącego postępowanie przygotowawcze w sprawach o przestępstwa skarbowe i wykroczenia skarbowe w dziale dotyczącym postępowania przed – i jurysdykcyjnego – moim zdaniem – istotnie bowiem osłabia tezę o bezwzględnej konieczności odwoływania się przy wykładni art. 181 § 1 zd. trzecie k.k.s. do treści art. 118 § 1 i 2 k.k.s., tj. do przepisu mającego zastosowanie w postępowaniu wykonawczym. Powyższa konstatacja pozwala nam *eo ipso* na przełamanie wyniku wykładni językowej art. 181 § 1 zd. trzecie k.k.s. i sięgnięcie do rezultatów wykładni systemowej i funkcjonalnej⁶³. Klauzula odsyłająca, wysłowiona w treści przepisu art. 178 § 1 k.k.s. pozwala przy wykonywaniu orzeczeń w sprawach o przestępstwa skarbowe i wykroczenia skarbowe na odpowiednie stosowanie przepisów kodeksu karnego wykonawczego. Zgodnie zaś z treścią przepisu art. 21 k.k.w. w postępowaniu przed sądem prokurator jest stroną; w szczególności zaś może składać wnioski, a w przypadkach wskazanych w ustawie wnosić zażalenia na postanowienia wydane w postępowaniu karnym. K. Postulski zauważa ponadto, że z treści przepisu art. 178 § 2 k.k.s. *expressis verbis* wynika, że prokurator jest stroną w postępowaniu wykonawczym przed sądem w sprawach dotyczących przestępstw skarbowych i wykroczeń skarbowych⁶⁴. Tym samym prokurator jako strona ma prawo inicjowania postępowania wykonawczego, jak również może składać wnioski dotyczące kierunków dalszego postępowania, przeprowadzenia określonych dowodów oraz kwestii formalnych, zaistniałych w toku postępowania oraz sposobu merytorycznego zakończenia postępowania, a także ma prawo wnoszenia zażaleń na postanowienia wydane w postępowaniu wykonawczym przez sąd pierwszej instancji lub sąd penitencjarny, przy czym zażalenia te może wnosić nie tylko na niekorzyść, ale także na korzyść skazanego⁶⁵. Stąd też zasadne

⁶³ Na temat potrzeby sięgania do wykładni systemowej i funkcjonalnej w procesie interpretacji przepisów prawa w sprawach karnych zob. m.in. T. Grzegorzczak, Kilka uwag o potrzebie sięgania do wykładni systemowej i funkcjonalnej w procesie wykładni przepisów prawa w sprawach karnych, (w:) A. Choduń, S. Czepita (red.), *W poszukiwaniu dobra wspólnego. Księga jubileuszowa Profesora Macieja Zielińskiego*, Szczecin 2010, s. 399–410.

⁶⁴ K. Postulski, *Kodeks karny wykonawczy. Komentarz*, Warszawa 2012, s. 181.

⁶⁵ S. Lelental, *Kodeks karny wykonawczy. Komentarz*, Warszawa 2010, s. 157–159.

jest – moim zdaniem – przychylenie się do stanowiska tych przedstawicieli doktryny prawa karnego skarbowego, którzy stoją na stanowisku, że również prokuratorowi przysługuje prawo do zaskarżania orzeczeń wydanych na podstawie art. 181 k.k.s. Wniosek powyższy jest *a fortiori* słuszny, jeśli zauważymy, że w sytuacji, gdy wartościowanie czynu poprzez multiplikację jego ocen dokonywane jest w jednym postępowaniu, to prokuratorowi jako stronie przysługuje prawo do zaskarżenia orzeczenia. Niezrozumiała byłaby tym samym taka interpretacja art. 181 § 1 zd. trzecie k.k.s., która tego samego uprawnienia, dotyczącego wszak oceny która z surowszych kar podlegałaby *in casu* wykonaniu, pozbawiałaby prokuratora w sytuacji, gdy proces wartościowania miał miejsce nie w jednym, a w dwóch lub więcej postępowaniach. Jak się wydaje również T. Razowski, powołując się na bardzo mocno funkcjonalną wykładnię dopuszcza taką interpretację art. 181 § 1 zd. trzecie k.k.s., która pozwala na obdarzenie również prokuratora uprawnieniami wysłowionymi w tymże przepisie, zastrzegając jednak, że z powodzeniem może być ona poczytywana jako przełamanie intencji ustawodawcy, w swym założeniu wszak racjonalnego⁶⁶. Reasumując trudno przyjąć, nie chcąc narażać się na zarzut dowolności, jakoby intencją ustawodawcy było rzeczywiście pozbawienie prokuratora możliwości inicjowania, jak również zaskarżania orzeczeń, wydanych na podstawie art. 181 § 1 k.k.s., tj. organu, który z mocy ustawy jest predestynowany do stania na straży praworządności⁶⁷.

Jak to już powyżej zauważono uruchomienie działania sądu – którego przedmiotem będzie rozstrzygnięcie, która kara jako najsurowsza, podlega wykonaniu – wymaga inicjatywy skazanego, organu postępowania przygotowawczego lub (jak to już wyżej wywiedziono) prokuratora. Jak zauważa T. Razowski *de lege lata* brak jest możliwości do wszczęcia postępowania w tym zakresie z urzędu. Autor ten konstatuje nawet, że doprawdy trudno dostrzec ku temu przekonywujące racje⁶⁸. Uważam jednak, że pogląd powyższy jest błędny. Z treści art. 181 § 3 k.k.s. *explicite* wynika, że w wypadku określonym w art. 8 § 2 k.k.s., a więc w sytuacji pozostającej w funkcjonalnym związku z konstrukcją idealnego zbiegu czynów karalnych, stosuje się odpowiednio przepisy kodeksu postępowania karnego dotyczące wyroku łącznego. Wyrok łączny sąd wydaje natomiast z urzędu lub na wniosek skazanego lub prokuratora (por. art. 570 k.p.k.). Biorąc również pod uwagę fakt, że instytucja idealnego zbiegu czynów karalnych budzi bardzo poważne wątpliwości natury konstytucyjnej, jak również konwencyjnej, odnośnie do możliwości naruszenia zasady *ne bis in idem*, uznać należy, posiłkując się wykładnią prokonstytucyjną art. 181 k.k.s., jak również wykładnią na korzyść

⁶⁶ R. Razowski, *op. cit.*, s. 1423.

⁶⁷ Art. 2 ustawy z dnia 28 stycznia 2016 r. Prawo o prokuraturze (tekst jedn. Dz. U. z 2017 r., poz. 1767 ze zm.).

⁶⁸ T. Razowski, *op. cit.*, s. 1423.

skazanego, że również wszczęcie postępowania, o którym mowa w tymże przepisie, nastąpić może także z urzędu. Pogląd powyższy jest tym bardziej uzasadniony, jeśli weźmiemy pod uwagę okoliczność, że zarówno konstrukcja art. 181 k.k.s., jak również mechanizmy redukcyjne, o których mowa w art. 8 § 2–3 k.k.s., są dla skazanego *a natura rei* korzystne, gdyż pozwalają przecież uniknąć konsekwencji podwójnego pociągnięcia do odpowiedzialności represyjnej, będącego wynikiem wyłącznie multiplikacji ocen wartościowanego prawnokarnie czynu. Trudno doprawdy byłoby racjonalnie uzasadnić stanowisko, w myśl którego sąd w razie dostrzeżenia konieczności aplikacji mechanizmów redukcyjnych na etapie wykonania kary miałby jedynie uprawnienie do zasygnalizowania tej okoliczności prokuratorowi, będąc sam pozbawiony możliwości wszczęcia postępowania *ex officio*. Konstatacja ta również wzmacnia pogląd o konieczności odwoływania się w tym przypadku do przepisów o karze łącznej, które kreują uprawnienie do działania sądu z urzędu (art. 570 k.p.k. w zw. z art. 181 § 3 k.k.s.).

Jeżeli sprawca został skazany niejednocześnie różnymi wyrokami za czyn karny skarbowy pozostający w idealnym zbiegu z innym czynem zabronionym, określonym w ustawie karnej, na zakazy tego samego rodzaju lub pozbawienie praw publicznych, to będzie zachodzić konieczność wymierzenia tych środków z odpowiednim zastosowaniem przepisów o karze łącznej (art. 8 § 2 k.k.s. i art. 568a § 1 pkt 2 k.p.k. w zw. z art. 181 § 3 k.k.s.). Właściwym do wydania wyroku łącznego jest sąd, który wydał ostatni wyrok skazujący lub łączny w pierwszej instancji, orzekający kary lub środki karne podlegające łączeniu (art. 569 § 1 k.p.k. w zw. z art. 181 § 3 k.k.s.). Jeżeli w pierwszej instancji orzekały sądy różnego rzędu, wyrok łączny wydaje sąd wyższego rzędu (art. 569 § 2 k.p.k. w zw. z art. 181 § 3 k.k.s.). Wyrok łączny wydaje się po przeprowadzeniu rozprawy (art. 573 § 1 k.p.k. w zw. z art. 181 § 3 k.k.s.). Z chwilą uprawomocnienia się wyroku łącznego, wyroki podlegające połączeniu nie podlegają wykonaniu w zakresie objętym wyrokiem łącznym (art. 576 k.p.k. w zw. z art. 181 § 3 k.k.s.).

W literaturze zasadnie zauważa się, że biorąc pod uwagę odesłanie w art. 181 § 3 k.k.s. do przepisów kodeksu postępowania karnego dotyczących wyroku łącznego przyjąć należy, że przepisy te znajdują zastosowanie jedynie w odniesieniu do orzeczonych zakazów, o których mowa w art. 8 § 2 k.k.s. *in fine* k.k.s. Treść przepisu art. 8 § 2 k.k.s. w pozostałej części czyni stosowanie tych przepisów (nawet odpowiednio) niemożliwym (*arg. ex art. 8 § 2 zd. drugie in fine* k.k.s. oraz art. 90 k.k. w zw. z art. 20 § 2 k.k.s.)⁶⁹.

Przepis art. 181 § 4 k.k.s. ma na celu zapobieżenie sytuacjom, w których sprawcę spotkałaby podwójna dolegliwość, gdy chodzi o wykonanie kar wy-

⁶⁹ F. Prusak, Kodeks karny skarbowy. Komentarz. Tom II. Komentarz do art. 54–191 k.k.s., Kraków 2006, s. 1307. Podobny pogląd wyraża J. Zagrodnik, *op. cit.*, s. 850.

mierzonych za czyny zabronione pozostające w idealnym zbiegu, co pozostawałoby w oczywistej sprzeczności z unormowaniem umieszczonym w art. 8 § 2 zd. pierwsze k.k.s.⁷⁰ Zgodnie z jego treścią, jeżeli kara łagodniejsza lub środek karny zostały uprzednio wykonane w całości lub w części, należy je zaliczyć na poczet kary najsurowszej lub środka karnego, z uwzględnieniem różnic zachodzących pomiędzy nimi (np. grzywna kwotowa za wykroczenie skarbowe lub powszechne i grzywna w stawkach dziennych za przestępstwo skarbowe lub grzywna w różnie liczonych stawkach za przestępstwo powszechne i skarbowe, zakaz prowadzenia działalności gospodarczej odmiennie określonej za naganny prawnokarnie czyn powszechny i skarbowy w zbiegu idealnym itp.)⁷¹. T. Razowski uważa, że skoro przepis art. 181 § 4 k.k.s. nie określa sposobu dokonania przewidzianego w nim zaliczenia wykonania kary lub środka karnego, nie pozostaje nic innego, jak sięgnięcie do art. 63 k.k., co do przestępstw skarbowych na zasadzie art. 20 § 2 k.k.s., a co do wykroczeń skarbowych w drodze *analogiae legis*⁷².

Na zakończenie powyższych rozważań zwrócić należy jeszcze uwagę na fakt, że w każdym przypadku rozwiązywania zagadnienia realnego zbiegu przepisów na podstawie art. 8 § 1 k.k.s. konieczne jest wyraźne wskazanie w wyroku, że został on oparty właśnie na konstrukcji idealnego zbiegu czynów karalnych. Służy to nie tylko wskazaniu – jak trafnie zauważa P. Kardas – że podstawą przypisania wielu przestępstw budowanych na tym samym czynie tego samego sprawcy jest konstrukcja idealnego zbiegu, lecz także wyraźnemu zaakcentowaniu, że w ocenianym przypadku podstawą odpowiedzialności jest „ten sam czyn”, obejmujący to samo zdarzenie historyczne, nie zaś wielość czynów⁷³. Jak zauważa bowiem Sąd Najwyższy w postanowieniu z dnia 27 sierpnia 2008 r., w wypadku skazania z zastosowaniem instytucji art. 8 k.k.s. niezbędne jest zawsze wyraźne wskazanie, iż stosowana jest konstrukcja idealnego zbiegu przestępstw określona w art. 8 k.k.s., co nastąpić może tylko wtedy, gdy w rozstrzygnięciu sądu w części dotyczącej kwalifikacji przypisanych przestępstw pojawi się przepis art. 8 k.k.s.⁷⁴

⁷⁰ J. Zagrodnik, *Ibidem*, s. 850.

⁷¹ T. Grzegorzczak, *op. cit.*, s. 697.

⁷² T. Razowski, *op. cit.*, s. 1424.

⁷³ P. Kardas, (w:) P. Kardas, G. Łabuda, T. Razowski (red.), *Kodeks karny skarbowy. Komentarz*, Warszawa 2017, s. 178; zob. również I. Sepioło, *Prawo i postępowania karne skarbowe*, Warszawa 2017, s. 50.

⁷⁴ Wyrok SN z dnia 27 sierpnia 2008 r., sygn. IV KK 46/08, KZS 2008, nr 11, poz. 46.

Determination of sentences and execution of sentences and other criminal-law measures in the event of an ideal concurrence of prohibited acts in criminal tax law

Abstract

This paper examines consequences of an ideal concurrence of offences (felonies and misdemeanours) in criminal tax law in terms of sentencing and difficulties in executing sentences and punitive measures imposed for such concurrent offences. Relevant opinions of legal experts and the case-law of the Constitutional Tribunal and the Supreme Court are presented for situations where offences at intersections of criminal tax law and common criminal law are to be assessed in a single set of proceedings or in sequential or parallel proceedings. Original solutions to interpretative problems arising therefrom are offered.

Damian Wąsik

Błędy i nieprawidłowości w wykonywaniu zawodu farmaceuty w ujęciu prawa karnego i prawa medycznego

Streszczenie

W dniu 16 kwietnia 2021 r. wchodzi w życie ustawa z dnia 10 grudnia 2020 r. o zawodzie farmaceuty (Dz. U. z 2021 r., poz. 97), pierwszy w historii prawa polskiego akt prawny tej rangi regulujący w sposób kompleksowy zasady i warunki wykonywania profesji farmaceuty. Okoliczność ta, podobnie jak rozszerzenie zakresu i katalogu form sprawowania nad pacjentem opieki farmaceutycznej, skłaniają do pogłębionej analizy problematyki prawnej oceny zaniedbań zawodowych farmaceutów w ujęciu prawa medycznego i prawa karnego. W piśmiennictwie od lat bowiem podnosi się, że z racji roli farmaceutów w procesie dążenia do osiągnięcia sukcesu terapeutycznego, wszelkie nieprawidłowości na tej płaszczyźnie mogą nieść ze sobą daleko idące konsekwencje dla pacjentów. Zasadniczym celem niniejszej publikacji jest udzielenie odpowiedzi na pytania: 1) czym charakteryzują się zaniedbania w profesji farmaceuty i jak mogą być klasyfikowane – uwzględniając stan prawny obowiązujący od dnia 16 kwietnia 2021 r. i nowy zakres opieki farmaceutycznej, 2) czy nieprawidłowości w działalności farmaceuty – biorąc pod uwagę specyfikę tego zawodu – należy postrzegać jako błąd medyczny, czy odrębną kategorię uchybień zawodowych, 3) jakie są możliwości prawnej kwalifikacji czynów zabronionych, stanowiących omawiane uchybienia. Powyższe kwestie są omawiane w powiązaniu z historyczno-prawnymi aspektami ewolucji profesji farmaceuty oraz prezentacją aktualnego stanu prawnego i motywów dokonanych na przestrzeni ostatnich miesięcy zmian legislacyjnych.

Słowa kluczowe

Błąd medyczny, opieka farmaceutyczna, zawód farmaceuty, błąd w sztuce aptekarskiej, narażenie pacjenta na niebezpieczeństwo utraty życia i zdrowia.

I. Wprowadzenie

W piśmiennictwie prawnomedycznym wyrażany jest słuszny pogląd, zgodnie z którym każda działalność ludzka obarczona jest ryzykiem popełnienia błędu. W niektórych sytuacjach może to jednak skutkować bardzo poważnymi, często nieodwracalnymi konsekwencjami¹. Do takich błędów niewątpliwie należy zaliczyć pomyłki popełnione w sferze udzielania pacjentom świadczeń zdrowotnych, czy inaczej – uchybienia w niesieniu szeroko pojętej pomocy medycznej chorym. Obserwowany na przestrzeni ostatnich dziesięcioleci dynamiczny rozwój medycyny pozwolił zdecydowanie rozszerzyć katalog oferowanych pacjentom form terapii i diagnostyki. Leczenie chorych stało się bardziej interdyscyplinarne, czego przejawem jest zaangażowanie w opiekę nad pacjentem lekarzy o różnych specjalizacjach, jak również pozostałych pracowników ochrony zdrowia – pielęgniarek, położnych, ratowników medycznych czy fizjoterapeutów. Współczesny model i zakres udzielania świadczeń zdrowotnych w dużej mierze koreluje ze złożoną strukturą służby zdrowia, wymagającą zaawansowanej współpracy przedstawicieli całego środowiska medycznego – stosownie do posiadanych kwalifikacji i doświadczenia zawodowego. W literaturze prawnomedycznej zwraca się uwagę m.in. na miejsce farmaceuty w systemie ochrony zdrowia i jego szczególną pozycję zawodową. Jednocześnie przestrzega się, uwzględniając wagę świadczonych przez niego usług w dążeniu do osiągnięcia sukcesu terapeutycznego, że zaniedbania na płaszczyźnie jego działalności, będą nieść ze sobą daleko idące konsekwencje dla pacjentów². W wielu krajach rozwiniętych farmaceuci są tą grupą zawodową, która z powodzeniem przeprowadza analizę stosowanych leków, a także wykrywa, eliminuje i zapobiega problemom lekowym. Działania te przyczyniają się do poprawy zdrowia społeczeństwa oraz polepszenia sytuacji ekonomicznej systemów opieki zdrowotnej. Farmaceuta podczas kontaktu z pacjentem w aptece otrzymuje informacje dotyczące wszystkich stosowanych przez pacjenta leków, co czyni z niego *de facto* ostatniego fachowego pracownika systemu zdrowotnego, z którym spotyka się pacjent przed rozpoczęciem stosowania leku. Co więcej, farmaceuta ma obowiązek gromadzenia tego rodzaju danych w ramach sprawowanej opieki farmaceutycznej³.

¹ Zob. M. Kiełbus, J. Bujny, Błąd w sztuce aptekarskiej, Aptekarz Polski 15 maja 2020 r., Źródło: <https://www.aptekarzpolski.pl/prawo/09-2008-blad-w-sztuce-aptekarskiej> (dostęp w dniu 5 stycznia 2021 r.).

² *Ibidem*.

³ Por. A. Skowron, J. Dymek, Rola farmaceuty w wykrywaniu i rozwiązywaniu problemów lekowych wśród pacjentów ambulatoryjnych, Zdrowie Publiczne i Zarządzanie 2013, nr 11 (1), s. 45.

Ostatnie zmiany legislacyjne dokonane na gruncie polskiego prawa farmaceutycznego, polegające na uchwaleniu aktu prawnego w całości poświęconego zasadom i warunkom wykonywania zawodu farmaceuty, a w szczególności rozszerzenie zakresu i formy sprawowania nad pacjentem opieki farmaceutycznej, skłaniają do prawnomedycznej i prawnokarnej oceny ewentualnych zaniedbań zawodowych farmaceutów.

Zasadniczymi celami niniejszej publikacji jest udzielenie odpowiedzi na pytania: 1) czym charakteryzują się zaniedbania w profesji farmaceuty i jak mogą być klasyfikowane – uwzględniając stan prawny obowiązujący od dnia 16 kwietnia 2021 r. i nowy zakres opieki farmaceutycznej, 2) czy nieprawidłowości w działalności farmaceuty – biorąc pod uwagę specyfikę tego zawodu – należy postrzegać jako błąd medyczny, czy odrębną kategorię uchybień zawodowych, 3) jakie są możliwości prawnej kwalifikacji czynów zabronionych, stanowiących omawiane uchybienia. Powyższe kwestie nie mogą być omawiane w oderwaniu od historyczno-prawnych aspektów ewolucji profesji farmaceuty oraz prezentacji aktualnego stanu prawnego i motywów zmian legislacyjnych, dokonanych na przestrzeni ostatnich miesięcy. Z tego względu zasadne jest zwięzłe zaprezentowanie, w jaki sposób kształtował się zawód farmaceuty, jako zawód medyczny, z uwzględnieniem regulacji prawnych wchodzących w życie w dniu 16 kwietnia 2021 r.

II. Farmaceuta jako zawód medyczny – krótki zarys historyczny

W szeroko pojętej literaturze medycznej podkreśla się, że zainteresowanie przeszłością, a nawet swoisty kult tradycji zawodowych i naukowych, są wśród farmaceutów powszechne⁴. Przyjmuje się m.in., że kolebką zorganizowanego leczenia była starożytna Azja, gdzie Sumerowie żyjący na obszarze dzisiejszego Iraku, rozpowszechniali opowieść o Gilgameszu, który zdobył dla umierającego przyjaciela – Enkida – „roślinę życia”. Mimo poświęcenia bohatera ww. legendy, bogowie zesłali węża, który ją ukradł, zrzucił skórę i uciekł. Dość wspomnieć, że sumeryjskim bogiem zdrowia był Ninazo, przedstawiany z laską i owiniętym wokół niej wężem. W starożytnym Egipcie jednym z bogów, które swoją opiekę rozciągały nad zdrowiem, był Thot, uważany za twórcę chemii. Utożsamiany był on z pilotem łodzi, sondującym kijem nurt rzeki, a określano go, jako Ph-ar-maki („ten, który strzeże”). Starożytni Grecy wprowadzili natomiast do ówczesnego im powszechnie używanego języka takie pojęcia, jak *pharmakon* („lek”, „trucizna”), czy *pharmakeis* („wiedza o lekach”). Greckim bogiem leczenia był Asklepios, a jedną z jego córek Hygieja (szafarka leków), kobieta przedstawiana z kielichem

⁴ B. Kuźnicka, Historia farmacji – organizacja, kierunki badań i perspektywa rozwoju, *Kwartalnik Historii, Nauki i Techniki* 1987, nr 32 (1), s. 172.

i wężem, będąca dzisiejszym symbolem aptekarzy. Po podbiciu Grecji przez Rzymian w społeczeństwie rozpowszechniony został łaciński termin *pharmacia*, a symbolami farmacji – przez lata – pozostawały moździerz (*mortarium*) i *pistel* (*pistillo*)⁵.

W starożytnej Grecji funkcjonowała instytucja zwana *apotheke* („skład”, „magazyn”). W literaturze prawnomedycznej podkreśla się, że początek handlu środkami leczniczymi sięga właśnie tych czasów, kiedy to pojawili się pierwsi kramarze uliczni. Z tego względu określenie *apothecarius* najczęściej pokrywało się wówczas z pojęciem kupca, a nie aptekarza⁶.

Nie do przecenienia na wczesnym etapie rozwoju farmacji jest rola Kościoła. Wspomnieć należy o organizacji szkół katedralnych, gromadzeniu i kopiowaniu starożytnych dzieł w klasztorach, prowadzeniu szpitali, w których infirmierze sporządzali leki, czy hodowli ziół i innych roślin leczniczych w przyklasztornych ogrodach (*hortus sanitatis*). Okres ten w dziejach aptekarstwa europejskiego określany jest jako okres farmacji klasztornej. Docenić należy też działalność Arabów, którzy po przybyciu do Europy sprowadzili na kontynent nieznane dotąd surowce lecznicze i leki w liczbie ponad 500, a także rozwinęli i wprowadzili szereg metod chemicznych, tj. destylację, krystalizację i sublimację. Na ziemiach arabskich faktycznie rozdzielono zawody lekarza (*tabib* – „tylko leczy”) i aptekarza (*al-attor*, *al-saydanani* – „tylko wyrabia leki”). Apteki działały przy kilku dworach książęcych i siedzibach kalifów (np. w Bagdadzie, Isfahan, Kairze czy Kordobie)⁷.

Ważnym okresem w dziejach kształtowania się profesji farmaceuty były wydarzenia mające miejsce na przestrzeni lat 1161–1240 na terenach Europy Zachodniej. W latach 1161–1202 w Arles, a w 1180 r. w Montpellier, na wniosek rad miejskich, rozdzielono zawody lekarza i aptekarza, zaś w latach 1231–1240 król sycylijski i Święty Cesarz Rzymski Fryderyk II Hohenstauf wydał *Constitutiones* – Konstytucje Królestwa Sycylii (Księgę Praw Cesarstwa) – dokument określający kompetencje lekarza i aptekarza. Zakazano tworzenia jakichkolwiek spółek łączących wzajemnie przedstawicieli ww.

⁵ Zob. Z. Kamiński, M. Wesołowski, O dawnych aptekach, *Farm. Pol.* 2010, vol. 66 (1), s. 25 i powołana tam literatura, m.in. J. Thorwald, *Dawna medycyna, jej tajemnice i potęga*, Wrocław–Warszawa–Kraków–Gdańsk–Łódź 1990; W. Roseke, *Polskie apteki*, Wrocław–Warszawa–Kraków 1991; R. Rembieniński, B. Kuźnicka, *Historia farmacji*, Warszawa 1987, G. Sonnedecker, *Kremers und Urdangs history of pharmacy*, J. B. Lippincott – USA 1976.

⁶ D. Karkowska, *Zawody medyczne*, Warszawa 2012, s. 163.

⁷ Z. Kamiński, M. Wesołowski, O dawnych aptekach, s. 25–26. Zasady wykonywania zawodu aptekarza zwanego w krajach arabskich szandalani (od wyrazu szandal, oznaczającego drewno sandałowe, sprzedawane w aptekach jako kadzidło do obrzędów religijnych), nie były regulowane w dużych miastach arabskich żadnymi przepisami prawnymi. Przypuszcza się, że kwalifikacje aptekarzy arabskich były wysokie, podobnie jak lekarzy, zaś same czynności aptekarskie cieszyły się od początku dużym szacunkiem społeczeństwa arabskiego. Zob. D. Karkowska, *Zawody medyczne*, s. 164.

zawodów, a także wprowadzono zakaz konkurencji między nimi. Zadaniem aptekarza było staranne sporządzanie leków zgodnie z najlepszą wiedzą, co podlegało kontroli lekarza i Rady Miasta. Tym samym aptekarzowi został nadany status rzemieślnika, magistra, *confectionarius* (*conficio* – „sporządzać”), *stationarius* (*statio* – „miejsce pobytu”). W praktyce lekarz wydawał więc polecenie (*ordinatio*) sporządzenia określonego medykamentu, a aptekarz polecenie to przyjmował i realizował (*recipe* – stąd nazwa recepta)⁸. Apteka uznana została za publiczną placówkę sanitarną, a jej otwarcie uzależniono od otrzymania zgody władz państwowych w określonych miastach królewskich. Ponadto ustalono cennik urzędowy, czyli wykaz opłat za leki, a *confectionarius* zostali zobowiązani do składania przysięgi⁹.

W średniowiecznej Europie leki dyspensowano w kramach aptecznych, zaś pierwsze, nieliczne apteki pojawiły się na przełomie XIII i XIV w. m.in. w Trogirze (na obecnym terenie Chorwacji – 1271 r.), Krakowie (od 1278 r. aptekę prowadził tu lekarz księcia Leszka Czarnego), Moguncji (1300 r.), Budapeszcie (1303 r.), Toruniu (1389 r.), czy w Gdańsku (lata 1399–1402). W Polsce apteki najczęściej sytuowano na dworach i w miastach książęcych, określając je np. jako *apateka*, *aptyka*, *hptykarz* lub aptekarz. Aptekarze zwykle należeli do cechów skupiających np. złotników i malarzy (tak np. w Poznaniu w 1489 r. i w Warszawie w 1516 r.) lub piwowarów (zob. Gniezno w 1535 r. i Kalisz w 1690 r.). Jedynie w Gdańsku i w Krakowie aptekarz był wolnym zawodem¹⁰. Do połowy XVI w. aptekę stanowiło jedno pomiesz-

⁸ Z. Kamiński, M. Wesołowski, O dawnych aptekach, s. 26.

⁹ D. Karkowska, Zawody medyczne, s. 165.

¹⁰ Dzieje zawodu farmaceuty w Gdańsku są szczególnie interesujące, obrazują bowiem warunki, w jakich organizowano apteki w omawianym czasie, jak i problemy, z którymi się wówczas mierzono. W XVI w. Rada Miejska Gdańska, chcąc zlikwidować apteki prywatne, zorganizowała aptekę „ratuszową”, która w połowie XVI w. spłonęła pozbawiając miasto apteki na kolejne 2 lata. Od 1553 r. wydawano w Gdańsku nowe zezwolenia na prowadzenie aptek, decydując jednak o ograniczeniu ich liczby do sześciu (1650 r.). Aptekami kierowali również lekarze, a wśród nich m.in. Johann Brettschneider (1514–1577), używający nazwiska Placotomus. Jego syn założył w 1615 r. ogród botaniczny podziwiany przez samego Charles’a Ogier’a – sekretarza francuskiego poselstwa w Gdańsku (1635–1636). W mieście działały także apteki prowadzone przez pseudolekarzy i pseudoaptekarzy (tzw. partaczy). Rada Miejska Gdańska oficjalnie starała się zwalczać tego typu praktyki, niemniej jednak w 1615 r. podjęto decyzję o egzaminowaniu samowwających aptekarzy celem legalizacji działalności ww. placówek. W 1707 r. powołano komisję składającą się z 2 aptekarzy i 2 pachółków dla ochrony, ale wybuch epidemii dżumy zniweczył te plany. Warto zauważyć, że Rada Miejska Gdańska niekiedy udzielała zezwoleń „partaczom” (w 1658 r. takie zezwolenie otrzymał np. Gerhard Specht), ale w praktyce dużą część działalności likwidowano, czego przykładem jest 1666 r. i apteka Tomasza Schmidta, umieszczona w klasztorze Dominikanów. W szeroko pojętym środowisku farmaceutycznym działali również aptekarze królewscy (tzw. serwitorzy), którzy zaopatrywali dwór w słodycze, marcepany, świece do komnat, korenie do potraw, kosmetyki (pachnidła, szminki, farby do włosów), pomagali przy pogrzebach króla, nie podlegali radom miejskim, nie mieli praw miejskich, nie płacili podatków ani cła, mogli otworzyć aptekę w całej Polsce, pracowali tylko na zamku (*aulici*) lub towarzyszyli

czenie, a dopiero w latach późniejszych korzystano z większej ich liczby (pomieszczenia przeznaczone były na laboratorium, piwnice dla płynów łatwopalnych, zielarnię, przy aptekach funkcjonowały także ogrody. Pacjentów obsługiwano wewnątrz apteki (ekspedycja). Co ciekawe, w aptekach sprzedawano m.in. korzenie roślinne, używane jako dodatki i aromaty do mięs i wyrobów piekarniczych¹¹.

Właściciele aptek w różnych miastach Polski musieli uzyskać odpowiednie zezwolenie na ich prowadzenie od władz miejskich. Akt ten był pierwotną formą późniejszych tzw. przywilejów aptekarskich. Obok zezwoleń indywidualnych na wykonywanie zawodu aptekarskiego znane są z XVI w. trzy dokumenty uprawnień zbiorowych, nadane aptekarzom przez królów polskich: 1) przywilej poznański z 1564 r. wydany przez Zygmunta Augusta, przewidujący prawo do dalszego handlu szerokim asortymentem surowców; 2) przywilej toruński z 1576 r. wydany przez Stefana Batorego, który chronił aptekarzy przed konkurencją, nadając pełną swobodę przygotowania i sprzedaży leków oraz innych środków wchodzących w zakres sztuki aptekarskiej, ale i ograniczający liczbę aptek w miastach (co w założeniu miało zapobiegać sprzedaży medykamentów przestarzałych, sfałszowanych i bezwartościowych); 3) przywilej przemyski z 1591 r. wydany przez Zygmunta III Wazę, regulujący zasady sprzedaży leków¹².

Po utracie przez Polskę niepodległości w 1775 r. aptekarstwo polskie dostało się pod jurysdykcję poszczególnych państw zaborczych. Na obszarze zaboru rosyjskiego obowiązywały ustawy z 1844 r. i 1905 r., na obszarze zaboru niemieckiego – znowelizowana ustawa o aptekach z 1801 r., zaś na terytorium zaboru austriackiego – ustawa o aptekach z 1906 r. Ustawa z zaboru rosyjskiego z 1844 r. wprowadzała cztery kategorie pracowników apte-

królowi w podejmowanych wyprawach, w tym wojennych (*itinerarii*). Kilku z nich z powodzeniem zabiegało o utworzenie apteki w Gdańsku, a najbardziej znanym serwitorem był Jan Wegener, który założył w 1622 r. aptekę „Zum englischen Wappen”. Rada Miejska Gdańska kontrolowała apteki od XVI w. delegując do tego zadania upoważnionych lekarzy lub fizyków miejskich, którym od 1592 r. towarzyszyli dwaj rajcy (*apotheker-herren, decernenci*). Skuteczność kontroli często była niezadawalająca. Dość wspomnieć, że w 1578 r. Rada Miejska Gdańska nie dysponowała rzetelnymi informacjami, ile aptek w mieście funkcjonuje legalnie. W tej sytuacji wydano dwie gdańskie ustawy o aptekach: Apotheker Ordnung w 1597 r., w której zalecano m.in. wagi norymberskie oraz Medicinal Ordnung w 1703 r. Ponadto uregulowano ceny artykułów sprzedawanych w aptekach, wydając w 1668 r. takse aptekarską. Zob. Z. Kamiński, M. Wesołowski, O dawnych aptekach, s. 27–29 i powołana tam literatura: A. Drygas, Kształtowanie się podstaw prawnych aptekarstwa na przekroju dziejów, Tom I–III, Gdańsk 1995; *idem*, Słownik historii gdańskiej farmacji, Przegląd Farm. 2008, nr 2 (11), s. 189–199; S. Sokół, Medycyna w Gdańsku w dobie Odrodzenia, Warszawa–Wrocław 1960; E. Cieślak (red.), Historia Gdańska. Tom I (do roku 1454), Tom II (1454–1655), Tom III/1 (1655–1793), Tom III/2 (1793–1815), Gdańsk 1978, 1982, 1993, Tom IV/1, Tom IV/2, Sopot 1998.

¹¹ Z. Kamiński, M. Wesołowski, O dawnych aptekach, s. 27.

¹² D. Karkowska, Zawody medyczne, s. 167.

ki: aptekarza, prowizora, pomocnika i ucznia, przy czym po odzyskaniu przez Polskę niepodległości utrzymano tytuł prowizora farmacji, funkcjonujący obok tytułu magistra farmacji. Należy zaznaczyć, że aptekarstwo byłego zaboru pruskiego oparte było początkowo przede wszystkim na pruskim ustawodawstwie państwowym – kilkakrotnie nowelizowanej ustawie o aptekach z 1801 r., która dotyczyła przede wszystkim uprawnień zawodowych, tzw. aprobacji¹³.

W okresie XX-lecia międzywojennego Polskie Towarzystwo Farmaceutyczne (PTF) opracowało Zasady etyki zawodowej aptekarza Rzeczypospolitej Polskiej. Zakazywały one praktyk polegających na wskazywaniu przez lekarza apteki, w której chory mógł kupić dany lek. Zasady te omawiały też zagadnienie reklamy, konkurencji pomiędzy aptekami, jak również zabraniały nabywania i rozpowszechniania środków leczniczych w sposób sprzeczny z prawem. W okresie międzywojennym organizacja pracy w aptekach była oparta na więzach rodzinnych, a zawód aptekarza miał charakter pokoleniowy, co miało sprzyjać pielęgnowaniu tradycji i stabilizować wkomponowywanie apteki w lokalną społeczno-gospodarczą rzeczywistość¹⁴.

W kontekście poruszanej tematyki należy zwrócić uwagę na ustawę z dnia 25 marca 1938 r. o wykonywaniu zawodu aptekarskiego (Dz. U. z 1938 r., Nr 23, poz. 202). Zgodnie z art. 1 ust. 1 i 2 ww. ustawy, pod pojęciem wykonywania zawodu aptekarskiego rozumiano pracę w aptece, polegającą na: 1) wytwarzaniu, przyrządzaniu, utrzymywaniu i przechowywaniu w aptece oraz wydawaniu z niej środków, używanych w lecznictwie ludzi i zwierząt, w szczególności zaś przyrządzaniu i wydawaniu leków według recept osób uprawnionych do ich zapisywania; 2) zarządzaniu apteką; 3) sprawdzaniu tożsamości i jakości środków leczniczych. Ponadto wykonywanie zawodu aptekarza obejmowało wytwarzanie, przyrządzanie, utrzymywanie i przechowywanie w aptece oraz wydawanie z niej środków dietetycznych, higieniczno-kosmetycznych, wszelkich przedmiotów, przeznaczonych do leczenia i pielęgnowania chorych, oraz trutek do tępienia szkodników i pasożytów. Prawo wykonywania zawodu mogło być stałe lub czasowe (art. 2 ust. 1 ówczesnej ustawy). Omawiany akt prawny przewidywał, że zawodu aptekarskiego nie można było łączyć z praktyką lekarską, dentystyczną, weterynaryjną, tudzież z prowadzeniem lecznicy lub przychodni (art. 11 ust. 1 ówczesnej ustawy).

Innym istotnym aktem prawnym wydanym w tym czasie była ustawa z dnia 15 czerwca 1939 r. o Izbach Aptekarskich (Dz. U. z 1939 r., Nr 55, poz. 346). W myśl art. 1 ww. ustawy, Naczelna Izba Aptekarska i okręgowe izby aptekarskie stanowiły samorząd zawodu aptekarskiego, jako reprezen-

¹³ *Ibidem*, s. 168–169.

¹⁴ *Ibidem*, s. 171–172.

tację zawodowych, społecznych i gospodarczych interesów zawodu aptekarskiego. W myśl art. 9 ww. ustawy członkowie izb aptekarskich byli zobowiązani przestrzegać zasad etyki, mieli godnie zachowywać się i sumiennie wykonywać swoje obowiązki. W myśl art. 19 ww. ustawy za niewykonywanie powyższych obowiązków podlegali oni odpowiedzialności dyscyplinarnej. Natomiast w przypadku członków izb, zatrudnionych w instytucjach rządowych, samorządowych, przedsiębiorstwach państwowych i instytucjach ubezpieczeń społecznych, do pociągnięcia ww. do odpowiedzialności zawodowej koniecznym było uzyskanie uprzedniej zgody Ministra Opieki Społecznej, względnie Ministra Spraw Wojskowych – w odniesieniu do oficerów – farmaceutów i członków izb, zatrudnionych w przedsiębiorstwach i przedsiębiorstwach wojskowych. W późniejszym okresie, ww. przepisy były zmieniane m.in. przez ustawę z dnia 21 grudnia 1946 r. o utworzeniu okręgowych izb aptekarskich (Dz. U. z 1946 r., Nr 3, poz. 15 i 16).

Aktami prawnymi, które regulowały status farmaceutów w Polsce po II wojnie światowej, były ustawa z dnia 8 stycznia 1951 r. o aptekach (Dz. U. z 1951 r., Nr 1, poz. 2 ze zm.), rozporządzenie Ministra Zdrowia z dnia 17 czerwca 1952 r. w sprawie wykonywania czynności fachowych w aptekach otwartych oraz specjalnych kwalifikacji fachowych wymaganych od pracowników tych aptek (Dz. U. z 1952 r., Nr 30, poz. 205) oraz rozporządzenie Ministra Zdrowia z dnia 18 kwietnia 1956 r. w sprawie wykonywania czynności fachowych w aptekach oraz specjalnych kwalifikacji wymaganych od pracowników aptek (Dz. U. z 1956 r., Nr 13, poz. 66). Regulacje powyższe przewidywały, że przy wykonywaniu w aptece czynności fachowych, polegających w szczególności na wyrobie i wydawaniu leków i artykułów sanitarnych oraz sprawdzaniu ich jakości i tożsamości, powinni być zatrudnieni farmaceuci, tj. osoby, które ukończyły studia farmaceutyczne w polskiej szkole wyższej bądź studia za granicą, uznane w Państwie Polskim za równorzędne, albo z mocy obowiązujących przepisów uzyskały tytuł prowizora farmacji bądź pomocnika aptekarskiego. Jeżeli jednak ww. czynności miałyby być wykonywane samodzielnie i w pełnym zakresie dopuszczalne było zatrudnianie w aptekach wyłącznie: 1) magistrów farmacji, jeżeli po ukończeniu studiów pracowali w aptece społecznej, szpitalnej (sanatoryjnej) lub kolejowej przez jeden rok w wymiarze 42 godzin tygodniowo pod nadzorem osoby posiadającej prawo samodzielnego wykonywania w aptece czynności fachowych w pełnym zakresie; 2) prowizorów farmacji; 3) aptekarzy aprobowanych, tj. osób, którym na podstawie przepisów obowiązujących przed dniem 8 stycznia 1951 r. zostały wydane upoważnienia do wykonywania zawodu aptekarskiego; 4) pomocników aptekarskich; 5) asystentów aptecznych, tj. osób, które złożyły egzamin tyrocynalny przy gremiach aptekarskich lub uzyskały świadectwo ze złożonego wstępnego egzaminu farmaceutycznego. Ponadto przy wyrobie i wydawaniu leków dopuszczalne było zatrud-

nianie techników farmaceutycznych i techników aptecznych pod warunkiem spełnienia przez nich wymagań związanych z wykształceniem i doświadczeniem zawodowym, określonych w akcie wykonawczym z dnia 18 kwietnia 1956 r. Technik apteczny uprawniony był do sporządzania i wydawania leków niezawierających w swym składzie trucizn i środków odurzających – pod nadzorem osoby posiadającej prawo samodzielnego wykonywania czynności fachowych w pełnym zakresie, jak również wykonywania czynności pomocniczych z zakresu sporządzania leków niezawierających w swym składzie trucizn i środków odurzających.

W literaturze zauważa się, że warunki wprowadzone w latach 50. przetrwały z niewielkimi zmianami do końca 1989 r., a ujawniony w latach 80. kryzys gospodarczy kraju, podobnie jak zachodzące w związku z tym zmiany, stały się szansą dla farmaceutów na prywatyzację aptek. Skuteczne podjęcie takich działań umożliwiła ustawa z dnia 23 grudnia 1988 r. o działalności gospodarczej (Dz. U. z 1988 r., Nr 41, poz. 324 z późn. zm.). Polityka farmaceutyczna państwa, w tym polityka wobec prywatnych właścicieli aptek, była w omawianym okresie dalece nietransparentna¹⁵.

W dobie III Rzeczypospolitej Polskiej zasady wykonywania zawodu farmaceuty i jego roli w procesie udzielania świadczeń zdrowotnych regulowały i nadal regulują przede wszystkim ustawa z dnia 6 września 2001 r. – Prawo farmaceutyczne (tekst jedn. Dz. U. z 2020 r., poz. 944), dalej jako „pr.farm.”, oraz ustawy z dnia 19 kwietnia 1991 r. o izbach aptekarskich (tekst jedn. Dz. U. z 2019 r., poz. 1419 ze zm.). Przepis art. 2a ust. 2 pr.farm. stanowi, że ilekroć w tej ustawie jest mowa o osobie wykonującej zawód medyczny, rozumie się przez to m.in. farmaceutę oraz technika farmaceutycznego. Zgodnie natomiast z art. 2a ust. 1 ustawy z dnia 19 kwietnia 1991 r. o izbach aptekarskich wykonywanie zawodu farmaceuty ma na celu ochronę zdrowia publicznego i obejmuje udzielanie szeregu usług farmaceutycznych polegających np. na sporządzaniu i wytwarzaniu produktów leczniczych, ocenie jakości leków recepturowych, leków aptecznych i leków gotowych, sporządzaniu leków recepturowych i leków aptecznych w aptekach, sprawowaniu nadzoru nad wytwarzaniem, obrotem, przechowywaniem, wykorzystaniem i utylizacją ww. produktów leczniczych i wyrobów medycznych, a także sprawowaniu opieki farmaceutycznej polegającej na dokumentowanym procesie, w którym farmaceuta, współpracując z pacjentem i lekarzem, a w razie potrzeby z przedstawicielami innych zawodów medycznych, czuwa nad prawidłowym przebiegiem farmakoterapii w celu uzyskania określonych jej efektów poprawiających jakość życia pacjenta.

Na gruncie przepisów powyższych aktów prawnych w orzecznictwie ukształtował się pogląd, zgodnie z którym zawód farmaceuty jest bez wąt-

¹⁵ *Ibidem*, s. 175–176.

pienia zawodem zaufania publicznego, a główny cel działalności samorządu aptekarskiego został określony w art. 17 Konstytucji RP i jest nim sprawowanie pieczy nad należytym wykonywaniem zawodu farmaceuty. Zostało to potwierdzone w ww. art. 7 ust. 1 pkt 5 ustawy z 1991 r. o izbach aptekarskich, który stanowi, że zadaniem samorządu aptekarskiego jest w szczególności sprawowanie pieczy i nadzoru nad wykonywaniem zawodu¹⁶. Celem działalności samorządu aptekarskiego jest w szczególności zachowanie godności i niezależności zawodu farmaceuty. Wyłącznie niezależny farmaceuta, wykonujący swoje obowiązki zawodowe w odpowiednich warunkach gwarantuje osiągnięcie celu w postaci ochrony zdrowia publicznego. Samorząd aptekarski, który zobowiązany został do sprawowania nadzoru nad prawidłowym wykonywaniem czynności zawodowych przez farmaceutów musi dbać, aby warunki, w jakich farmaceuci pracują, pozwalały im postępować zgodnie z przepisami prawa i zasadami etyki¹⁷.

III. Warunki wykonywania zawodu farmaceuty w Polsce od dnia 16 kwietnia 2021 r.

Wydarzeniem o doniosłym znaczeniu dla środowiska farmaceutycznego był fakt uchwalenia w dniu 10 grudnia 2020 r. ustawy o zawodzie farmaceuty (Dz. U. z 2021 r., poz. 97), dalej jako „u.z.farm.”, w której określono zasady uzyskiwania prawa wykonywania zawodu farmaceuty, wykonywania zawodu farmaceuty oraz ustawicznego rozwoju zawodowego farmaceutów. W projekcie ww. aktu prawnego, wśród motywów jego uchwalenia, wskazywano m.in. potrzebę zrealizowania postulatów zamieszczonych w dokumencie rządowym „Polityka Lekowa Państwa 2018–2022” w zakresie, w jakim dotyczą one spraw związanych z usługami świadczonymi przez przedstawicieli

¹⁶ Zob. wyrok Sądu Apelacyjnego w Krakowie z dnia 10 maja 2018 r., sygn. I ACa 1237/17, LEX nr 2527000.

¹⁷ Por. wyrok Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego w Warszawie z dnia 6 marca 2015 r., sygn. VI SA/Wa 3292/14, LEX nr 1794294. Jednocześnie podkreślano, że reprezentowanie zawodu aptekarza oraz obrona jego interesów, o czym stanowi art. 7 ust. 1 pkt 1 ustawy z 1991 r. o izbach aptekarskich, polega na podejmowaniu przez organy samorządu zawodowego różnego rodzaju działań na forum zewnętrznym, pozakorporacyjnym w stosunku do innych podmiotów (w tym organów państwa). Reprezentowanie obejmuje występowanie w imieniu aptekarzy w ważkich dla tego zawodu sprawach. Analogicznie należy postrzegać obronę interesów zawodu aptekarza. W obu przypadkach chodzi więc o działania organu samorządu aptekarskiego w interesie grupowym, czyli ogółu członków samorządu farmaceutów. Nie można natomiast traktować jako „reprezentowania” zawodu i obrony jego interesów działań podejmowanych „wewnątrz” samorządu, poprzez określenie pożądaných przez organ samorządu zawodowego zasad działania jego członków. Zob. wyrok Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego w Warszawie z dnia 4 marca 2015 r., sygn. VI SA/Wa 3244/14, LEX nr 1729564.

zawodu medycznego farmaceuty, jak również uregulowania zasad wykonywania tego zawodu, ze szczególnym uwzględnieniem uzyskiwania prawa wykonywania zawodu farmaceuty oraz kwestii szkoleń i doskonalenia zawodowego. Sygnalizowano także występowanie problemów polegających na braku funkcjonowania opieki farmaceutycznej sprawowanej przez farmaceutę we współpracy z lekarzem, co skutkuje m.in.: 1) brakiem kontroli polipragmatyzacji wynikającej z przyjmowania przez chorego kilku leków, zarówno przepisanych przez lekarza, jak i z grupy leków dostępnych bez recepty (OTC) oraz szeroko reklamowanych suplementów diety, często bez znajomości ich działania i świadomości możliwych interakcji; 2) nieprzestrzeganiem zaleceń lekarskich dotyczących regularnego stosowania leku, co jest szczególnie istotne w terapii pacjentów przewlekle chorych; 3) wzrastającym rynkiem tzw. „samoleczenia” pacjentów w oparciu o leki OTC oraz suplementy diety; 4) budowaniem wiedzy o leczeniu przez pacjentów w oparciu o informacje niepotwierdzone badaniami naukowymi. Ustawodawca zauważył, że koniecznym było kompleksowe uregulowanie zasad wykonywania zawodu farmaceuty w ramach jednego aktu normatywnego, a przy tym ich usystematyzowanie, uaktualnienie i dostosowanie do obecnej sytuacji faktycznej i prawnej oraz uzupełnienie o założenia opieki farmaceutycznej, tj. świadczenia zdrowotnego polegającego na sprawowaniu przez farmaceutę szczegółowego nadzoru nad przebiegiem indywidualnej farmakoterapii. Za niezbędne uznano bowiem rozszerzenie zakresu świadczeń udzielanych przez farmaceutów w taki sposób, aby mogli brać oni aktywny i znaczący udział w działaniach związanych z profilaktyką, promocją zdrowia i farmakoterapią¹⁸.

Już w art. 2 ust. 1 u.z.farm. wskazano, że zawód farmaceuty jest samodzielny zawodem medycznym. Niezwykle istotne znaczenie dla sprofilowania zawodu farmaceuty w grupie zawodów medycznych w świetle aktualnego porządku prawnego ma art. 4 u.z.farm., w którym wyszczególniono obowiązki i uprawnienia farmaceutów. Zgodnie z ww. aktem prawnym wykonywanie zawodu farmaceuty ma na celu ochronę zdrowia pacjenta oraz ochronę zdrowia publicznego i polega na sprawowaniu opieki farmaceutycznej, udzielaniu usług farmaceutycznych, a także wykonywaniu innych zadań zawodowych. Pod pojęciem opieki farmaceutycznej rozumieć należy świadczenie zdrowotne, o którym mowa w art. 5 pkt 40 ustawy z dnia 27 sierpnia 2004 r. o świadczeniach opieki zdrowotnej finansowanych ze środków publicznych (tekst jedn. Dz. U. 2020 r., poz. 1398, z późn. zm.), udzielane przez farmaceutę i stanowiące dokumentowany proces, w którym farmaceuta, współpracując z pacjentem i lekarzem prowadzącym leczenie pacjenta,

¹⁸ Por. uzasadnienie projektu ustawy z dnia 10 grudnia 2020 r. o zawodzie farmaceuty. Sejm IX kadencji. Druk nr 238.

a w razie potrzeby z przedstawicielami innych zawodów medycznych, czuwa nad prawidłowym przebiegiem indywidualnej farmakoterapii, obejmujące:

- 1) prowadzenie konsultacji farmaceutycznych – w celu zapewnienia bezpieczeństwa pacjenta w związku ze stosowaniem produktów leczniczych, wyrobów medycznych lub środków spożywczych specjalnego przeznaczenia żywieniowego;
- 2) wykonywanie przeglądów lekowych wraz z oceną farmakoterapii, z uwzględnieniem problemów lekowych pacjenta – w celu wykrywania i rozwiązywania problemów lekowych oraz zapewnienia bezpieczeństwa w procesie farmakoterapii;
- 3) opracowywanie indywidualnego planu opieki farmaceutycznej, z uwzględnieniem problemów lekowych pacjenta – w celu określenia celów terapeutycznych możliwych do osiągnięcia przez pacjenta stosującego farmakoterapię oraz wskazania sposobów rozwiązywania wykrytych problemów lekowych, ze szczególnym uwzględnieniem edukacji zdrowotnej, promocji zdrowia i zdrowego trybu życia oraz profilaktyki zdrowotnej;
- 4) wykonywanie badań diagnostycznych określonych w odrębnych przepisach – w celu oceny skuteczności i bezpieczeństwa stosowanej przez pacjenta farmakoterapii oraz analizy problemów lekowych występujących u pacjenta, oraz proponowania metod i badań diagnostycznych;
- 5) wystawianie recept w ramach kontynuacji zlecenia lekarskiego.

Zgodnie z art. 4 ust. 3 pr.farm. usługi farmaceutyczne obejmują m.in. wydawanie z apteki lub punktu aptecznego produktów leczniczych w rozumieniu art. 2 pkt 32 pr.farm. i wyrobów medycznych w rozumieniu art. 2 ust. 1 pkt 38 ustawy z dnia 20 maja 2010 r. o wyrobach medycznych (tekst jedn. Dz. U. z 2020 r., poz. 186 i 1493), dalej jako „u.w.m.”, wyrobów medycznych do diagnostyki *in vitro* w rozumieniu art. 2 ust. 1 pkt 39 u.w.m., wyposażenia wyrobów medycznych w rozumieniu art. 2 ust. 1 pkt 33 u.w.m., wyposażenia wyrobów medycznych do diagnostyki *in vitro* w rozumieniu art. 2 ust. 1 pkt 34 u.w.m., aktywnych wyrobów medycznych do implantacji w rozumieniu art. 2 ust. 1 pkt 1 u.w.m. oraz środków spożywczych specjalnego przeznaczenia żywieniowego w rozumieniu art. 3 ust. 3 pkt 43 ustawy z dnia 25 sierpnia 2006 r. o bezpieczeństwie żywności i żywienia (tekst jedn. Dz. U. z 2020 r., poz. 2021), połączone z udzielaniem informacji i porad dotyczących działania i stosowania oraz przechowywania tych produktów, środków, wyrobów lub wyposażenia. Do usług farmaceutycznych zalicza się też sporządzanie produktów leczniczych połączone z oceną ich jakości, w tym trwałości, przeprowadzanie wywiadu farmaceutycznego, wykonywanie pomiaru ciśnienia krwi oraz usługi farmacji klinicznej. Usługą farmaceutyczną jest też udzielanie porady farmaceutycznej w celu zapewnienia prawidłowego stosowania produktu leczniczego, wyrobu medycznego lub środka spożywczego specjalnego przeznaczenia żywieniowego, w szczególności w zakresie wydania

właściwego produktu leczniczego wydawanego bez przepisu lekarza, przekazania informacji dotyczących właściwego stosowania, w tym dawkowania i możliwych interakcji z innymi produktami leczniczymi lub pożywieniem, wydawanego produktu, wyrobu lub środka oraz prawidłowego używania wyrobów medycznych. Wreszcie do usług farmaceutycznych zaliczone zostały czynności wykonywane w aptece szpitalnej lub zakładowej w zakresie:

- a) sporządzania pozajelitowych leków recepturowych i aptecznych, w tym preparatów do żywienia pozajelitowego,
- b) sporządzania preparatów do żywienia dojelitowego,
- c) przygotowywania leków w dawkach indywidualnych, w tym antybiotyków pozajelitowych, leków cytostatycznych oraz produktów leczniczych terapii zaawansowanej – wyjątków szpitalnych,
- d) sporządzania produktów leczniczych radiofarmaceutycznych,
- e) przygotowywania roztworów do hemodializy i dializy dootrzewnowej – oraz monitorowanie warunków sporządzania lub przygotowywania wymienionych leków lub preparatów.

Ustawa z dnia 10 grudnia 2020 r. o zawodzie farmaceuty obszernie wskazuje też podstawowe zadania zawodowe, jakie wiążą się z wykonywaniem tej profesji. Zgodnie z art. 4 ust. 4 u.z.farm. zalicza się do nich np. udział w racjonalizacji farmakoterapii, w tym udział w pracach komitetu terapeutycznego oraz innych zespołów powołanych przez podmioty wykonujące działalność leczniczą, a także uczestniczenie w badaniach klinicznych, w tym w badaniach prowadzonych w szpitalu jako członek zespołu badawczego. Innym ważnym zadaniem jest przyjmowanie do hurtowni farmaceutycznej produktów leczniczych, wyrobów medycznych lub środków spożywczych wymienionych w ustawie (art. 4 ust. 3 pkt 1 u.z.farm.), od uprawnionych podmiotów, wydawanie ich uprawnionym podmiotom z hurtowni farmaceutycznej, sprawowanie nadzoru nad przestrzeganiem w hurtowni farmaceutycznej wymagań Dobrej Praktyki Dystrybucyjnej. Wykonywanie zawodu farmaceuty polega również na kierowaniu apteką, punktem aptecznym, działem farmacji szpitalnej, zespołem farmacji klinicznej lub hurtownią farmaceutyczną, sprawowaniu nadzoru nad gospodarką produktami leczniczymi oraz wyrobami medycznymi w podmiocie wykonującym działalność leczniczą, a także zarządzaniu produktami leczniczymi i wyrobami medycznymi w oddziale szpitalnym. Ponadto zadaniem farmaceuty jest organizowanie w podmiotach leczniczych zaopatrzenia w produkty lecznicze, środki spożywcze specjalnego przeznaczenia żywieniowego i wyroby medyczne obejmujące: materiały opatrunkowe, jednorazowe jałowe i niejałowe wyroby medyczne do implantacji wraz z jednorazowym jałowym i niejałowym oprzyrządowaniem do ich implantacji oraz jednorazowe jałowe wyroby medyczne do przygotowania i podawania produktów leczniczych, preparatów krwiopochodnych oraz płynów dializacyjnych – połączone z uczestniczeniem w pro-

wadzonej w tych podmiotach gospodarce tymi materiałami i wyrobami. W ustawie przewidziano, że w obowiązki farmaceuty wpisują się nadzór nad czynnościami wykonywanymi w aptece przez studenta kierunku farmacja albo przez technika farmaceutycznego w zakresie czynności, których technik nie może wykonywać samodzielnie, nadzór nad przyjmowaniem, przechowywaniem i wydawaniem produktów leczniczych i wyrobów medycznych, ale również monitorowanie warunków zapewniających jakość i bezpieczeństwo stosowania znajdujących się w obrocie produktów leczniczych lub wyrobów medycznych oraz ich zabezpieczanie w procedurach wycofywania i wstrzymywania określonych w przepisach wydanych na podstawie art. 121 ust. 5 pr.farm. W zakres zadań farmaceutów wchodzi sprawowanie nadzoru nad jakością i bezpieczeństwem stosowania produktów leczniczych lub środków spożywczych specjalnego przeznaczenia żywieniowego lub użytkowania wyrobów medycznych, w tym nadzoru nad rezerwami strategicznymi oraz zapasami medycznymi gromadzonymi w celu zabezpieczenia potrzeb mobilizacyjnych i wojennych Sił Zbrojnych Rzeczypospolitej Polskiej. Farmaceuta może uczestniczyć w wytwarzaniu i badaniu produktów leczniczych, w tym pełnienie funkcji Osoby Wykwalifikowanej w rozumieniu art. 2 pkt 21c pr.farm. lub Osoby Kompetentnej w rozumieniu art. 2 pkt 21a pr.farm. Obowiązkiem farmaceuty jest zgłaszanie właściwym organom działań niepożądanych produktów leczniczych, incydentów medycznych, niepożądanych odczynów poszczepiennych, ciężkich działań niepożądanych produktów kosmetycznych oraz podejrzenia lub stwierdzenia zatrucia produktem biobójczym.

Ustawa z dnia 10 grudnia 2020 r. umożliwia farmaceutom prowadzenie działalności profilaktycznej, edukacyjnej oraz działalności na rzecz promocji zdrowia, przeprowadzanie analiz farmakoeconomicznych czy prowadzenie terapii monitorowanej stężeniami leków. Wreszcie jednym z ważniejszych z perspektywy prowadzenia szeroko pojętej działalności gospodarczej uprawnień farmaceuty jest możliwość prowadzenia przez niego apteki ogólnodostępnej lub punktu aptecznego w ramach jednoosobowej działalności gospodarczej lub jako wspólnik spółki jawnej lub wspólnik (partner) spółki partnerskiej, której przedmiotem działalności jest prowadzenie aptek¹⁹.

¹⁹ Ponadto zgodnie z art. 4 ust. 5 u.z.farm. wykonywanie zawodu farmaceuty obejmuje także: 1) prowadzenie działalności dydaktycznej w uczelniach prowadzących studia na kierunku farmacja oraz badań naukowych i prac rozwojowych w dyscyplinie naukowej – nauki farmaceutyczne; 2) zatrudnienie w Państwowej Inspekcji Farmaceutycznej, w ramach którego wykonuje się czynności nadzoru określone w art. 108 ust. 1 pr.farm.; 3) zatrudnienie w podmiotach zobowiązanych do finansowania świadczeń opieki zdrowotnej ze środków publicznych w rozumieniu przepisów ustawy z dnia 27 sierpnia 2004 r. o świadczeniach opieki zdrowotnej finansowanych ze środków publicznych lub urzędach te podmioty obsługujących, w ramach którego wykonuje się czynności związane z obrotem i wydawaniem produktów leczniczych, środków spożywczych lub wyrobów medycznych, o których mowa w art. 4 ust. 3 pkt 1 u.z.farm.; 4) zatrudnienie w jednostkach podległych ministrowi właściwemu do spraw zdro-

Jednym z najważniejszych zasad wykonywania zawodu farmaceuty jest określony w art. 27 u.z.farm. obowiązek świadczenia usług i pracy z należytą starannością, poszanowaniem praw pacjenta, dbałością o jego bezpieczeństwo zgodnie ze wskazaniami aktualnej wiedzy farmaceutycznej i medycznej, dostępnymi metodami oraz zgodnie z zasadami etyki i deontologii zawodowej. Przepis ten koreluje z art. 35 ust. 1 u.z.farm., stosownie do którego aptekarz samodzielnie podejmuje decyzje w zakresie sprawowania opieki farmaceutycznej, udzielania usług farmaceutycznych oraz wykonywania zadań zawodowych, kierując się wyłącznie dobrem pacjenta i nie jest związany w tym zakresie poleceniem służbowym²⁰.

Zgodnie z art. 28 u.z.farm. farmaceuta ma obowiązek udzielać, na podstawie dostępnej wiedzy oraz informacji uzyskanych od pacjenta, pełnej i przystępnej informacji w ramach wykonywanej opieki farmaceutycznej oraz usługi farmaceutycznej, a w szczególności informować o produktach leczniczych i wyrobach medycznych będących przedmiotem obrotu w aptekach i hurtowniach farmaceutycznych oraz o ich działaniu, stosowaniu, środkach ostrożności i ewentualnych interakcjach, a także o zasadach ich przechowywania i utylizacji. Ponadto w myśl art. 31 u.z.farm. w przypadku bezpośredniego zagrożenia życia pacjenta aptekarz może podać produkt leczniczy, z wyłączeniem produktów leczniczych zawierających środki odurzające lub substancje psychotropowe oraz prekursorów kategorii 1, o których mowa w ustawie z dnia 29 lipca 2005 r. o przeciwdziałaniu narkomanii (tekst jedn. Dz. U. z 2020 r., poz. 2050).

wia lub przez niego nadzorowanych – na stanowisku związanym z wykonywaniem zawodu farmaceuty; 5) zatrudnienie, w ramach którego są wykonywane czynności związane z dopuszczaniem lub wprowadzaniem do obrotu lub użytkowania produktów leczniczych, środków spożywczych lub wyrobów medycznych, o których mowa w art. 4 ust. 3 pkt 1 u.z.farm., ich refundacją, taryfikacją lub kontrolą obrotu nimi oraz związane z realizacją polityki lekowej; 6) zatrudnienie lub pełnienie służby wojskowej w urzędzie obsługującym Ministra Obrony Narodowej, w jednostkach organizacyjnych jemu podległych lub przez niego nadzorowanych, w ramach których wykonuje się czynności nadzoru określone w art. 118 ust. 1 pr.farm. na stanowiskach wymagających posiadania tytułu zawodowego farmaceuty; 7) pełnienie funkcji z wyboru w samorządzie zawodu farmaceuty; 8) zatrudnienie lub pełnienie służby w urzędzie obsługującym Ministra Sprawiedliwości lub w jednostkach organizacyjnych jemu podległych lub przez niego nadzorowanych, na stanowiskach wymagających posiadania tytułu zawodowego farmaceuty, w ramach których wykonuje się czynności nadzoru nad wytwarzaniem i obrotem produktami leczniczymi i wyrobami medycznymi.

²⁰ Zgodnie z art. 35 ust. 2 u.z.farm. to na podmiocie prowadzącym aptekę, punkt apteczny lub dział farmacji szpitalnej spoczywa obowiązek umożliwienia aptekarzowi samodzielnego podejmowania decyzji w zakresie sprawowania opieki farmaceutycznej, udzielania usług farmaceutycznych lub wykonywania zadań zawodowych w zakresie, w jakim są one związane z prowadzoną przez ten podmiot działalnością.

IV. Rodzaje i charakterystyka nieprawidłowości w wykonywaniu zawodu farmaceuty

Zważywszy na brzmienie art. 86 ust. 2 pr.farm., określającego rodzaje usług farmaceutycznych świadczonych w aptekach, nieprawidłowości w tej materii dzieli się na:

- 1) błąd w wydawaniu produktów leczniczych i wyrobów medycznych,
- 2) błąd w sporządzaniu leków recepturowych lub leków aptecznych,
- 3) błąd w udzielaniu informacji o produktach leczniczych i wyrobach medycznych²¹.

Błędne wydanie leków w ustawodawstwie wielu państw określane jest jako *dispensing error* i traktowane jako przestępstwo²². Uchybienie tego rodzaju może być spowodowane błędnym odczytaniem przez farmaceutę przepisanych przez lekarza na receptę produktów leczniczych, co z kolei może skutkować np. wydaniem leku o nieprawidłowej dawce, złej ilości tabletek, bądź zupełnie innego produktu niż ten, który został zaordynowany. Podkreślić należy, że nawet jeżeli recepta wystawiona jest przez lekarza w sposób niestaranny, niezrozumiały, niejasny, nieprecyzyjny, to farmaceuta – mający świadomość zaistnienia tych okoliczności, a mimo to decydujący o realizacji takiej recepty – bierze na siebie odpowiedzialność za ewentualne negatywne skutki przyjmowania przez pacjenta sprzedanego medykamentu. Sytuacja taka w praktyce miała miejsce najczęściej podczas realizacji recept papierowych. Należy zakładać, że umożliwienie lekarzom wystawiania tzw. e-recept znacznie zredukuje liczbę ww. uchybień. Błędy związane z wydaniem nieprawidłowego produktu leczniczego mogą też dotyczyć sprzedaży pacjentowi leku wycofanego lub wstrzymanego decyzją Głównego Inspektora Farmaceutycznego. Przyczyną takiego stanu rzeczy może być np. niewywiązanie się z obowiązku wypełniania decyzji Głównego Inspektora Farmaceutycznego i wprowadzenie na stan magazynowy produktu z błędną datą ważności i serią, co skutkuje niewychwyceniem tych preparatów podczas

²¹ Innym proponowanym podziałem jest klasyfikacja tzw. błędów lekowych. W piśmiennictwie dzieli się je następująco: błędy podczas przepisywania, błędy wynikające z pominięcia lub zaniedbań, błędy wynikające z nieprawidłowego czasu administracji, błędy wynikające z wydania nieautoryzowanego/niewłaściwego leku, błędy wynikające z nieprawidłowej dawki, błędy wynikające z nieprawidłowej postaci dawkowania, błędy wynikające z nieprawidłowego przygotowania leku lub jego roztworu, błędy wynikające z nieprawidłowej drogi podania, błędy wynikające z nieprawidłowej techniki podania, błędy wynikające z rozkładu leku, błędy wynikające z nieprawidłowego monitorowania, błędy dotyczące *compliance* oraz inne błędy lekowe. Zob. P. Merks, M. Byliniak, A. Olszewska, K. Słomiak, J. Kazimierczak, K. Szczęśniak, P. Węgrzyn, K. Krupa, Błędy związane z wydawaniem leków. Sytuacja w Polsce i na świecie, *Opieka farmaceutyczna* 2014, tom 70, nr 1, s. 7.

²² Zob. P. Merks, M. Byliniak, A. Olszewska, K. Słomiak, J. Kazimierczak, K. Szczęśniak, P. Węgrzyn, K. Krupa, Błędy związane z wydawaniem leków..., s. 3.

realizacji wycofania lub wstrzymania²³. Niedopuszczalne jest również wydawanie pacjentom leków przeterminowanych, leków, których integralność fizycznych lub chemicznych właściwości postaci dawkowania uległa zmianie, a także leków sprzedawanych wyłącznie na podstawie recepty w sytuacji, gdy lekarz recepty takiej nie wystawi, tudzież samodzielna zamiana przez farmaceutę produktu leczniczego na inny lek niż wskazany w receptce, o innym składzie i dawce. Błędny w tym przypadku może być sam wybór produktu leczniczego (z pominięciem wskazań, CI, znanych alergii, stosowanej u danego pacjenta terapii lekowej), ale i dawka, postać leku, sugestia sposobu jego dawkowania, drogi i szybkości podania, czy stężenie substancji czynnej²⁴. Wydanie lub podanie pacjentowi produktu leczniczego w innej postaci niż ta wskazana przez lekarza może polegać np. na bezpośrednim podaniu koncentratu KCl zamiast podania poprawnie przygotowanego rozcieńczonego roztworu KCl (co jest zgodne z charakterystyką produktu leczniczego) lub podania przygotowanego przemysłowo gotowego do użycia roztworu KCl²⁵. Błędy wynikające z nieprawidłowego przygotowania leku lub jego roztworu mogą ponadto zaistnieć, gdy produkt leczniczy jest nieprawidłowo sformułowany lub manewrowany przed wydaniem lub podaniem pacjentowi. Zgodnie z wymogami obowiązującej rezolucji unijnej nr CM/ResAP(2011) błędy tego typu minimalizuje się, stosując leki bądź ich roztwory w formach gotowych do podania pacjentom, zwanych powszechnie lekami RTU (*ready to use*)²⁶.

Błąd w sporządzaniu leków recepturowych lub leków aptecznych może polegać na niewłaściwym odważeniu poszczególnych składników recepturowych, a także wykonywanie kolejnych czynności w taki sposób, że prowadzą one do powstania niezgodności recepturowych. Istotną nieprawidłowością jest ponadto wykonywanie leków jałowych w warunkach nieaseptycznych. Brak zachowania należytej staranności podczas kolejnych działań wykonywanych w trakcie sporządzania leków recepturowych może skutkować wykonaniem preparatu, który nie będzie spełniać potrzeb terapeutycznych pacjenta. Omawiana kategoria błędów może wynikać np. z wąskiego indeksu terapeutycznego (co znacznie zwiększa ryzyko przedawkowania), nietypowego schematu podawania leku, jak również sposobu przygotowania leku do spożycia (postuluje się, aby produkty stosowane w stanach zagrażających życiu nie wymagały długiego przygotowania, np. żmudnego rozpusz-

²³ Zob. Błędy w pracy farmaceuty, Źródło: <https://e-farmacja.pl/bledy-w-pracy-farmaceuty/> (dostęp w dniu 5 stycznia 2021 r.).

²⁴ P. Merks, M. Byliniak, A. Olszewska, K. Słomiak, J. Kazimierczak, K. Szczęśniak, P. Węgrzyn, K. Krupa, Błędy związane z wydawaniem leków. Sytuacja w Polsce i na świecie, *Opieka farmaceutyczna* 2014, tom 70, nr 1, s. 7.

²⁵ *Ibidem*, s. 7.

²⁶ *Ibidem*, s. 7.

czania substancji czynnej w rozpuszczalniku i – jeśli to możliwe – były od razu gotowe do padania)²⁷.

Błędy pojawiające się podczas wykonywania obowiązków farmaceuty w trakcie świadczenia usług w aptece wiążą się z tzw. wywiadem farmaceutycznym, rozumianym według przepisów wchodzących w życie 16 kwietnia 2021 r. jako działania farmaceuty polegające na uzyskaniu od pacjenta informacji niezbędnych do wyboru właściwego produktu leczniczego o kategorii dostępności, o której mowa w art. 23a ust. 1 pkt 1 pr.farm. oraz na udzieleniu porady w zakresie stosowania produktów leczniczych lub rekomendacji konsultacji lekarskiej (por. art. 3 pkt 8 u.z.farm.). Uchybienia popełniane na tej płaszczyźnie mogą dotyczyć przekazywania pacjentom nieprawidłowych informacji w kwestii schematu dawkowania, działań niepożądanych bądź przeciwwskazań wobec stosowanych przez nich leków. Zdarza się, że farmaceuta udzielając tego typu informacji chorym, nie zweryfikuje ich z danymi zawartymi w ulotce dołączonej do preparatu, bądź informacjami wskazanymi w Pharmindexie czy na stronie internetowej producenta w karcie charakterystyki danego leku²⁸. Błędy tzw. informacyjne mogą wiązać się z nieprawidłowym monitorowaniem działania leków poprzez niezastosowanie się do zalecanych schematów dotyczących kontroli prawidłowości i wykrywania problemów albo nieprawidłowe korzystanie z odpowiednich danych pochodzących z badań klinicznych lub laboratoryjnych w celu odpowiedniej oceny reakcji chorych na przepisaną terapię²⁹. Ma to istotne znaczenie z perspektywy brzmienia art. 33 u.z.farm., zgodnie z którym farmaceuta jest obowiązany zgłosić działanie niepożądane produktu leczniczego, incydent medyczny związany ze stosowaniem wyrobu medycznego oraz niepożądany odczyn poszczepienny.

Powyższe przykłady nie wyczerpują katalogu możliwych rażących uchybień w wykonywaniu zawodu farmaceuty. Dotyczą one bowiem wyłącznie usług świadczonych na rzecz pacjentów w aptece. Ustawa z dnia 10 grudnia 2020 r. o zawodzie farmaceuty rozszerzyła udział przedstawicieli tej grupy zawodowej o możliwość sprawowania nad pacjentem opieki farmaceutycznej i świadczenia usług farmacji klinicznej, czyli podejmowanie działań na rzecz zwiększenia skuteczności, bezpieczeństwa i zasadności, w tym ekonomicznej, użycia produktów leczniczych oraz wsparcia lekarza prowadzącego leczenie w zakresie farmakoterapii. Czynności te mają być realizowane przez farmaceutów na rzecz pacjenta i członków jego rodziny oraz personelu medycznego w podmiocie wykonującym działalność leczniczą (por. art. 3

²⁷ Zob. Błędy w pracy farmaceuty, Źródło: <https://e-farmacja.pl/bledy-w-pracy-farmaceuty/> (dostęp w dniu 5 stycznia 2021 r.).

²⁸ *Ibidem*.

²⁹ P. Merks, M. Byliniak, A. Olszewska, K. Słomiak, J. Kazimierczak, K. Szczęśniak, P. Węgrzyn, K. Krupa, Błędy związane z wydawaniem leków..., s. 7.

pkt 7 u.z.farm.). Wśród potencjalnych nieprawidłowości, jakie mogą wystąpić podczas wykonywania powyższych zadań wskazać można: 1) niewłaściwe przeprowadzenie konsultacji farmaceutycznej (np. niepoinformowanie pacjenta o przeciwwskazaniach – z uwagi na wiek, stan zdrowia, przyjmowanie innych leków etc. – do stosowania określonego produktu leczniczego, wyrobu medycznego lub środków spożywczych specjalnego przeznaczenia żywieniowego, podczas gdy okoliczności te były farmaceucie znane lub mógł i powinien powziąć wiedzę w tym temacie); 2) pogłębienie problemów lekowych pacjenta (np. poprzez niestaranne wykonywanie przeglądów lekowych oraz oceny dotychczasowej farmakoterapii, rzutujące na jej bezpieczną kontynuację³⁰; 3) nierzetelne opracowanie indywidualnego planu opieki farmaceutycznej; 4) zaniechanie wykonania koniecznych w danym przypadku badań diagnostycznych pacjenta przed wdrożeniem farmakoterapii lub jej kontynuacją³¹; 5) nieuzasadniona odmowa wystawienia recepty w ramach kontynuacji zlecenia lekarskiego lub bezpodstawne wystawienie takiej recepty, skutkujące np. nagłym pogorszeniem zdrowia chorego; czy 6) niezapewnienie produktów leczniczych i wyrobów medycznych odpowiedniej jakości na oddziale szpitalnym, powodujące np. reakcje alergiczne u chorych po ich podaniu i inne niepożądane skutki.

V. Zaniedbanie obowiązków zawodowych farmaceuty a błąd medyczny

W orzecznictwie utrwalony został pogląd, zgodnie z którym zawiniony błąd medyczny jest pojęciem o charakterze obiektywnym. Tak należy zakwa-

³⁰ Problemem lekowym – wg definicji Europejskiej Sieci Opieki Farmaceutycznej (*Pharmaceutical Care Network Europe*, PCNE) – jest zdarzenie lub okoliczność dotycząca leczenia farmakologicznego, które w sposób rzeczywisty lub potencjalny zakłóca uzyskanie pożądaných wyników zdrowotnych.

³¹ Ustawodawca w uzasadnieniu projektu ustawy o zawodzie farmaceuty wskazywał, że farmaceuta jako osoba prowadząca obrót detaliczny testami diagnostycznymi do samodzielnego wykonania przez pacjenta badań powinien mieć uprawnienia do wykonania takiego badania u pacjenta, szczególnie w przypadku, gdy pacjent jest świadczeniobiorcą opieki farmaceutycznej i potrzebuje pomocy w jego wykonaniu. Farmaceuta świadczący opiekę farmaceutyczną powinien mieć prawo wykonania pomiaru podstawowych parametrów życiowych, tj. masy ciała, wzrostu, ciśnienia tętniczego krwi, tętna, liczby oddechów. Wykonanie tych podstawowych pomiarów, pozwoli uprawnionemu farmaceucie na analizę problemów lekowych występujących u pacjenta oraz ocenę skuteczności i bezpieczeństwa stosowanej przez pacjenta farmakoterapii. Farmaceuta świadczący opiekę farmaceutyczną, czuwając nad prawidłowym przebiegiem farmakoterapii pacjenta, w celu wykrycia i rozwiązania problemów lekowych i zapewnienia bezpieczeństwa w procesie farmakoterapii powinien mieć uprawnienia do wykonania wybranych badań laboratoryjnych umożliwiających ocenę skuteczności farmakoterapii bądź wywołanych przez stosowane leki zmian w parametrach laboratoryjnych.

lifikować działania i zaniechania lekarzy lub innego personelu medycznego będące wynikiem niezachowania należytej staranności, naruszające reguły wynikające z zasad wiedzy medycznej oraz deontologii określającej ich powinności zawodowe³². Właściwy poziom fachowości wyznaczają kwalifikacje (specjalizacja, stopień naukowy), posiadane doświadczenie ogólne i nabyte przy wykonywaniu określonych zabiegów medycznych (i innego rodzaju czynności medycznych), charakter i zakres zaangażowania w pogłębianie wiedzy medycznej i poznawanie nowych metod leczenia³³. Ocena istnienia elementu subiektywnego winy pracownika medycznego, wymaga wyraźnego rozróżnienia błędu medycznego, jako odstępstwa od wzorca i zasad należytego postępowania z uwzględnieniem profesjonalnego charakteru działalności sprawcy, od powikłania, które stanowi określoną, niekiedy atypową reakcję pacjenta na prawidłowo podjęty i przeprowadzony zespół czynności leczniczych, a także tzw. niepowodzenie medyczne³⁴.

Biorąc pod uwagę charakter uchybień, do których może dojść w trakcie wykonywania obowiązków zawodowych przez farmaceutów, a także zaliczenie zawodu farmaceuty do grupy zawodów medycznych, powstaje pytanie, czy zasadne jest postrzeganie ww. nieprawidłowości jako błędów medycznych, uwzględniając zmiany w porządku prawnym, jakie nastąpią z dniem 16 kwietnia 2021 r. Różnice poglądów wyrażanych w piśmiennictwie prawnomedycznym nie pozwalają na udzielenie jednoznacznej odpowiedzi na powyższe pytanie.

Z jednej strony podkreśla się, że praca farmaceutów współcześnie wykracza poza sprzedaż pacjentom określonych leków. Zakres obowiązków farmaceutów generuje ryzyko popełnienia określonych uchybień, a niektóre z nich mają uzasadniać traktowanie ich jako błędów medycznych. Jako pierwsze z nieprawidłowości wskazuje się wydawanie pacjentom niewłaściwych leków. Rażącym zaniedbaniem jest bowiem niestosowanie się do zapisów recept lekarskich, czy też zignorowanie zaleceń producenta co do wskazań lub przeciwwskazań stosowania określonego produktu leczniczego i w następstwie wydanie pacjentowi leku zagrażającego jego zdrowiu lub życiu. Innym uchybieniem, przemawiającym za jego włączeniem do grupy błędów medycznych, ma być pominięcie przez farmaceutę problemów lekowych pacjenta, np. zgłaszanych przez chorego podczas realizacji recepty alergii i innych problemów lekowych (*drug related problem*), pomimo świadomości, że zażywanie danego środka może spowodować niekorzystne

³² Zob. wyrok Sądu Najwyższego z dnia 27 czerwca 2017 r., sygn. II CSK 69/17, LEX nr 2342153.

³³ Por. wyrok Sądu Apelacyjnego w Białymstoku z dnia 9 kwietnia 2018 r., sygn. I ACa 791/17, LEX nr 2537613.

³⁴ Zob. wyrok Sądu Apelacyjnego w Szczecinie z dnia 12 kwietnia 2017 r., sygn. I ACa 6/17, LEX nr 2317668.

działanie. Wreszcie błędem medycznym miałyby być nieupewnienie się przez farmaceutę wydającego pacjentowi kilka leków, czy ich łączne przyjmowanie przez chorego nie spowoduje jakiś skutków ubocznych lub działań niepożądanych. Przyjmuje się, że zaniechanie sprawdzenia tej okoliczności przez farmaceutę stanowi poważne zaniedbanie³⁵. Wymienione uchybienia określa się wówczas jako „błąd farmaceutyczny” i kwalifikuje jako błąd medyczny³⁶.

Z drugiej strony, pomimo porównywania zaniedbań farmaceutów do błędów medycznych, proponuje się używanie w stosunku do nich terminu „błąd w sztuce aptekarskiej”. Żaden akt prawny nie posługuje się pojęciem „błąd w sztuce aptekarskiej”, podobnie, jak owo pojęcie nie występuje w orzecznictwie sądów powszechnych lub administracyjnych. W piśmiennictwie przyjmuje się jednak, że „błędem w sztuce aptekarskiej” jest postępowanie sprzeczne z regułami i zasadami postępowania zawodowego, które określone są wiedzą i praktyką farmaceutyczną. Takie ujęcie błędu w sztuce aptekarskiej ma charakter czysto obiektywny i zależne jest od aktualnego stanu wiedzy w tej dziedzinie. Sama definicja błędu jest w związku z tym niezależna od partykularnych cech osoby, która ów błąd popełniła, takich jak doświadczenie zawodowe farmaceuty, jego wiek itp. Jednocześnie zaznacza się, iż okoliczności te mogą być ewentualnie brane pod uwagę przy określaniu rodzaju i zakresu odpowiedzialności za popełnienie określonego błędu³⁷.

Należy wreszcie wskazać na wnioski zaprezentowane podczas zorganizowanej przez Urząd Rejestracji Produktów Leczniczych, Wyrobów Medycznych i Produktów Biobójczych w dniu 8 maja 2016 r. konferencji prasowej zatytułowanej „Błędy medyczne w farmakoterapii. Czy umiemy i możemy im zapobiegać?”³⁸. W trakcie konferencji zwracano uwagę na pojęcie „błąd

³⁵ Zob. m.in. Top 3 Reasons Pharmacists Are Sued For Medical Malpractice. Źródło: <https://christmasinjurylawyers.com/blog/top-3-reasons-pharmacists-are-sued-for-medical-malpractice/> (dostęp w dniu 5 stycznia 2021 r.).

³⁶ Zob. Błędy w pracy farmaceuty, Źródło: <https://e-farmacja.pl/bledy-w-pracy-farmaceuty/> (dostęp w dniu 5 stycznia 2021 r.).

³⁷ Zob. M. Kiełbus, J. Bujny, Błąd w sztuce aptekarskiej, *Aptekarz Polski* 15 maja 2020 r., Źródło: <https://www.aptekarzpolski.pl/prawo/09-2008-blad-w-sztuce-aptekarskiej/> (dostęp w dniu 5 stycznia 2021 r.). Zob. również powołaną w ww. pozycji literaturę, m.in. E. Kokot, S. Poździoch, M. Mikos, A. Czupryna, Odpowiedzialność zawodowa farmaceutów, *Prawo i Medycyna* 2004, nr 4 (17, vol. 6), s. 94–95; M. Nestorowicz, Odpowiedzialność cywilna lekarza, szpitala, apteki, producenta i państwa za szkody wyrządzone przez leki, *Prawo i Medycyna* 2004, nr 1 (14, vol. 6), s. 33 i nast.

³⁸ Uzasadniając konieczność organizacji konferencji wskazywano, że stosując farmakoterapię zawsze oprócz oczekiwania skuteczności należy liczyć się z występowaniem niepożądanych działań leków (NDL). Powikłania farmakoterapii mogą powstawać nie tylko w wyniku spontanicznego ich występowania, ale mogą być konsekwencją zarówno zdarzeń niepożądanych w farmakoterapii, jak i błędów medycznych, jaki może wystąpić podczas stosowania leków. Urząd Rejestracji Produktów Leczniczych, Wyrobów Medycznych i Produktów Biobójczych wskazywał też, że według danych WHO z 2015 r., błędy w preskrypcji w szpitalach występowały u 0,3–9,1% pacjentów, natomiast 1,6–2,1% – były to błędy lekowe przy wypisie ze

medycznego popełnionego w ordynacji lekowej”, utożsamiając go z działaniem niepożądanym leków i nieumyślnym niepowodzeniem procesu leczniczego będącego konsekwencją niewłaściwego przepisania, wydania (z apteki ogólnodostępnej albo oddziału szpitalnego) lub podania leku³⁹.

Innym terminem formułowanym w piśmiennictwie jest „błąd lekowy”. Definiowany jest on jako zdarzenie możliwe do zapobiegnięcia, powodujące lub prowadzące do nieprawidłowego użytkowania leku lub szkody dla pacjenta, podczas gdy lek jest pod kontrolą pracownika służby zdrowia, pacjenta lub konsumenta. Za główne źródło takich nieprawidłowości uznaje się przede wszystkim osoby przepisujące leki, zlecające ich odpowiednie dawki (lekarze), osoby wydające leki (farmaceuci), personel podający/aplikujący leki (pielęgniarski) oraz samego pacjenta⁴⁰.

Udzielając odpowiedzi na pytanie, czy zaniedbania obowiązków farmaceuty związanych ze świadczeniem usług na rzecz pacjentów stanowią błąd medyczny, czy odrębną kategorię deliktów zawodowych, w pierwszej kolejności należy sięgnąć do rozważań zawartych w uzasadnieniu projektu ustawy z dnia 10 grudnia 2020 r., odnoszących się do kwestii samodzielności zawodu farmaceuty. W tym względzie podkreślono, że zawód farmaceuty został zakwalifikowany przez ustawodawcę do kręgu zawodów medycznych ustawą z dnia 27 września 2013 r. o zmianie ustawy z dnia 6 września 2001 r. – Prawo farmaceutyczne oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. z 2013 r., poz. 1245). Z uwagi na fakt, że w art. 2a ust. 2 pr.farm. do grupy osób wyko-

szpitala. Koszt szkody z tego wynikający szacowano na 4,5–21,8 miliardów euro. Zauważa się, że błąd medyczny w farmakoterapii postrzegany jest na ogół w taki sposób, że lek zostaje podany pacjentowi, u którego istnieją przeciwwskazania bezwzględne lub względne do jego podania. Z błędem mamy również do czynienia, gdy lek zostaje podany w nieodpowiedniej dawce, w błędnych przedziałach czasowych pomiędzy kolejnymi podaniami oraz gdy lek zostaje podany u pacjenta, który jednocześnie zażywa inne leki lub np. stosuje suplementy diety, mogące wchodzić między sobą w niekorzystne interakcje, których konsekwencją jest zmniejszenie skuteczności i zmniejszenie bezpieczeństwa dla pacjenta. Tymczasem w praktyce możliwość ustalenia, co w danym momencie zażywa pacjent jest znacznie utrudniona wobec braku jakiegokolwiek jednoznacznego dokumentu, który by o tym informował. Niekiedy zdarza się też, że pacjenci mogą przyjmować dostępne bez recepty tzw. „leki ukradkowe”, o których nie informują lekarzy. W przypadku błędu medycznego w farmakoterapii może też dojść do podania leku w populacji wiekowej, która nie powinna danego leku otrzymać. Dotyczy to w szczególności populacji pediatrycznej i geriatrycznej, gdzie zmiany w farmakokinetyce i farmakodynamice leków mogą indukować działania niepożądane (analogiczne uwagi kieruje się wobec ograniczeń i przeciwwskazań do stosowania leków w okresie ciąży i karmienia piersią). Źródło: <http://www.urpl.gov.pl/pl/zaproszenie-na-konferencje-prasowe-b%85-b%82%99dy-medyczne-w-farmakoterapii-czy-umiemy-i-mo%BCemy-im-zapobiega%87> (dostęp w dniu 5 stycznia 2021 r.).

³⁹ Zob. J. Maciejowski, Błędy medyczne w farmakoterapii? Niestety, to się zdarza, Rynek Zdrowia 8 marca 2016 r.; Źródło: <https://www.rynekzdrowia.pl/Farmacja/Bledy-medyczne-w-farmakoterapii-Niestety-to-sie-zdarza,159926,6,2.html> (dostęp w dniu 5 stycznia 2021 r.).

⁴⁰ P. Merks, M. Byliniak, A. Olszewska, K. Słomiak, J. Kazimierczak, K. Szczęśniak, P. Węgrzyn, K. Krupa, Błędy związane z wydawaniem leków..., s. 3.

nujących zawodów medyczny zaliczono również technika farmaceutycznego, wykonującego w aptece czynności pomocnicze, konieczne jest redefiniowanie zawodu farmaceuty. Przymiot samodzielności zawodowej jest niezbędnym elementem definiowania zawodu farmaceuty jako zawodu wolnego i zawodu zaufania publicznego, zwłaszcza biorąc pod uwagę zaproponowane w przedkładanym projekcie ustawy rozszerzenie kompetencji zawodowych farmaceutów. Autonomia zawodowa to niezależność w realizacji zadań zawodowych, przejawiająca się możliwością planowania pracy i swobodnego wyboru metod pracy oraz oceny jej wyników. Wiąże się ona ściśle z podejmowaniem decyzji i ponoszeniem odpowiedzialności za swoje działania. Farmaceuta, który posiada prawo wykonywania zawodu, musi być samodzielny w każdej sytuacji zawodowej, również wtedy, gdy realizuje receptę na zlecenie innych profesjonalistów. Farmaceuta swoimi działaniami dąży do zapewnienia pacjentowi bezpieczeństwa stosowania leku, a jego praca jest związana z indywidualną odpowiedzialnością. Autonomia w tym zawodzie wiąże się z potrzebą ustawicznego aktualizowania oraz poszerzania wiedzy i umiejętności. W świetle ustawy z dnia 20 grudnia 2020 r. farmaceuta ma prawo do samodzielnej decyzji w granicach przygotowania zawodowego podczas wydania leku na podstawie recepty farmaceutycznej. Samodzielność przejawia się także w prawie do odmowy wydania leku, w sytuacji, gdy zachodzi uzasadnione podejrzenie użycia leku do celów niemedycznych. Prowadzenie opieki farmaceutycznej jest zaś ciągiem połączonych ze sobą etapów, w których farmaceuta wykorzystuje swoją wiedzę i umiejętności będąc jednocześnie świadomym odpowiedzialności za podjęte działania⁴¹.

Autonomia zawodowa farmaceutów jest doskonale widoczna na gruncie takich działań, jak przegląd lekowy, ocena farmakoterapii czy konsultacje dotyczące farmakoterapii.

Przeoglądem lekowym są działania farmaceuty, polegające na usystematyzowanym wywiadzie dotyczącym stosowanych przez pacjenta produktów leczniczych, wyrobów medycznych, suplementów diety i środków spożywczych specjalnego przeznaczenia żywieniowego. Przeprowadzając przegląd lekowy, farmaceuta powinien zebrać informacje dotyczące m.in.: 1) nazw produktów leczniczych i innych produktów stosowanych przez pacjenta, tj. suplementów diety i środków spożywczych specjalnego przeznaczenia żywieniowego oraz ziół i preparatów ziołowych; 2) przyczyn (powodów) stosowania poszczególnych produktów; 3) dawki, postaci farmaceutycznej stosowanych produktów leczniczych oraz ich schematów dawkowania (w tym pory podawania); 4) podawania przewlekłego bądź doraźnego produktów leczniczych; 5) realizowania recept oraz stosowania ww. produktów bez konsulta-

⁴¹ Zob. uzasadnienie projektu ustawy z dnia 10 grudnia 2020 r. o zawodzie farmaceuty. Sejm IX kadencji. Druk nr 238.

cji z lekarzem; 6) samopoczucia w czasie terapii, które mogłoby wiązać się z zastosowanymi lekami; 7) występowania objawów lub dolegliwości, które mogą być związane ze stosowanymi produktami leczniczymi; 8) postępowania związanego z przyjmowaniem produktów leczniczych (m.in. łączenia z posiłkami, popijania, dzielenia bądź rozgryzania, przestrzegania zaleceń terapeutycznych); 9) warunków przechowywania produktów leczniczych oraz (w miarę możliwości) terminu ważności produktów stosowanych przez pacjenta. Przegląd lekowy wykonywany jest w celu optymalizacji użytkowania leków i poprawy wyników zdrowotnych pacjenta. Oznacza to wykrywanie problemów lekowych i zalecanie interwencji farmaceuty polegającej na rozwiązywaniu zidentyfikowanych problemów lekowych oraz zapobieganiu powstawania kolejnych⁴².

Ocena farmakoterapii to działania farmaceuty mające na celu zapewnienie bezpieczeństwa pacjenta w procesie farmakoterapii, polegające na: 1) ocenie potrzeb lekowych pacjenta, w tym istnienia wskazań do stosowania produktów leczniczych (pacjent może stosować produkt leczniczy niepotrzebnie lub może potrzebować dodatkowego produktu leczniczego); 2) ocenie efektywności (skuteczności oraz profilu bezpieczeństwa farmakoterapii) przez ocenę wyników klinicznych, prawidłowości dawkowania i sposobu podawania produktu leczniczego, weryfikację istnienia przeciwwskazań, przestrzegania specjalnych ostrzeżeń i środków ostrożności przy stosowaniu, identyfikację interakcji z innymi produktami leczniczymi lub innych form interakcji, występowania działań niepożądanych, niezgodności farmaceutycznych itp., a także ocenę kosztów; 3) ocenie przestrzegania zaleceń terapeutycznych przez pacjenta. Konsultacja dotycząca farmakoterapii polega natomiast na udzielaniu przez farmaceutę porad, opinii lub zaleceń związanych ze stosowanymi przez pacjenta produktami leczniczymi, wyrobami medycznymi, suplementami diety i środkami specjalnego przeznaczenia żywieniowego oraz preparatami ziołowymi⁴³.

Biorąc pod uwagę dotychczasowe rozważania nieporozumieniem wydaje się utożsamianie „błędu farmaceutycznego” z „błędem w sztuce aptekarskiej” z racji tego, że ten drugi termin ma charakter zawężający. Przesądza o tym regulacja art. 30 ust. 1 u.z.farm., zgodnie z którym farmaceuta wykonujący zawód w aptece, punkcie aptecznym, dziale farmacji szpitalnej albo hurtowni farmaceutycznej jest aptekarzem. Zawód farmaceuty może być wykonywany również poza apteką. Ze względu na stan zdrowia pacjenta farmaceuta może wykorzystywać swoją wiedzę i umiejętności w pracy z pacjentem w jego domu (co w standardach światowych jest najczęściej promowane, zwłaszcza w odniesieniu do pacjentów geriatrycznych), na oddzia-

⁴² *Ibidem*.

⁴³ *Ibidem*.

le szpitalnym, w domu pomocy społecznej, w zakładzie opiekuńczo–leczniczym, pielęgnacyjno-leczniczym, zakładzie rehabilitacji leczniczej czy w przychodni. Sposób, w jaki ukształtowano prawa i obowiązki farmaceutów w ustawie z dnia 10 grudnia 2020 r. pozwala na stwierdzenie, że niektóre typy zaniedbań i uchybień w wykonywaniu ww. profesji będą miały charakter błędów medycznych. Dość wspomnieć, że w uzasadnieniu projektu ww. aktu prawnego wskazywano, że w celu wsparcia systemu ochrony zdrowia należy poszukiwać przede wszystkim w optymalnym wykorzystaniu potencjału grupy zawodowej farmaceutów. Wymagało to poszerzenia zakresu ich kompetencji oraz ukierunkowania pracy na aspekty kliniczne, a także wdrożenia opieki farmaceutycznej do praktyki aptecznej. Zdaniem ustawodawcy tradycyjny obszar aktywności farmaceutów, tj. wydawanie i sporządzanie produktów leczniczych w aptekach, jest dzisiaj oceniany jako anachroniczny. Farmaceuta we współczesnym świecie powinien bowiem dostarczać nie tylko produkt, ale i usługi, w tym usługi o charakterze klinicznym. W stanie prawnym sprzed wejścia w życie ustawy z dnia 10 grudnia 2020 r. farmaceuci wykonujący zawód w aptece funkcjonowali w formalnoprawnej izolacji od podmiotów udzielających świadczeń zdrowotnych. Wspomniana ustawa dąży natomiast do zmiany tej sytuacji w celu skoordynowania usług sprawowanych przez farmaceutów z systemem świadczeń opieki zdrowotnej⁴⁴.

VI. Kwalifikacja prawna czynów zabronionych związanych z nieprawidłowym świadczeniem usług farmaceutycznych

Zauważyć należy, że w polskim porządku prawnym po 1918 r. ustawodawca nie zdecydował się wprowadzić przepisów karnych, zarówno w formie kodeksowej, jak i regulacji pozakodeksowych, które wprost penalizowałyby czyny zabronione farmaceutów stanowiące błędy medyczne. Jedynie Część IX obowiązującego do 31 sierpnia 1932 r. tzw. Kodeksu karnego Targancewa z 1903 r., zatytułowana „O pogwałceniu przepisów, ochraniających zdrowie publiczne” zawierała art. 200, zgodnie z którym „Zarządzający apteką lub pracujący w aptece farmaceuta lub uczeń, winny: 1) wydania z apteki, bez recepty lekarza, lekarstwa, którego wydanie jest dozwolone jedynie za receptą lekarza; 2) wydania z apteki lekarstwa, przygotowanego niezgodnie z receptą; 3) wydania z apteki lekarstwa, przygotowanego z materiału nienależytej jakości albo w naczyniach nieczystych lub szkodliwych dla zdrowia, albo w nienależytem opakowaniu; 4) przygotowania lub wydania lekarstw sekretnych, nieuznanych przez radę lekarską; 5) wydania przez omyłkę jednego lekarstwa zamiast drugiego; 6) pogwałcenia postanowionych przez

⁴⁴ Por. uzasadnienie projektu ustawy z dnia 10 grudnia 2020 r. o zawodzie farmaceuty. Sejm IX kadencji. Druk nr 238.

ustawę lub rozporządzenie obowiązujące przepisów o liczeniu i przechowywaniu recept lub prowadzeniu i przechowywaniu ksiąg recepturowych, będzie karany grzywną: zarządzający apteką lub farmaceuta – w wysokości do 120 000 mk., a uczeń – w wysokości do 40 000 mk.”⁴⁵ Ponadto zgodnie z art. 201 „Zarządzający apteką, albo fabryką, laboratorium lub specjalnym oddziałem fabryki chemicznej, urządzonemi do wytwarzania złożonych preparatów farmaceutycznych, jak również pracujący w nich farmaceuta, chemik lub uczeń, winny niewykonania przepisów o przechowywaniu, wydawaniu lub używaniu substancji trujących lub gwałtownie działających, albo przepisów o wyrabianiu lub wydawaniu lekarstw, zawierających takie substancje, będzie karany grzywną: zarządzający, chemik lub farmaceuta – w wysokości do 200 000 mk., a uczeń – w wysokości do 80 000 mk.” Kodeks karny Tagancewa w art. 202 przewidywał kwalifikowane formy ww. przestępstw, stanowiąc, że „W razie powtórzenia przestępstwa przewidzianego w art. 200 lub 201, albo jeśli takie przestępstwo, choć popełnione po raz pierwszy, mogło wobec okoliczności, w jakich je popełniono, pociągnąć za sobą skutki szczególnie szkodliwe, winowajca będzie karany aresztem na czas do miesięcy 3. Nadto sąd mocen jest pozbawić winowajcę prawa zajmowania się praktyką farmaceutyczną na czas od miesięcy 6 do lat 2. Jeżeli winowajca zarządzał apteką, albo fabryką, laboratorium lub specjalnym oddziałem fabryki chemicznej, urządzonemi do wytwarzania złożonych preparatów farmaceutycznych, sąd mocen jest pozbawić go prawa zarządzania temi zakładami na czas od 1 roku do lat 5, a jeśli winowajca sam utrzymywał taki zakład – również prawa utrzymywania tegoż w ciągu takiego samego terminu”⁴⁶.

⁴⁵ Zob. A. Mogilnicki, E. St. Rappaport, *Ustawy karne tymczasowo obowiązujące na obszarze b. zaboru rosyjskiego*. Tom I. Kodeks karny z ustawami dodatkowymi wydanymi do dnia 1 września 1992, skorowidzem i tezami z orzeczeń Sądu Najwyższego RP, Warszawa 1923, s. 188–189.

⁴⁶ *Ibidem*, s. 188–189. Wśród innych istotnych regulacji prawnych Kodeksu karnego Tagancewa wskazać należy art. 197, zgodnie z którym „Winny wyrobu lub przechowywania na sprzedaż poza aptekami, fabrykami, laboratoriami lub specjalnymi oddziałami fabryk chemicznych, urządzonemi do wytwarzania złożonych preparatów farmaceutycznych, lekarstwa, którego wyrób jest dozwolony przez ustawę lub rozporządzenie obowiązujące jedynie w aptekach lub wspomnianych fabrykach, laboratorjach lub oddziałach fabryk chemicznych, będzie karany grzywną do 120 000 mk. Tej samej karze ulega winny wyrobu lub przechowywania na sprzedaż albo sprzedaży poza aptekami lekarstwa, którego wydawanie z aptek jest dozwolone jedynie za receptą lekarza.” Stosownie natomiast do art. 198 „Handlujący substancjami lekarskimi hurtowo lub detalicznie, winni: 1) niewykonania postanowionych przez ustawę lub rozporządzenie obowiązujące przepisów o sprzedaży złożonych preparatów farmaceutycznych; 2) wyrobu lub przechowywania na sprzedaż albo sprzedaży substancji lekarskich pokrajanych, porąbanych, sproszkowanych lub zmieszanych, z wyjątkiem tych, które w tym stanie otrzymuje się z fabryk, laboratorjów lub specjalnych oddziałów fabryk chemicznych, urządzonych do wytwarzania złożonych preparatów farmaceutycznych, albo które znajdują się w tym stanie w obrocie handlowym; 3) przygotowania lub sporządze-

Ustawa z dnia 25 marca 1938 r. o wykonywaniu zawodu aptekarskiego, na podstawie art. 17, penalizowała, i to na gruncie administracyjno-prawnym, wyłącznie takie czyny, jak: 1) prowadzenie apteki bez zarządcy; 2) równoległe formalne kierowanie inną apteką jako właściciel, dzierżawca lub zarządca, tudzież kierowanie inną apteką jako współwłaściciel bez zgody Ministra Opieki Społecznej; 3) nieprzekazanie zarządzania apteką osobie uprawnionej (jeżeli apteka była własnością lub współwłasnością osoby/osób fizycznych, które nie posiadały wymaganych prawem kwalifikacji do jej prowadzenia); 4) powierzenie przez osobę lub osoby nieuprawnione do prowadzenia apteki obowiązku sprawowania zarządzania nad nią osobie nieuprawnionej albo osobie uprawnionej, ale na okres przekraczający trzy miesiące w roku lub z innych przyczyn niż ważny wypadek (np. obłożna choroba, wyjazd na studia, ukończenie 60 roku życia lub powołanie do służby wojskowej) – bez zezwolenia Ministra Opieki Społecznej; 5) niezawiadomienie właściwej władzy administracji ogólnej o braku ustanowienia zarządcy apteki lub powierzeniu sprawowania nad nią zarządu innej osobie uprawnionej (odpowiedzialność w tym przypadku ponosił właściciel, współwłaściciel lub dzierżawca apteki); 6) niezawiadomienie właściwej powiatowej władzy administracji ogólnej oraz właściwej izby aptekarskiej w terminie 7 dni o rozpoczęciu lub zaprzestaniu pracy w aptece przez osobę, wykonującą zawód aptekarski. Czyny te były zagrożone karą aresztu lub grzywny do 1000 zł. Przepisy karne ww. ustawy dotyczyły wyłącznie niewłaściwego wykonywania zadań zawodowych farmaceuty, nieprawidłowej organizacji pracy apteki, tudzież niedopełnienia obowiązków urzędowych.

Żaden przepis Kodeksów karnych z 1932 r., 1969 r. czy 1997 r., podobnie jak ustawy z dnia 6 września 2001 r. – Prawo farmaceutyczne, nie penalizował bezprawnych zachowań farmaceutów w tak szerokim zakresie, jak art. 200 Kodeksu karnego Tagancewa. Tak chociażby ustawa z dnia 10 grudnia 2020 r. o zawodzie farmaceuty zawiera jedynie trzy przepisy karne, penalizujące występki nieuprawnionego posługiwania się tytułem zawodowym „farmaceuty”, wykonywania zawodu farmaceuty bez wymaganych uprawnień oraz powierzenia wykonywania zawodu farmaceuty osobie nieuprawnionej (art. 79–81 u.z.farm.).

nia lekarstwa za receptą lekarza, będzie karany grzywną 200 000 mk. Nadto, sąd może jest pozbawić winnego handlującego substancjami lekarskimi prawa handlu temi substancjami na czas od 1 roku do lat 5”. W art. 199 przewidziano, że „Lekarstwa, wyrabiane, przechowywane lub sprzedawane z pogwałceniem przepisów, wymienionych w art. 197 i 198 odbiera się.” Wreszcie zgodnie z art. 203 Kodeksu karnego Tagancewa „Zarządzający apteką, albo fabryką, laboratorium lub specjalnym oddziałem fabryki chemicznej, urządzonemi do wytwarzania złożonych preparatów farmaceutycznych, winny dopuszczenia do pełnienia obowiązków farmaceuty, chemika lub ucznia, osoby, niemającej do tego prawa, będzie karany grzywną do 120 000 mk.” *Ibidem*, s. 187–189.

W powyższej sytuacji zasadnym jest kwalifikowanie czynów zabronionych popełnianych przez farmaceutów nieumyślnie, a stanowiących błędy medyczne, jako występki narażenia człowieka na niebezpieczeństwo z art. 160 § 2 i 3 k.k. na podobnych zasadach, jak ma to miejsce w przypadku lekarzy, pielęgniarek, położnych, czy ratowników medycznych.

Zgodnie z art. 160 § 2 i 3 k.k. jeżeli na sprawcy narażenia człowieka na bezpośrednie niebezpieczeństwo utraty życia albo ciężkiego uszczerbku na zdrowiu ciąży obowiązek opieki nad osobą narażoną na niebezpieczeństwo, podlega on karze pozbawienia wolności od 3 miesięcy do lat 5, z tym zastrzeżeniem, że gdy ww. czyn popełniony jest nieumyślnie, sankcja karna sprowadza się do grzywny, kary ograniczenia wolności albo pozbawienia wolności do roku.

Dobrem chronionym przepisami art. 160 § 1–3 k.k. jest życie i zdrowie człowieka. Relacja prawna jaka zachodzi między farmaceutą i pacjentem jest typowa dla zaistnienia warunków odpowiedzialności karnej gwaranta jako podmiotu zobowiązanego do podejmowania zachowań skierowanych przeciwko skutkowi. Podstawową powinnością prawną gwaranta jest, nawiązując do treści art. 9 § 2 k.k., zachowanie „ostrożności wymaganej w danych okolicznościach”⁴⁷. Kierując się bogatym dorobkiem orzecznictwa ukształtowanym na kanwie spraw karnych o przestępstwo z art. 160 § 2 k.k. wskazać należy, że fakt ciężkiej i śmiertelnej choroby pacjenta nie wyklucza odpowiedzialności farmaceuty za błąd medyczny z art. 160 § 2 i 3 k.k. Standardy medyczne nie mogą być w takich przypadkach zaniżane. Przestępstwo narażenia na niebezpieczeństwo utraty życia lub ciężkiego uszczerbku na zdrowiu z art. 160 § 2 i 3 k.p.k. jest przestępstwem nieumyślnym. Dla przyjęcia odpowiedzialności karnej farmaceuty za błąd medyczny prowadzący do narażenia, o którym mowa w art. 160 § 2 i 3 k.k., niezbędne jest nie tylko powstanie zmiany w świecie zewnętrznym, tj. stwierdzenie wystąpienia błędu medycznego, ale istnienie związku przyczynowo-skutkowego między owym błędem a stanem narażenia, a wreszcie przypisywalność odnoszona do konkretnej osoby. Przy typie nieumyślnym z art. 160 k.k. obiektywne przypisanie sprawcy skutku jest możliwe wyłącznie wówczas, gdy zostanie dowiedzione, że pożądane działania alternatywne, polegające na wykonaniu ciążącego na farmaceutce obowiązku, zapobiegłyby realnemu i znaczącemu stopniowi tego narażenia⁴⁸. Przykładem takiego stanu rzeczy może być błędne wydanie pacjentowi przez farmaceutę zamiennika leku przepisanego przez lekarza w recepcie, o innym składzie lub stężeniu substancji czynnej, prowadzące po jego zażyciu przez pacjenta do skutku w postaci wstrząsu anafilaktycznego.

⁴⁷ Por. wyrok Sądu Najwyższego z dnia 8 lutego 2017 r., sygn. III KK 226/16, LEX nr 2224610.

⁴⁸ Por. postanowienie Sądu Najwyższego z dnia 5 czerwca 2019 r., sygn. III KK 212/18, LEX nr 2687644.

Farmaceuta może odpowiadać karnie za przestępstwo przeciwko życiu lub zdrowiu pacjenta w związku z nieprawidłowym świadczeniem usługi lub opieki tylko w razie zawinionego błędu medycznego. Jego ustalenie zależy od odpowiedzi na pytanie, czy postępowanie farmaceuty w konkretnej sytuacji i z uwzględnieniem całokształtu okoliczności istniejących w chwili świadczenia usługi, a zwłaszcza tych danych, którymi wówczas dysponował albo mógł dysponować, zgodne było z wymaganiami aktualnej wiedzy i nauki medycznej oraz powszechnie przyjętej praktyki zawodowej⁴⁹. Przestępstwo, określone w art. 160 § 2 i 3 k.k. jest przestępstwem skutkowym i dla jego dokonania konieczne jest zaistnienie skutku w postaci obiektywnie istniejącego potencjału niebezpieczeństwa utraty życia lub ciężkiego uszczerbku na zdrowiu. Narażenie na to niebezpieczeństwo ma mieć charakter konkretny. Ustawodawca wymaga, aby było to niebezpieczeństwo bezpośrednie. Bezpośredniość tę rozumieć należy jako nieuchronne następstwo dalszego niebezpiecznego dla życia lub zdrowia rozwoju sytuacji albo jako wysokie prawdopodobieństwo jego wystąpienia⁵⁰. Jako przykład ww. konkretnego, bezpośredniego niebezpieczeństwa wskazać należy wspomniany wcześniej wstrząs anafilaktyczny, do którego doszłoby po zastosowaniu przez pacjenta wydanego przez farmaceutę niewłaściwego produktu leczniczego. Wstrząs anafilaktyczny jest ciężką, szybko rozwijającą się ogólnoustrojową reakcją anafilaktyczną, przebiegającą ze znacznym spadkiem ciśnienia tętniczego powodującym zagrożenie życia. Powszechnie wiadomo, że anafilaksja wiąże się z nadwrażliwością alergiczną lub niealergiczną organizmu m.in. na leki, w tym zwłaszcza leki opioidowe, zwiotczające i niesteroidowe leki przeciwzapalne.

W przypadku farmaceutów aktualność zachowuje też teza, zgodnie z którą zakres obowiązków ciążących na gwarancie musi być definiowany w odniesieniu do tego momentu czasowego, w którym on działa, w oparciu o wtedy dostępne mu informacje o okolicznościach stanu faktycznego. W odniesieniu do tego momentu formułowane powinny być wnioski co do zakresu realizacji tychże obowiązków i niebezpieczeństw, które wynikać mogą z ich zaniechania⁵¹. Momentem tym będzie najczęściej czas świadczenia usługi farmaceutycznej.

⁴⁹ Por. wyrok Sądu Najwyższego z dnia 10 grudnia 2002 r., sygn. V KK 33/02, LEX nr 75498.

⁵⁰ Zob. postanowienie Sądu Najwyższego z dnia 26 stycznia 2016 r., sygn. V KK 342/15, LEX nr 1977834.

⁵¹ Por. postanowienie Sądu Najwyższego z dnia 19 stycznia 2011 r., sygn. IV KK 356/10, OSNKW 2011, nr 2, poz. 18.

VII. Podsumowanie

W orzecznictwie podkreśla się, że wykonywanie zawodu farmaceuty jako zawodu zaufania publicznego, w obecnym stanie prawnym, nie może mieć miejsca bez przestrzegania określonych zasad etycznych. Przesłanki rękojmi nie należy przy tym utożsamiać z wymaganiem odnoszącym się do kwalifikacji zawodowych. Z drugiej strony jednak „nie można przyjmować, że rękojnia (w ogóle) nie wiąże się z wiedzą praktyczną konieczną do wykonywania zawodu”. Brak odpowiednich umiejętności czy też dostatecznej praktyki może bowiem mieć wpływ na poziom świadczonych usług, a przez to nie stanowić gwarancji należytego wykonywania zawodu⁵². Od osób wykonujących zawody zaufania publicznego wymaga się, aby swoje usługi świadczyły w sposób kompetentny i wiarygodny, mając na względzie osobistą odpowiedzialność za właściwe realizowanie świadczeń na rzecz odbiorców⁵³. Przez rękojmię prawidłowego wykonywania zawodu należy rozumieć, oprócz wiedzy zweryfikowanej w prawem przewidziany sposób, taki zespół cech charakteru i zachowań w sferze zawodowej i prywatnej, które składają się na wizerunek osoby, na której nie ciążyą żadne zarzuty podważające jej wiarygodność. Tylko taka osoba może wykonywać zawód zaufania publicznego⁵⁴. O nieskazitelności charakteru świadczą takie przymioty osobiste jak: uczciwość w życiu prywatnym i zawodowym, uczynność, pracowitość, poczucie odpowiedzialności za własne słowa i czyny, stanowczość, odwaga cywilna, samokrytycyzm, umiejętność zgodnego współżycia z otoczeniem. Brak rękojmi należytego wykonywania zawodu jest więc implikacją braku nieskazi-

⁵² Por. wyrok Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego w Warszawie z dnia 30 stycznia 2018 r., sygn. VI SA/Wa 2053/17, LEX nr 2612030; wyrok Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego w Warszawie z dnia 19 maja 2016 r., sygn. VI SA/Wa 2796/15, LEX nr 2090223.

⁵³ Zob. wyrok Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego w Warszawie z dnia 14 czerwca 2016 r., sygn. VI SA/Wa 404/16, LEX nr 2097739.

⁵⁴ Zob. wyrok Naczelnego Sądu Administracyjnego z dnia 2 września 2015 r., sygn. II GSK 1840/14, LEX nr 1816437. Konieczność posiadania rękojmi np. należytego prowadzenia apteki badana jest nie tylko na etapie wydawania zezwolenia na otwarcie nowej apteki. Przedsiębiorca posiadający już zezwolenie na prowadzenie apteki ogólnodostępnej musi spełniać tę przesłankę przez cały okres posiadania zezwolenia, a nałożone na niego w tym względzie obowiązki prawne wyznaczają granice, w jakich może poruszać się prowadząc działalność farmaceutyczną. Przekroczenie tych granic powoduje utratę rękojmi. Zob. wyrok Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego w Warszawie z dnia 24 października 2017 r., sygn. VI SA/Wa 1016/17, LEX nr 2471170. Ponadto podkreśla się, że każde podejrzenie nierzetelności w wykonywaniu czynności zawodowych uprawnia do stwierdzenia, że kandydat do zawodu farmaceuty nie spełnia warunku rękojmi należytego jego wykonywania. Por. wyrok Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego w Warszawie z dnia 5 stycznia 2018 r., sygn. VI SA/Wa 1053/17, LEX nr 2474973; wyrok Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego w Warszawie z dnia 13 stycznia 2016 r., sygn. VI SA/Wa 1881/15, LEX nr 2055295.

telnego charakteru i dotychczasowego zachowania odpowiadającego ocenom moralnym i etycznym. Są to pojęcia jednolite i niepodzielne⁵⁵.

Zawód farmaceuty jest zawodem medycznym, czego konsekwencją powinno być stosowanie wobec farmaceutów analogicznych jak w odniesieniu do lekarzy, pielęgniarek, położnych czy fizjoterapeutów, kryteriów oceny legalności podejmowanych działań. Obowiązki farmaceuty z dniem 16 kwietnia 2021 r. zostaną realnie i znacząco rozszerzone poza obszar takich typowych usług udzielanych pacjentom w aptekach, jak realizacja recept lekarskich, przygotowanie leków recepturowych czy sprzedaż produktów leczniczych. Farmaceuci zostaną w zdecydowanie większym zakresie zaangażowani w proces udzielania świadczeń opieki zdrowotnej, oczywiście w ramach podejmowanej wobec chorych farmakoterapii. Rozszerzenie katalogu obowiązków i uprawnień farmaceutów powodować będzie jednak zwiększenie ich odpowiedzialności za leczenie pacjentów. Ewentualne zawinione błędy w realizacji tych obowiązków niewątpliwie stanowiąc będą błąd medyczny, czego konsekwencje podlegać będą m.in. ocenie prawnokarnej, jeżeli ww. działania i zaniechania wyczerpywać będą znamiona czynu zabronionego. Biorąc pod uwagę dotychczasową praktykę procesową, ukształtowaną na kanwie postępowań karnych o tzw. błędy w sztuce lekarskiej, zasadnym jest kwalifikowanie czynów zabronionych popełnianych przez farmaceutów nieumyślnie jako występki narażenia człowieka na niebezpieczeństwo z art. 160 § 2 i 3 k.k. na podobnych zasadach, jak ma to miejsce w przypadku lekarzy, a także pielęgniarek, położnych, fizjoterapeutów, diagnostów laboratoryjnych czy ratowników medycznych.

⁵⁵ Por. wyrok Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego w Warszawie z dnia 27 stycznia 2009 r., sygn. VI SA/Wa 2011/08, LEX nr 519851. Przy ocenie nieskazitelności charakteru chodzi o ocenę moralną, etyczną dokonaną w oparciu o wszelkie dostępne dane dotyczące osoby. Należy więc dodać, że przez nieskazitelność charakteru trzeba rozumieć całokształt cech indywidualnych, zdarzeń i okoliczności składających się na wizerunek osoby, która pretenduje w przyszłości do wykonywania zawodu zaufania publicznego. Nie bez znaczenia dla uznania takiego wizerunku są fakty i zdarzenia ze sfery życia prywatnego, które byłyby naganne z punktu widzenia opinii publicznej. Zob. wyrok Naczelnego Sądu Administracyjnego z dnia 8 stycznia 2015 r., sygn. II GSK 2074/13, LEX nr 1658783; wyrok Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego w Warszawie z dnia 4 marca 2015 r., sygn. VI SA/Wa 2975/14, LEX nr 1794293; wyrok Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego w Warszawie z dnia 9 stycznia 2018 r., sygn. VI SA/Wa 1872/17, LEX nr 2483581; wyrok Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego w Warszawie z dnia 3 stycznia 2018 r., sygn. VI SA/Wa 2052/17, LEX nr 2437859.

Errors and irregularities in professional practice of pharmacists under criminal law and medical law

Abstract

On 16 April 2021, the Pharmacist Profession Act is going to enter into force (Journal of Laws of 2021, item 97) It will be for the first time in the history of Polish law to have the legal act of such significance setting out rules and conditions for practicing the profession of a pharmacist. The imminent entry into force of the Act as well as the extended scope and catalogue of forms of providing pharmaceutical care to patients encourages an in-depth analysis of legal issues relating to claims against pharmacists for professional negligence under medical law and criminal law. For years now, the existing literature has argued that – due to the role of pharmacists in achieving therapeutic goals – any irregularities in the area concerned are likely to have far-reaching consequences for patients. The primary purpose of this paper is to determine: 1) how to describe negligence in the pharmacist profession and what classifications of negligence should be given the legal regime in force as of 16 April 2021 and the new scope of pharmaceutical care; 2) whether any irregularities in pharmacists' activities should be perceived as a separate category of professional misconduct rather than a medical error, given the specificity of the profession, 3) legal classification of prohibited acts that constitute misconduct. The issues concerned are discussed in combination with the historical and legal aspects of the evolution of the pharmacist profession, and with the presentation of the current legal regime and motives behind the legislative changes made over the last months.

Keywords

Medical error, pharmaceutical care, pharmacist profession, pharmacy malpractice, exposure of patients to life and health risks.

Anita Gałęska-Śliwka

Prawo do świadomego planowania rodziny – wybrane zagadnienia

Streszczenie

Prawo do świadomego planowania rodziny jest prawem rozległym i mieści w sobie zarówno aspekty edukacyjne, jak i stricte medyczne czy prawne. Z uwagi na rozległość i interdyscyplinarność tematyki zakres niniejszego artykułu koncentruje się głównie wokół ewolucji polskich rozwiązań prawnych na tle tzw.: „przepisów aborcyjnych”.

Zjawisko celowego przerwania ciąży znacznie wyprzedza czasy współczesne. W dziejach świata stosunek do aborcji był bardzo zróżnicowany i pozostawał w ścisłym związku ze stopniem religijności społeczeństwa, kultury i dominującym światopoglądem. Wraz ze wzrostem możliwości diagnostycznych, w tym tych pozwalających na wczesne wykrycie wad płodu, podążały zmiany legislacyjne. Dzisiejsze rozwiązania prawne, obejmujące szeroko rozumianą politykę świadomego planowania rodziny, są bardzo zróżnicowane. Stanowią wyraz wielowiekowej ewolucji poglądów różnych środowisk, w tym: prawniczych i medycznych.

Celem niniejszego artykułu jest przedstawienie ewolucji zmian legislacyjnych, jakie miały miejsce w ostatnich kilkudziesięciu latach w Polsce w zakresie prawa do świadomego planowania rodziny, na tle przepisów dotyczących przerwania ciąży z podkreśleniem wątpliwości i zastrzeżeń zgłaszanych przez Trybunał Konstytucyjny i Sąd Najwyższy.

Aborcja w historii – ewolucja poglądów

W kulturze indyjskiej, w okresie przed naszą erą, nasienie mężczyzn pochodzących z najwyższych kast podlegało ochronie. Ochrona ta była na tyle silna, że sądy religijne karały pokutą kobiety poddające się aborcji¹. W Kodeksie Assura z ok. 1075 r. p.n.e. kobiety dokonujące aborcji karane były śmiercią². W Starym Testamencie w Księdze Liczb opisany został przypa-

¹ D. Constantin-Iulian, Abortion from the perspective of eastern religions: hinduism and buddhism, *Journal of Bioethics* 2010, vol. 8, nr 1.

² M. Potts, M. Campbell, History of contraception, *Gynecology and Obstetrics* 2002, vol. 6, rozdział 8, s. 1.

dek testowania wierności ciężarnej kobiety poprzez zmuszenie jej do wypicia mikstury o działaniu poronnym. Celem takiego działania było ustalenie, czy kobieta była wierna i czy ojcem dziecka jest jej mąż. W sytuacji, gdy po wypiciu niniejszej mikstury dochodziło do poronienia kobieta była uznana za cudzołożnicę, jednak gdyby do poronienia nie doszło uznawano, że dziecko jest męża kobiety³.

W świecie antycznym aborcja była zjawiskiem powszechnym, a zachowania aborcyjne były karane tylko w wyjątkowych okolicznościach. Najczęściej pozostawało to w związku z poglądami ówczesnych na rolę kobiety w rodzinie. O losie kobiety decydował ojciec albo mąż⁴. W sytuacji, kiedy wykonanie zabiegu aborcji było następstwem suwerennej decyzji kobiety, zarówno ona, jak i osoba przeprowadzająca zabieg mogła być pociągnięta do odpowiedzialności z uwagi na fakt, iż mąż kobiety mógł wskutek terminacji ciąży poczuć się poszkodowany⁵. Analiza szkieletów kobiet starożytnych znalezionych na rzymskim cmentarzu w Bath Gate w Anglii wykazała, że spośród dwunastu znalezionych kobiet tylko jedna rodziła dziesięcio-

³ Stary Testament, Księga Liczb 5:18–28 „Teraz postawi kapłan kobietę przed Panem, odkryje jej włosy i położy na jej ręce ofiarę wyjawienia, czyli posądzenia; wodę zaś gorzką, niosącą klątwę, kapłan będzie trzymał w swym ręku. Wtedy zaprzysięgnie kobietę i powie do niej: Jeśli rzeczywiście żaden inny mężczyzna z tobą nie obcował i jeśliś się z innym nie splamiła nieczystością względem swego męża, wówczas woda gorzkiej i przekleństwa nie przyniesie ci szkody. Jeśli jednak byłaś niewierna swemu mężowi i stałaś się przez to nieczystą, ponieważ inny mężczyzna, a nie twój mąż, obcował z tobą, wylewając [nasienie] – wówczas przeklnie kapłan kobietę przysięgą przekleństwa i powie do niej: Niechże cię Pan uczyni poprzysiężonym przekleństwem pośród ludu twego, niech zwiotczą twoje biodra, a łono niech spuchnie. Woda niosąca przekleństwo niech wnuknie do twego wnętrza i niech sprawi, że spuchnie twoje łono, a biodra zwiotczą. Odpowie na to kobieta: Amen, Amen. Teraz wypisze kapłan na zwoju słowa przekleństwa, a następnie zmyje je wodą gorzkiej. Wreszcie da wypić kobiecie wodę gorzką, niosącą klątwę, aby wody przekleństwa weszły w nią sprawiając gorzki ból. Następnie weźmie kapłan z rąk kobiety ofiarę posądzenia, wykona gest kołysania przed Panem i złoży na ołtarzu. Potem weźmie z niej pełną dłoń część jako pamiątkę i spali na ołtarzu. Teraz da kobiecie do picia wodę przeklętą: jeśli naprawdę stała się nieczystą i swojemu mężowi niewierną, woda wnuknie w nią, sprawiając gorzki ból. Łono jej spuchnie, a biodra zwiotczą, i będzie owa kobieta przedmiotem przekleństwa pośród swego narodu. Jeśli jednak ta kobieta nie stała się nieczystą, lecz przeciwnie – jest czystą – pozostanie bez szkody i znów będzie rodzić dzieci.”, <https://www.bibliacatolica.com.br/pl/biblia-tysiaclecia/ksiega-liczb/5/>.

⁴ R. Flaceliere, *Życie codzienne w Grecji za czasów Peryklesa*, przeł. Z. Bobowicz, J. Targalski, Warszawa 1985; L. Winniczuk, *Ludzie, zwyczaje i obyczaje starożytnej Grecji i Rzymu*, Warszawa 1983; M. Jońca, *Aborcja w prawie Rzymu i wczesnego średniowiecza*, *Edukacja Prawnicza* 2012, nr 10 – tekst dostępny pod adresem: <https://www.edukacja.prawnicza.pl/aborcja-w%E2%80%AFprawie-rzymu-i-wczesnego-sredniowiecza>.

⁵ R. Żuchowicz, *Aborcja w historii – jak usuwano ciążę w starożytności i w średniowieczu*, *Newsweek*, 29 listopada 2016, <http://www.newsweek.pl/wiedza/historia/aborcja-w-historii-jak-usuwano-ciaze-w-starozytnosci-w-sredniowieczu-artykuly,401267,1.html>. Należy zwrócić uwagę, że penalizacja aborcji nie dotyczyła kobiet niezamężnych (w takich przypadkach aborcja nie naruszała interesów ojca dziecka) oraz prostytutek – za: M. Jońca, *op. cit.*

krotnie, trzy rodziły raz, a pozostałe po pięć razy⁶. Uwzględniając więc stosunkowo młody wiek zawierania związków małżeńskich, swobodę obyczajową i nie zawsze skuteczne metody antykoncepcyjne, tak mała liczba porodów może prowadzić do wniosku o powszechności aborcji w świecie antycznym⁷. Co do zasady liberalizm społeczeństw starożytnych przesądzał o łagodnym spojrzeniu na zjawisko aborcji, jednakże w niektórych tekstach źródłowych tego okresu pojawia się karalność aborcji traktowanej jako zbrodnia przeciwko mężowi w sytuacji, gdy do aborcji doszło po jego śmierci. Takie restrykcyjne stanowisko wiązało się z prawami nienarodzonego dziecka do majątku ojca⁸. Nad zagadnieniem aborcji, istotą początku życia ludzkiego i humanizacją płodu debatowali głównie filozofowie. Stoicy „zakładając materialistyczną strukturę duszy ludzkiej, aspirowanej wraz z wdychanym powietrzem, uważali, iż jej umiejscowienie w ciele następuje w momencie urodzenia. Sam zaś moment hominizacji miał zachodzić jeszcze później, gdy dziecko zaczynało wykazywać przejawy aktywności duszy rozumnej. To określenie momentu animacji embrionu ludzkiego w momencie narodzin implikowało nieosobowe podejście do mającego się narodzić przez cały okres jego życia płodowego”⁹. Arystoteles przekonywał, że granica karalności aborcji powinna przebiegać na linii „odczuwania i bycia żywym.” W *Polityce* Arystoteles napisał: „W kwestii usuwania czy wychowywania noworodków winno obowiązywać prawo, by nie wychowywać żadnego dziecka wykazującego kalectwo. Biorąc jednak pod uwagę liczbę dzieci, należy wobec tego, że istniejące obyczaje nie pozwalają usuwać żadnego noworodka, liczbę urodzin prawem ograniczyć; jeśli zaś jacyś obcujący ze sobą małżonkowie poczną dziecko ponad tę liczbę, należy spowodować jego poronienie, zanim jeszcze czucie i życie w nie wstąpi. Bo co tu jest godziwe, a co nie, zależeć będzie od tego, czy płód już czucie i życie posiada”¹⁰. Galen w swoim traktacie „O formowaniu się płodu” twierdził, że pomimo tego, iż już we wczesnym stadium rozwoju płód ma ukształtowane serce, mózg, wątrobę, to jednak nie posiada duszy i stąd dopuszczalne jest przeprowadzanie aborcji¹¹. Stanowisko Hipokratesa do-

⁶ K. Stebnicka, Wielodzietne rodziny w starożytności były rzadkością. Jaką stosowano antykoncepcję, Focus 15 lutego 2018 r., <http://www.focus.pl/artykul/jak-to-robily-kobiety-w-starozynosci?page=2>.

⁷ M. Jońca, *op. cit.*; K. P. Depierri, One way of unearthing the past, *The American Journal of Nurskin* 1968, wyd. 3, s. 521 i nast.

⁸ J. R. Sallares, Abortion, *The Oxford Classical Dictionary*, 2003, wyd. 3, s. 1.

⁹ T. Kołosowski, Etyczno-antropologiczne aspekty aborcji w świetle wybranych dzieł antycznej literatury Grecji i Rzymu, *Seminare* 2013, t. 33, s. 258.

¹⁰ Za: T. Kołosowski, *op. cit.*, s. 258; zob. też: J. Gula, O przerywaniu ciąży w starożytności. Kilka uwag polemicznych, tekst dostępny pod adresem: http://dlibra.kul.pl/Content/27580/24_o_przerywaniu_ciazy.pdf.

¹¹ K. Stebnicka, *op. cit.*

tyczące aborcji było różnie interpretowane. Jednak Przysięga Hipokratesa wyraźnie stanowiła, o nieczynieniu zła, co mogłoby przesądzać o negatywnym stanowisku Hipokratesa wobec terminacji ciąży rozumianej jako pogwałcenie zasad ochrony życia¹².

Wraz z upowszechnieniem się chrześcijaństwa postrzeganie aborcji ewoluowało. Około 211 roku n.e. zakazano w Rzymie aborcji twierdząc, że jest to procedura naruszająca prawa i interesy rodzicielskie¹³. Za sprawą Ulpiana prawo zaczęło postrzegać dziecko nienarodzone jako narodzone, przyjmując zasadę wedle której, dziecko nienarodzone traktowane jest jak dziecko narodzone, zawsze wtedy gdy dotyczy to jego zysków¹⁴. Tertulian uważał, że aborcję należy wykonywać wyłącznie wtedy, gdy ułożenie płodu stanowi zagrożenie dla życia kobiety¹⁵. Natomiast święty Augustyn w swoim dziele „Enchiridion ad Laurentium de fide et spe et caritate” opisał zabiegi polegające na oczyszczeniu macicy w przypadku, kiedy płód zmarł, a samą aborcję potępiał¹⁶.

Wraz z nadejściem ery nowożytnej poglądy społeczeństw na zjawisko aborcji ewoluowały. Duże znaczenie dla ówczesnych poglądów miała wysoka śmiertelność towarzysząca zabiegom aborcji. Wiązało się to z bardzo niskim poziomem wykształcenia medycznego osób świadczących takie usługi.

¹² Szerzej zob.: J. Gula, *op. cit.*

¹³ J. R. Sallares, *op. cit.*, s. 1.

¹⁴ Jak podkreśla M. Sitek przyjęta interpretacja jest niezgodna z rzeczywistym zamierzeniem słów Ulpiana, zob. szerzej: M. Sitek, Prawa nasciturusa przeciwko prawu kobiety do aborcji. Konflikt między aksjologią a przepisami prawa, (w:) J. Mazurkiewicz, P. Mysiak (red.), *Nasciturus pro iam nato habetur. O ochronę dziecka poczętego i jego matki*, 2017, s. 292–293. Tekst dostępny pod adresem: http://www.repozytorium.uni.wroc.pl/Content/79002/21_Sitek_M_Prawa_nasciturusa_przeciwko_prawu_kobiety_do_aborcji%20_konflikt_miedzy_aksjologia_a_przepisami_prawa.pdf.

¹⁵ A. M. Filipowicz, Poglądy Tertuliana na temat początków życia ludzkiego i aborcji, tekst dostępny pod adresem: http://katedra.uksw.edu.pl/publikacje/adam_filipowicz/polady_tertuliana_na_temat_poczatkow_zycia.pdf.

¹⁶ Niektórzy autorzy twierdzą, że św. Augustyn we wcześniejszych etapach rozwojowych aborcję akceptował i argumentował, powołując się na brak duszy u płodu „Nie jest dzieciobójczynią ta, która sprowadza poronienie, zanim dusza wstąpi w ciało” (łac. *Non est homicida, qui abortum procurat, antequam anima corpori sit infusa*), zob. B. A. Robinson, Roman Catholicism and abortion access: Pagan&Christian beliefs 400 BC–1980 AD, tekst dostępny pod adresem: www.religioustolerance.org/abo_hist.html. Twierdzenie to należy zestawiać z badaniami np. J. Salij, wedle których niesłusznie przypisuje się autorstwo niniejszego tekstu św. Augustynowi. W rzeczywistości, jak zauważa J. Salij jego autorem jest Iwo Chartes i nie dotyczy ono kobiety dokonującej aborcji, tylko mężczyzny, który podczas bójki z innym mężczyzną przypadkowo spowodował poronienie u kobiety, która próbowała ich rozdzielić, zob. J. Salij, Dawni chrześcijanie wobec zabijania płodu, tekst dostępny pod adresem: https://opoka.org.pl/biblioteka/TTD/wybierajmy_zycie/dawniej-abor.html, zob. też: J. Gula, *op. cit.*

Pierwsze ustawy antyaborcyjne zaczęły się pojawiać w USA w latach dwudziestych XIX w. W 1821 r. w ustawie dotyczącej aptek wprowadzono ograniczenia w dostępie do środków stosowanych w celach aborcyjnych. A od lat sześćdziesiątych XIX wieku kryminalizacja aborcji zaczęła nabierać coraz większego rozpędu i upowszechniać się na większą skalę. Zmiany te były konsekwencją postanowień American Medical Association, które dążyło do wyeliminowania z procesu udzielania świadczeń zdrowotnych osób bez odpowiednich kwalifikacji i wykształcenia medycznego¹⁷.

We Francji w XIX w. zaczęto odchodzić od poglądu, zgodnie z którym aborcja jest swego rodzaju „ostatnią deską ratunku” dla niezamężnych kobiet, które wskutek liberalizmu światopoglądowego zaszły w ciążę przed zawarciem małżeństwa. Zaczęto kłaść nacisk na świadome podejmowanie decyzji o rodzicielstwie. Wraz z upowszechnieniem się tego trendu, aborcja zaczęła być traktowana jako ostateczna alternatywa w przypadku, gdy wcześniej zastosowane środki antykoncepcyjne okazały się nieskuteczne¹⁸.

Pod koniec XIX w. zaczęto odnotowywać w społeczeństwach państw rozwiniętych systematyczny spadek dzietności. Nie było to jednak wynikiem zabiegów aborcyjnych, a raczej stanowiło konsekwencję upowszechnienia się zjawiska świadomego rodzicielstwa i towarzyszącej temu świadomości kosztów, jakie wiążą się z utrzymaniem dzieci. Rodziny decydowały się na coraz nowsze metody antykoncepcyjne, z abstynencją seksualną włącznie. Pomimo tego, ciągle jeszcze, szczególnie wśród kobiet z klasy robotniczej powszechnie stosowano środki poronne w postaci tabletek przeczyszczających, a także inne techniki zakończenia ciąży np. upadek ze schodów czy przyjmowanie leków przeznaczonych dla zwierząt.

Feministki sprzeciwiały się zabiegom aborcji i optowały za ustawodawstwem antyaborcyjnym twierdząc, że aborcja stała się konsekwencją bezymyślnych zachowań mężczyzn, którzy są tak rozpasani seksualnie, że nie są zdolni do uszanowania woli kobiety do abstynencji¹⁹.

W rezultacie zmian kulturowych w XIX w. powszechne stało się zaostrzenie przepisów aborcyjnych i w konsekwencji większość państw rozwiniętych sprzeciwiała się w tym temacie całkowitej swobodzie i brakowi kontroli ze strony państwa.

Z czasem, na sile zaczął nabierać ruch liberalizujący wcześniej postulowane rozwiązania. Ruch ten zaakcentował swoją obecność we wczesnych

¹⁷ K. Pollitt, *Abortion in American history*, The Atlantic, 1997, tekst dostępny pod adresem: <https://www.theatlantic.com/magazine/archive/1997/05/abortion-in-american-history/376851/>; J. Johnson Lewis, *Abortion history: A history of abortion in United States*, 2006.

¹⁸ A. McLaren, *Abortion in France: Women and the regulation of family size 1800–1914*, French Historical Studies 1978, nr 10, s. 461–485; E. van de Warkle, *The detection of criminal abortion and a study of foeticidal drugs*, 2008.

¹⁹ J. C. Mohr, *Abortion in America: The Origins and Evolution of National Policy* 1978, s. 110.

latach XX w. Ze szczególną siłą był reprezentowany na terenie USA i UK²⁰. Kampanie tam prowadzone doprowadziły do powołania do życia kliniki kontroli urodzeń, która prowadziła poradnictwo w zakresie świadomego rodzicielstwa, planowania rodziny i metod antykoncepcyjnych. W 1929 r. Stella Brown (brytyjska działaczka aborcyjna) wygłosiła, podczas kongresu w Londynie, wykład na temat prawa kobiet do aborcji. Twierdziła, że ograniczenia w tej sferze mogą doprowadzić kobiety będące w niechcianej ciąży nawet do samobójstwa²¹. Wraz z wybuchem II wojny światowej spory wokół aborcji ucichły. Prace legislacyjne wznowiono po zakończeniu wojny i w ich następstwie uchwalono przepisy, zgodnie z którymi zalegalizowano aborcję m.in. w przypadku wad genetycznych płodu, z uwagi na dobro fizyczne i psychiczne kobiety oraz z uwagi na dobro jej obecnych dzieci²².

W USA ruch reformatorski zaczął nabierać na sile w drugiej połowie XX w. W 1963 r. powołano do życia towarzystwo ds. aborcji, którego zadaniem stało się upowszechnienie informacji o procesie aborcji²³. Niektóre, funkcjonujące na terenie USA, ruchy proponowały zainteresowanym kobietom przeprowadzenie zabiegu. Przykładem może być np. grupa Jane, która prowadziła pływającą klinikę, na terenie której dokonywano terminacji ciąży. Z czasem poszczególne stany amerykańskie zaczęły liberalizować swoje przepisy aborcyjne²⁴.

W Rosji w okresie XV–XVII w. aborcja była karana pokutą trwającą 5–15 lat, a od XVIII w. decyzją cara przerwanie ciąży było zagrożone karą śmierci. Z czasem car Piotr I zliberalizował przepisy antyaborcyjne znosząc karę śmierci²⁵. Model postrzegania aborcji w Rosji ewoluował. W następstwie dekretu Ludowego Komisariatu Zdrowia i Ludowego Komisariatu Sprawiedliwości z dnia 16 listopada 1920 r. zalegalizowano aborcję. Tak liberalne stanowisko nie utrzymało się jednak zbyt długo bowiem już w 1926 r. po raz kolejny całkowicie zakazano aborcji. Zmiana ta dotyczyła wszystkich kobiet, które po raz pierwszy zaszły w ciążę oraz tych, które by chciały dokonać aborcji przed upływem sześciu miesięcy od dokonania poprzedniej. W 1936 r. zakazano aborcji z powodu trudnych warunków demograficznych licząc na wzrost dzie-

²⁰ <https://eastsidegynecology.com/blog/us-abortion-history-timeline/>.

²¹ T. McIntosh, An abortionist city: Maternal Morality, Abortion and Birth Control in Sheffield 1920–1940, *Medical History*, 2000, nr 44, s. 78; The Life and Times of Stella Brown: Feminist and Free Spirit, 19.05.2011, <https://www.timeshighereducation.com/books/the-life-and-times-of-stella-browne-feminist-and-free-spirit/416214.article>.

²² Scientific Developments Relating to the Abortion Act 1967.

²³ A. Doan, Opposition and Intimidation: The Abortion Wars and Strategies of Political Harassment 2007, s. 58.

²⁴ Medicine: Abortion on Request, *Time*, 9.03.1970 r., Clyde Haberman, Code Name Jane: The Women Behind a Covert Abortion Network, *The New York Times*, wydanie z dnia 14 października 2018 r.

²⁵ <http://alexjones.pl/aj/aj-inne/aj-historia/item/111678-historia-aborcji-imperium-rosyjskie-zwiazek-sowiecki-i-federacja-rosyjska>.

ności. Obostrzenia obowiązywały do 1955 r. kiedy to dekretem Prezydium Rady Najwyższej ZSRR zalegalizowano aborcję we wszystkich przypadkach, o ile nie wystąpią przeciwwskazania natury medycznej²⁶. Do dnia dzisiejszego Rosja jest jednym z krajów o najbardziej liberalnym prawie aborcyjnym.

W Chinach na początku lat 50-tych XX prawo do aborcji zostało ograniczone do przypadków, gdy ciąża zagrażała życiu kobiety, kobieta była ciężko chora, a ciąża spowodowałaby pogorszenie jej stanu zdrowia, kobieta miała już jedno dziecko i nie była w stanie fizycznie znieść kolejnej ciąży, a także gdy była chora na choroby genetyczne i psychiczne, które mogłyby pojawić się u dziecka. Decyzja rządzących podyktowana była potrzebą wzrostu populacji. Jednak już kilka lat później, w 1957 r. ogłoszono zniesienie wszystkich ograniczeń z wyjątkiem tego, że aborcja mogła być wykonywana do 10 tygodnia ciąży i tylko raz do roku. We wczesnych latach 70. rząd chiński zaczął zwracać uwagę na wzrost demograficzny i w 1979 r. oficjalnie wdrożono politykę kontroli urodzeń i rozpoczęto energiczne działania prewencyjno-edukacyjne²⁷. Systematycznie coraz więcej uwagi zaczęto poświęcać świadomemu rodzielstwu. W 2005 r. wprowadzono ustawodawstwo, którego celem było ograniczenie zjawiska tzw. aborcji selektywnej z uwagi na płeć²⁸.

W Rumuni kształt przepisów dotyczących aborcji pozostawał w dużej mierze konsekwencją dążenia Nicolae Ceausescu do osiągnięcia w 2000 r. populacji na poziomie 25 milionów. By osiągnąć zamierzony cel wprowadzono w 1966 r. dekret nr 770 w myśl którego, prawo do antykoncepcji i aborcji miały tylko te kobiety, które urodziły już minimum czwórkę dzieci (w 1984 r. próg podniesiono do pięciorga dzieci). W 1989 r. dekret uchylono²⁹. Przez lata Rumunia była krajem o jednym z najwyższych wskaźników przeprowadzanych aborcji. Od 2004 r. widać jednak tendencję spadkową³⁰.

W Japonii, ustawą z 1948 r., zalegalizowano aborcję do 22 tygodnia ciąży, o ile zagrożone było życie kobiety, a od 1949 r. zapisy rozszerzono także o przypadki tzw. przesłanek ekonomicznych tzn. kiedy urodzenie dziecka miałoby negatywny wpływ na poziom dobrobytu kobiety. Początkowo, każdy taki przypadek wymagał analizy i zgody lokalnej rady eugenicznej, z czasem (od 1952 r.) prawo do podjęcia decyzji w kwestii terminacji ciąży przekazano do rozporządzania kobiecie i jej lekarzowi³¹.

²⁶ *Ibidem*.

²⁷ K. Sarek, [Chiny] Aborcja jako narzędzie kontroli, *Krytyka Liberalna*, 2016, nr 378, tekst dostępny pod adresem: <https://kulturaliberalna.pl/2016/04/07/56062/>.

²⁸ <https://www.ncbi.nlm.nih.gov/pmc/articles/PMC1215519/>.

²⁹ <https://ciekawostkihistoryczne.pl/2017/04/10/10-poruszajacych-faktow-z-historii-aborcji-powinienes-je-znac-niezaleznie-od-tego-po-ktorej-stronie-sie-opowiadasz/>.

³⁰ M. Leidi g, Romania still faces high abortion rate 16 years after fall of Ceausescu, *BMJ*, 2005, nr 331, tekst dostępny pod adresem: <https://www.ncbi.nlm.nih.gov/pmc/articles/PMC1283222/>.

³¹ T. M. Hart, Legalized abortion in Japan, *California Medicine*, 1967, nr 107, s. 334–337; K. Yamamoto, Y. Yamamoto, T. Hayase, Abortion in Japan, *Arch Kriminol*, 1993 r.

Aktualnie ustawodawstwa wielu krajów dają możliwość przerwania ciąży na życzenie kobiety, najczęściej pod warunkiem wykazania trudnej sytuacji życiowo-ekonomicznej³². Tego typu regulacje zakładają możliwość przerwania ciąży na wczesnym jej etapie. Inne kraje dopuszczają przerwanie ciąży wyłącznie z uwagi na zagrożenie życia lub zdrowia kobiety, albo gdy ciąża jest wynikiem przestępstwa lub gdy płód jest poważnie i nieodwracalnie uszkodzony³³. Jeszcze inne, nie dopuszczają przerwania ciąży, albo dopuszczają taką możliwość tylko w przypadku zagrożenia życia kobiety³⁴. Sposób regulacji i skala obostrzeń jest suwerenną decyzją legislacyjną poszczególnych państw.

Przepisy międzynarodowe i europejskie co do zasady nie zajmują stanowiska w temacie aborcji, jednak odnoszą się do ochrony życia. Jednym z dokumentów zasługujących na uwagę jest Powszechna Deklaracja Praw Człowieka³⁵. Wedle zapisów Deklaracji zawartych w art. 1 „wszyscy ludzie rodzą się wolni i równi pod względem swej godności i swoich praw.” Na uwagę zasługuje użycie słowa „rodzą” co w konsekwencji determinuje interpretację początku okresu, od którego człowiek zostaje objęty prawami wypływającymi z zapisów Powszechnej Deklaracji Praw Człowieka. Artykuł 6 pkt 1 Międzynarodowego Paktu Praw Obywatelskich i Politycznych³⁶ stwierdza „Każda istota ludzka ma prawo do życia. Prawo to powinno być chronione przez ustawę. Nikt nie może być samowolnie pozbawiony życia”. Przeciwnicy aborcji wielokrotnie wysnuwali z treści tego zapisu wnioski, jakoby prawo do życia rozciągało się także na okres prenatalny. W rzeczywistości, należy pamiętać, że podczas procesu negocjacyjnego zaproponowano poprawkę art. 6 pkt 1, której zadaniem miało być doprecyzowanie temporalne prawa do życia. Sugerowana poprawka modyfikowała pierwotny zapis i miała nadać art. 6 pkt 1 następującą treść „prawo do życia jest nieodłączną częścią osoby ludzkiej od momentu poczęcia to prawo będzie chronione”. Zgłoszona poprawka nie znalazła jednak szerokiego grona zwolenników i w rezultacie została, w toku prowadzonych prac odrzucona, a Komitet w kolejnych latach wielokrotnie wzywał do liberalizacji ustawodawstw krajowych

vol. 191, nr 5–6, s. 177–184; <https://healthytokyo.com/blog/abortion-in-japan-what-you-need-to-know/>; S. Baba, S. Tsujita, K. Morimoto, The analysis of trends in induced abortion in Japan—An increasing consequence among adolescents, *Environ Health Prev Med* 2005, nr 10, s. 9–15.

³² M.in. Mozambik, Zambia, Chiny, Tunezja, Mongolia, Japonia, Kazachstan, Nepal, Uzbekistan, Kanada, Meksyk, Indie, Kambodża, Wietnam, Armenia, Turcja, Białoruś, Rosja, Dania, Norwegia, Finlandia, Wielka Brytania, Francja, Kuba.

³³ M.in. Argentyna, Peru, Boliwia, Kamerun, Etiopia, Pakistan, Maroko, Polska.

³⁴ M.in. Brazylia, Kolumbia, Chile, Panama, Paragwaj, Wenezuela, Angola, Senegal, Laos, Birma, Malta.

³⁵ Uchwalona dnia 10 grudnia 1948 r. podczas trzeciej sesji Zgromadzenia Ogólnego ONZ obradującego w Paryżu.

³⁶ Nowy Jork 16 grudzień 1966 r. (Dz. U. z 1977 r., Nr 38, poz. 167).

w zakresie aborcji, podkreślając, że kobiety nie powinny być dyskryminowane i powinny mieć pełen dostęp do usług zdrowotnych³⁷.

Podobne stanowisko zawarte zostało w Konwencji o Prawach Dziecka³⁸. Niemniej jednak przeciwnicy aborcji wielokrotnie, w dyskusjach, nawiązywali do treści art. 9 Deklaracji Praw Dziecka³⁹ przywołanego w Preambule do Konwencji o Prawach Dziecka „dziecko, z uwagi na swoją niedojrzałość fizyczną oraz umysłową, wymaga szczególnej opieki i troski, w tym właściwej ochrony prawnej, zarówno przed, jak i po urodzeniu.” Twierdzili, że niniejszy zapis stanowi potwierdzenie poglądu jakoby dziecko nabywało pełną podmiotowość prawną już na etapie życia prenatalnego, co *de facto* by uniemożliwiało terminację ciąży. W praktyce, wskazane zabezpieczenia odnoszą się jednak nie do gwarancji życia na etapie prenatalnym, ale do zapewnienia kobiecie ciężarnej odpowiednio dobrych warunków pozwalających na prawidłowy przebieg ciąży, w tym odpowiednie wyżywienie, wsparcie, dostęp do opieki medycznej itp.⁴⁰

Jak więc wynika z powyższego, sposób regulacji aborcji oraz ewentualnych przesłanek jej dopuszczalności pozostaje domeną ustawodawstw krajowych, które mogą przyjmować w tym względzie różne stanowiska. Podejmując decyzję, ustawodawca powinien rozważyć, nie tylko treść zapisów dokumentów międzynarodowych i europejskich, ale także uwzględnić potrzeby i oczekiwania społeczne. Warto w tym miejscu odnotować stanowisko Amnesty International, wedle którego w przypadkach najbardziej restrykcyjnych ustawodawstw, w których przerwanie ciąży jest całkowicie zakazane zagrożone staje się życie i zdrowie kobiety, bowiem są one zmuszone kontynuować ciążę, albo skorzystać z niewykwalifikowanej i kosztownej pomocy podziemia aborcyjnego⁴¹.

Ustawodawca polski wobec aborcji – ewolucja zmian legislacyjnych

Wraz z nastaniem długo wyczekiwanej niepodległości w 1918 r. rozpoczęto prace legislacyjne nad powołaniem do życia nowych aktów prawnych będących odzwierciedleniem potrzeb społecznych. Dnia 3 czerwca 1919 r.

³⁷ Przerwanie ciąży, a prawa człowieka, Amnesty International, https://amnesty.org.pl/wp-content/uploads/2016/07/AI_przerwanie-ciąży-a-prawa-czlowieka_web.pdf.

³⁸ Przyjęta przez Zgromadzenie Ogólne ONZ dnia 20 listopada 1989 r. (Dz. U. z 1991 r., Nr 120, poz. 526).

³⁹ Uchwalona przez Zgromadzenie Ogólne ONZ dnia 20 listopada 1959 r.

⁴⁰ Przerwanie ciąży, a prawa człowieka, Amnesty International, https://amnesty.org.pl/wp-content/uploads/2016/07/AI_przerwanie-ciąży-a-prawa-czlowieka_web.pdf.

⁴¹ *Ibidem*.

powołano Komisję Kodyfikacyjną⁴², której zadaniem było stworzenie nowego kodeksu karnego. Zaproponowany przez Komisję projekt przewidywał odpowiedzialność kobiety ciężarnej za spędzenie płodu, a także odpowiedzialność osób trzecich, które pomagały w realizacji tego czynu. Projekt przewidywał karę do 5 lat aresztu, a w przypadku kiedy do spędzenia płodu miało dojść bez zgody kobiety ciężarnej, a sprawca czynu zajmował się tym procederem zawodowo, proponowano karę do 10 lat aresztu. Projekt opracowany przez Komisję Kodyfikacyjną nie przewidywał żadnych przesłanek legalizujących zabieg spędzenia płodu. Zaproponowane rozwiązanie okazało się zbyt restrykcyjne w stosunku do oczekiwań rządzących oraz społeczeństwa. Obawiano się przede wszystkim wzmożonej aktywności tzw. „podziemia aborcyjnego”, które realizowało zabiegi przerwania ciąży odpłatnie, w warunkach i przez osoby, które z uwagi na brak kwalifikacji, mogły narazić życie i zdrowie kobiety ciężarnej na niebezpieczeństwo. W rezultacie Komisja Kodyfikacyjna zmodyfikowała zapisy i rozszerzyła je o przesłanki legalizujące zabieg spędzenia płodu tzn.: konieczność ratowania życia kobiety ciężarnej, trudne położenie materialne oraz interes społeczny np. zdiagnozowane u płodu wady. W następstwie dalszych prac zdecydowano o wykreśleniu z projektu przesłanki ekonomicznej i jednocześnie rozszerzono zakres okoliczności legalizujących zabieg spędzenia płodu o: ratowanie zdrowia kobiety ciężarnej oraz wskazania prawne⁴³.

Przepisy dotyczące zabiegu przerwania ciąży znalazły się w art. 231–234 uchwalonego w 1932 r. kodeksu karnego⁴⁴. W przyjętych zapisach, kobieta dokonująca spędzenia płodu lub pozwalająca na jego spędzenie podlegała karze pozbawienia wolności do lat 3, a sprawca spędzenia płodu za zgodą kobiety lub udzielający jej pomocy – podlegał karze pozbawienia wolności do lat 5. W przypadku spędzenia płodu bez zgody kobiety ciężarnej sprawca podlegał karze pozbawienia wolności do lat 10.

Temat nowelizacji przepisów dotyczących aborcji powrócił po zakończeniu II wojny światowej, a jego zakres w dużej mierze był uzależniony od zmian światopoglądowych na wschodzie. Wraz z liberalizacją podejścia do problemu aborcji w ZSRR w latach 50-tych XX w. także w Polsce zaczęto domagać się bardziej liberalnego prawa. W następstwie tych głosów uchwalono dnia 27 kwietnia 1956 r. ustawę „O warunkach dopuszczalności przerwania ciąży”⁴⁵. Ustawa rozszerzała zakres przesłanek legalizujących zabieg aborcji, wprowadzając do przepisów wcześniej usuniętą przesłankę ekonomiczną, pozwalającą dokonać zabiegu przerwania ciąży z uwagi na ciężkie

⁴² Dz. U. z 1919 r., Nr 44, poz. 315.

⁴³ R. Kubiak, *Prawo medyczne*, 2010, s. 535–536.

⁴⁴ Dz. U. z 1932 r., Nr 60 poz. 571 z późn. zm.

⁴⁵ Dz. U. z 1956 r., Nr 12 poz. 61.

warunki życiowe⁴⁶. Niniejszą ustawą uchylono zapisy art. 231, 232, 233, 234 kodeksu karnego z 1932 r. Wedle nowej regulacji karane było: zmuszanie kobiety ciężarnej do wykonania zabiegu przerwania ciąży, dokonanie zabiegu przerwania ciąży za zgodą kobiety, ale wbrew zapisom art. 1 ustawy, udzielenie kobiecie ciężarnej pomocy w dokonaniu aborcji wbrew zapisom art. 1 ustawy.

Wraz z powojennymi zmianami ustrojowymi szły zmiany światopoglądowe, w następstwie których pojawiła się pilna potrzeba opracowania założeń nowego kodeksu karnego zgodnego z potrzebami Polski Ludowej. W rezultacie, w 1956 r., przedstawiono projekt nowego kodeksu karnego. Projekt ten przewidywał odpowiedzialność karną osoby trzeciej za dokonanie przestępstwa w postaci przerwania ciąży za zgodą kobiety ciężarnej oraz osób, które pomagały kobiecie ciężarnej w przerwaniu ciąży. Nie dotyczyło to sytuacji, kiedy zabieg został wykonany przez lekarza w zamkniętym zakładzie opieki zdrowotnej i pod warunkiem, że zachodziły przesłanki uprawniające do przerwania ciąży tj.: wskazania lekarskie, trudne warunki życiowe, uzasadnione podejrzenie, że ciąża była wynikiem przestępstwa. W przypadku przerwania ciąży bez zgody kobiety projekt przewidywał penalizację odpowiedzialności sprawcy do 10 lat pozbawienia wolności. Niniejszy projekt nie został wprowadzony w życie i kilka lat później tj. w 1963 r. został zastąpiony inną propozycją, wedle której aborcja przeprowadzona bez zgody kobiety ciężarnej miała podlegać odpowiedzialności karnej od 6 miesięcy do lat 5 pozbawienia wolności. Artykuł 204 przewidywał: „kto przemocą lub groźbą zmusza kobietę do poddania się zabiegowi przerwania ciąży albo do dokonania na sobie takiego zabiegu podlega karze pozbawienia wolności od roku do lat 8”, a artykuł 204 projektu penalizował przypadki przeprowadzenia zabiegu przerwania ciąży bez posiadania odpowiednich uprawnień. W takich okolicznościach sprawca ponosić miał karę pozbawienia wolności od roku do lat 8. Oba zgłoszone projekty nie znalazły poparcia i żaden z nich nie został przyjęty⁴⁷.

W 1964 r. powołano Komisję Kodyfikacyjną i w wyniku jej prac zaproponowano projekt kodeksu karnego, który następnie został uchwalony w 1969 r.⁴⁸ Kodeks ten uchylił (z wyjątkiem art. 1 i 2) zapisy ustawy z 1956 r. o warunkach dopuszczalności przerwania ciąży, a zapisy regulujące tę problematykę zostały ujęte w ramy art. 153 k.k.⁴⁹, 154 k.k.⁵⁰ oraz 157 § 1 k.k.⁵¹

⁴⁶ H. Wolińska, *Przerwanie ciąży w świetle prawa karnego*, Warszawa 1962, s. 91–94.

⁴⁷ L. Bogunia, *Przerwanie ciąży problemy prawnekarne i kryminologiczne*, 1980, s. 82–84.

⁴⁸ Dz. U. z 1969 r., Nr 13, poz. 94.

⁴⁹ Kto przemocą wywołuje poronienie u kobiety ciężarnej, albo w inny sposób bez jej zgody przerywa ciążę lub doprowadza ją do tego przemocą, groźbą bezprawną albo podstępem, podlega karze pozbawienia wolności od 6 miesięcy do lat 8.

⁵⁰ Przerwanie ciąży za zgodą kobiety lecz wbrew przepisom ustawy o warunkach dopuszczalności przerwania ciąży podlega karze pozbawienia wolności do lat 3. Tej samej karze pod-

Debatą społeczną dotyczącą aborcji, szczególnie przesłanek jej dopuszczalności, odżyła na nowo w latach 80-tych XX w. Minister Sprawiedliwości powołał Komisję Kodyfikacyjną, której zadaniem było opracowanie projektu zmian. Konsekwencją prac Komisji było zaproponowanie m.in. utrzymania w mocy art. 154 k.k., nowe brzmienie art. 153⁵², dodanie art. 154 regulującego zakres ochrony płodu w łonie matki przed umyślnym oraz nieumyślnym jego uszkodzeniem.

Kluczowa dla dzisiejszych rozstrzygnięć prawnych okazała się ustawa z dnia 7 stycznia 1993 r. o planowaniu rodziny, ochronie płodu ludzkiego i warunkach dopuszczalności przerywania ciąży⁵³. Preambuła niniejszej ustawy zakładała, że życie jest „fundamentalnym dobrem człowieka”, o które troskę powierzono w ręce „państwa społeczeństwa i obywatela” uznając, że jest ona ich podstawowym obowiązkiem⁵⁴. Przyjęta regulacja uchyliła ustawę z dnia 27 kwietnia 1956 r. oraz dodała do zapisów kodeksu karnego art. 149a i 149b, oraz art. 156 a § 2. W treści art. 149 a zawarto przesłanki legalizujące zabieg przerywania ciąży, wskazując że jest on dopuszczalny, o ile przeprowadza go lekarz w publicznym zakładzie opieki zdrowotnej, pod warunkiem że:

- ciąża stanowi zagrożenie dla życia lub poważne zagrożenie dla zdrowia kobiety ciężarnej stwierdzone orzeczeniem dwóch lekarzy innych niż lekarz przeprowadzający zabieg, o którym mowa w § 1, przy czym orzeczenie to nie jest niezbędne w przypadku natychmiastowej konieczności uchylenia zagrożenia dla życia matki;
- gdy śmierć dziecka poczętego nastąpiła wskutek działań podjętych dla ratowania życia matki albo dla przeciwdziałania poważnemu uszczerbkowi dla zdrowia matki, którego niebezpieczeństwo zostało potwierdzone orzeczeniem dwóch innych lekarzy;
- badania prenatalne, potwierdzone orzeczeniem dwóch lekarzy innych niż lekarz podejmujący działanie, o którym mowa w § 1, wskazują na ciężkie i nieodwracalne uszkodzenie płodu;
- zachodzi uzasadnione podejrzenie, potwierdzone zaświadczeniem prokuratora, że ciąża powstała w wyniku czynu zabronionego.

Ustawa z 1993 r. została znowelizowana na mocy ustawy z dnia 30 sierpnia 1996 r. o zmianie ustawy o planowaniu rodziny, ochronie płodu

lega osoba, która udzieliła pomocy kobiecie ciężarnej w wykonaniu zabiegu przerywania ciąży wbrew przepisom ustawy.

⁵¹ W przypadku gdy następstwem czynu określonego w art. 153 k.k., 154 k.k. jest śmierć człowieka, sprawca podlegał karze pozbawienia wolności od roku do lat 10.

⁵² Wiązało się to, z użyciem przez ustawodawcę w kodeksie karnym z 1969 r. w art. 153 sformułowania „poronienie”, co rodziło problemy interpretacyjne.

⁵³ Dz. U. z 1993 r., Nr 17, poz. 78.

⁵⁴ J. Znamierowski, *Dzieje prawa aborcyjnego w Trzeciej Rzeczypospolitej cz. II lata 1993–2012*, *Prawo i Medycyna* 2012, nr 3–4, s. 151.

ludzkiego i warunkach dopuszczalności przerwania ciąży oraz o zmianie niektórych innych ustaw (dalej: ustawa o planowaniu rodziny)⁵⁵. Ustawa ta nie tylko uchyliła zapisy art. 149a, 149b kodeksu karnego z 1969 r., ale też dokonała zmiany w prawnym postrzeganiu istoty ludzkiej i zakresu przysługującej jej ochrony dokonując zmian w preambule oraz w treści ust. 1 ustawy. Na mocy ustawy z 1996 r. zastąpiono dotychczasowe brzmienie preambuły następującym „Uznając, że życie jest fundamentalnym dobrem człowieka, a troska o życie i zdrowie należy do podstawowych obowiązków państwa, społeczeństwa i obywatela; uznając prawo każdego do odpowiedzialnego decydowania o posiadaniu dzieci oraz prawo dostępu do informacji, edukacji, poradnictwa i środków umożliwiających korzystanie z tego prawa, stanowi się, co następuje...” W pierwotnym brzmieniu ustęp pierwszy ustawy z 1993 r. stanowił, że „Każda istota ludzka ma od chwili poczęcia przyrodzone prawo do życia”, a ust. 2 „życie i zdrowie dziecka od chwili jego poczęcia pozostają pod ochroną prawa”. W 1996 r. na mocy dokonanych zmian art. 1 brzmiał „Prawo do życia podlega ochronie, w tym również w fazie prenatalnej w granicach określonych w ustawie”. Przyjęcie takiej regulacji wyraźnie wskazuje na liberalizację podejścia do kwestii ochrony życia w fazie prenatalnej, które zgodnie z treścią art. 1 może podlegać ograniczeniom ustawowym⁵⁶.

Niniejsza nowela istotnie zmieniła przepisy wcześniej obowiązującej ustawy, uchylając także niektóre z przepisów obowiązującego w tamtym okresie kodeksu karnego. W innych przepisach kodeksu karnego wprowadzono istotne zmiany, w tym m.in. wprowadzono przypadek przerwania ciąży, gdy płód osiągnął zdolność do samodzielnego życia poza organizmem kobiety ciężarnej. Najistotniejszą zmianą był powrót do tzw. wskazań społecznych jako jednego ze wskazań przerwania ciąży (poza wskazaniami lekarskimi i wskazaniami prawnymi). Wskazania społeczne dotyczyły okoliczności, w których kobieta ciężarna znajdowała się w ciężkich warunkach życiowych lub w trudnej sytuacji osobistej. W rezultacie w art. 4 znowelizowanej ustawy znalazło się wyliczenie okoliczności dopuszczających zabieg aborcji, za zgodą kobiety, gdy:

- ciąża stanowi zagrożenie dla życia kobiety ciężarnej;
- badania prenatalne lub inne przesłanki medyczne wskazują na duże prawdopodobieństwo ciężkiego i nieodwracalnego upośledzenia płodu albo nieuleczalnej choroby zagrażającej jego życiu;
- zachodzi uzasadnione podejrzenie, że ciąża powstała w wyniku czynu zabronionego;

⁵⁵ Dz. U. z 1996 r., Nr 139, poz. 646.

⁵⁶ J. Znamierowski, *op. cit.*, s. 151.

- kobieta ciężarna znajduje się w ciężkich warunkach życiowych lub trudnej sytuacji osobistej.

Artykuł 4a ust. 2 wskazywał na to, iż przerwanie ciąży jest dopuszczalne do chwili osiągnięcia przez płód zdolności do samodzielnego życia poza organizmem kobiety ciężarnej. Wymóg ten dotyczył wyłącznie sytuacji przerwania ciąży, z uwagi na duże prawdopodobieństwo ciężkiego i nieodwracalnego upośledzenia płodu albo nieuleczalnej choroby zagrażającej jego życiu. Krótko po wprowadzeniu znowelizowanej ustawy, grupa senatorów, skierowała dnia 27 maja 1997 r. wniosek do Trybunału Konstytucyjnego w sprawie zbadania zgodności z Konstytucją m.in. art. 1 pkt. 2, pkt. 4 lit b i c, pkt. 5 w zakresie dotyczącym art. 4a ust. 1 art. 2 pkt. 1 i 2 oraz art. 3 pkt. 1, 2, 4 ustawy z dnia 30 sierpnia 1996 r. o zmianie ustawy o planowaniu rodziny, ochronie płodu ludzkiego i warunkach dopuszczalności przerwania ciąży oraz zmianie niektórych innych ustaw z art. 1, art. 67 ust 1 i 2 oraz art. 79 ust 1 przepisów konstytucyjnych pozostawionych w mocy na podstawie art. 77 Ustawy Konstytucyjnej z dnia 17 października 1992 r. o wzajemnych stosunkach między władzą ustawodawczą i wykonawczą Rzeczypospolitej Polskiej oraz o samorządzie terytorialnym (Dz. U. Nr 84 poz. 426; zm.: z 1995 r., Nr 38 poz. 148, Nr 150 poz. 729; z 1996 r., Nr 106 poz. 488).

Jak zauważył Trybunał, już wstępna analiza treści zaskarżonych przez wnioskodawcę przepisów ustawy z dnia 30 sierpnia 1996 r. wyraźnie wskazuje na to, iż określają one status prawny płodu, a także granice jego ochrony prawnej, w szczególności zaś jego zdrowia i życia⁵⁷. Jak zauważono, art. 1 utrzymanych w mocy przepisów konstytucyjnych stanowi, iż „demokratyczne państwo prawa realizuje się wyłącznie jako wspólnota ludzi, i tylko ludzie mogą być właściwymi podmiotami praw i obowiązków stanowiących w takim państwie. Podstawowym przymiotem człowieka jest jego życie. Pozbawienie życia unicestwia więc równocześnie człowieka, jako podmiot praw i obowiązków. Jeżeli treścią zasady państwa prawa jest zespół podstawowych dyrektyw wyprowadzonych z istoty demokratycznie stanowionego prawa, a gwarantujących minimum 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”⁵⁸. Samo uznanie, że życie człowieka w każdej fazie jego rozwoju stanowi

⁵⁷ Analiza postanowień TK K26/96 zob: J. Haberko, *Cywilnoprawna ochrona dziecka poczętego a stosowanie procedur medycznych*, 2010.

⁵⁸ Orzeczenie TK z dnia 28 maja 1997 r. (sygn. K. 26/96).

wartość konstytucyjną i jako taka podlega ochronie nie oznacza jednak, jak zauważył w swoim orzeczeniu TK, iż ochrona ta w każdych okolicznościach ma być taka sama. Zapewniając bowiem ochronę i stanowiąc o jej stopniu intensywności ustawodawca musi uwzględnić zawsze szereg czynników. Ochrona taka zawsze jednak powinna być zapewniona na dostatecznym poziomie z punktu widzenia samego dobra podlegającego tej ochronie. Trybunał rozpoznając sprawę zwrócił uwagę między innymi na art. 1 pkt. 2 ustawy z dnia 30 sierpnia 1996 r., który uległ zmianie w stosunku do treści art. 1 ustawy z dnia 7 stycznia 1993 r. art. 1 ustawy z 1996 r. otrzymał brzmienie „Prawo do życia podlega ochronie, w tym również w fazie prenatalnej w granicach określonych w ustawie”, natomiast w ustawie z 1993 r. art. 1 ust. 1 brzmiał „Każda istota ludzka ma od chwili poczęcia przyrodzone prawo do życia” natomiast ust. 2 cytowanego artykułu brzmiał „Życie i zdrowie dziecka od chwili jego poczęcia pozostaje pod ochroną prawną.” Pomiedzy brzmieniem zawartym w ustawie z 1993 r., a brzmieniem zawartym w ustawie z 1996 r. występują zasadnicze różnice⁵⁹. Wskutek dokonanej nowelizacji, po pierwsze skreślono deklarację o przyrodzonym charakterze prawa do życia. Po drugie, zmieniono sposób określania czasu, w którym prawo do życia przysługuje. Po trzecie, usunięto z zakresu ochrony zdrowie dziecka, także zdrowie dziecka w okresie poprzedzającym jego urodzenie. W rezultacie przyjęty zakres ochrony ma charakter istotnie węższy w stosunku do regulacji zawartych w ustawie z 1993 r. Niemniej jednak TK w swoim orzeczeniu uznał, iż nie daje to podstawy do uznania wprowadzonej zmiany za sprzeczną ze wskazanymi we wniosku przepisami konstytucyjnymi. Po pierwsze, uchylenie sformułowania „przyrodzone” nie ma charakteru normatywnego, ponieważ nie należy do zakresu kompetencji ustawodawcy przyznawanie bądź odbieranie prawa do życia jako wartości konstytucyjnej. Po drugie, zmiana w określaniu okresu ochrony z „od chwili poczęcia” na „fazę prenatalną” nie dopuszcza wnioskowania, iż wolą ustawodawcy było jakiegokolwiek zawężenie okresu ochrony. Jak podkreślono w cytowanym orzeczeniu, „decydujący w tej mierze pozostaje więc zakres ochrony ludzkiego życia wynikający z reguł konstytucyjnych”. I po trzecie, o zgodności z Konstytucją badanej ustawy decydować będą normy wprowadzające środki prawne służące ochronie zdrowia dziecka⁶⁰.

Najwięcej kontrowersji w nowelizacji z 1996 r. wzbudzał art. 4a ust 1, zgodnie z którym przerwanie ciąży mogło być dokonane przez lekarza, w przypadku, kiedy kobieta ciężarna znajdowała się w ciężkich warunkach życiowych lub trudnej sytuacji osobistej. W takich przypadkach zabieg

⁵⁹ *Ibidem*.

⁶⁰ *Ibidem*.

przerwania ciąży mógł zostać dokonany pod warunkiem, że ciąża nie trwała dłużej niż 12 tygodni (art. 4a ust. 2). Aby zabieg taki mógł zostać przeprowadzony wymagano złożenia przez kobietę ciężarną pisemnej zgody oraz oświadczenia o ciężkich warunkach życiowych albo trudnej sytuacji osobistej oraz zaświadczenia o odbyciu konsultacji u lekarza (innego niż dokonujący zabiegu przerwania ciąży albo innej uprawnionej do tego osoby). Od daty konsultacji do samego zabiegu przerwania ciąży musiało minąć nie mniej niż 3 dni. Zabieg taki mógł być przeprowadzony w placówce publicznej, jak i placówce prywatnej świadczącej usługi z zakresu ochrony zdrowia.

Jak zauważył TK „przedmiotem konstytucyjnej oceny takiej legalizacji musi być więc ustalenie:

- czy dobro, którego naruszenie ustawodawca legalizuje, stanowi wartość konstytucyjną,
- czy legalizacja naruszeń tego dobra znajduje usprawiedliwienie na gruncie wartości konstytucyjnych, stanowiąc w szczególności wyraz rozstrzygnięcia kolizji określonych wartości, praw lub wolności gwarantowanych w Konstytucji,

a także

- czy ustawodawca dochował konstytucyjnych kryteriów rozstrzygania takich kolizji a w szczególności, czy przestrzegał wprowadzanego wielokrotnie przez Trybunał Konstytucyjny z art. 1 przepisów konstytucyjnych (z zasady demokratycznego państwa prawnego) wymogu zachowania proporcjonalności przy rozstrzyganiu kolizji zachodzących pomiędzy konstytucyjnie chronionymi dobrami, prawami i wolnościami”⁶¹.

Trybunał Konstytucyjny stwierdził, że uznanie życia ludzkiego za wartość konstytucyjną wcale nie przesądza, iż w niektórych wyjątkowych okolicznościach ochrona tej wartości może zostać ograniczona. Warto jednak zauważyć, że aby sytuacja taka była prawnie dopuszczalna, wymagać należy spełnienia warunku wyjątkowości. W rezultacie decyzja ustawodawcy przesądzająca o naruszeniu ochrony określonej wartości konstytucyjnej, w analizowanym przypadku życia płodu, wymaga swego rodzaju usprawiedliwienia, koniecznością zachowania zasady proporcjonalności podczas analizy kolizji, jaka zachodzi pomiędzy dwoma dobrami, prawami, wolnościami podlegającymi ochronie konstytucyjnej. Jak zauważył TK „kryteria określające zakres dopuszczalnego naruszenia powinny być adekwatne do istoty rozstrzyganej kolizji”. W niniejszym aspekcie pojawia się więc pytanie o proporcjonalność przy rozstrzyganiu kolizji między dobrami, prawami, wolnościami podlegającymi ochronie konstytucyjnej. Jak wynika z art. 4a przywoływanej ustawy przerwanie ciąży może być dokonane (poza przypadkami, gdy kobieta cię-

⁶¹ *Ibidem*.

żarna znajduje się w ciężkich warunkach życiowych lub trudnej sytuacji osobistej) wyłącznie przez lekarza, w przypadku gdy:

- ciąża stanowi zagrożenie dla życia i zdrowia kobiety ciężarnej,
- badania prenatalne lub inne przesłanki medyczne wskazują na duże prawdopodobieństwo ciężkiego i nieodwracalnego upośledzenia płodu albo nieuleczalnej choroby zagrażającej jego życiu,
- zachodzi uzasadnione podejrzenie, że ciąża powstała w wyniku czynu zabronionego.

Analiza wskazanych powyżej przesłanek sugeruje więc, iż ciężkie warunki życiowe czy trudna sytuacja osobista nie dotyczą przypadków „zdrowotnych”, a więc sytuacji, w których moglibyśmy mówić o zagrożeniu dla życia czy zdrowia kobiety ciężarnej, ani przypadków wystąpienia wad genetycznych u płodu, ani też nie są to warunki czy sytuacja osobista związana z tym, że ciąża jest następstwem czynu zabronionego. Pomimo nieostrego charakteru przesłanki przerwania ciąży polegającej na zaistnieniu ciężkich warunków życiowych albo trudnej sytuacji osobistej, wykluczając inne możliwości poprzez wcześniejszą analizę treści art. 4a, można wnioskować, iż ustawodawca wprowadzając niniejszą regulację miał na myśli ochronę statusu majątkowego kobiety ciężarnej, który mógłby ulec pogorszeniu lub, jak podkreślono w orzeczeniu TK, utracić szansę na poprawę w związku z dalszym kontynuowaniem ciąży i w związku z urodzeniem dziecka, „ewentualnie także zachowanie przez kobietę ciężarną dotychczasowego charakteru relacji z innymi osobami oraz zakresu realizacji określonych potrzeb, praw i wolności”⁶² lub też np.: konieczność późniejszego sprawowania opieki nad dzieckiem i innych czynności związanych z faktem posiadania potomstwa. Warto w tym miejscu podkreślić, iż jedyną osobą uprawnioną do stwierdzenia stanu sytuacji życiowej czy osobistej kobiety ciężarnej jest ona sama. Oznacza to, iż kobieta ciężarna subiektywnie ocenia, czy wystąpiły w jej życiu ciężkie warunki życiowe albo trudna sytuacja osobista i składa oświadczenie potwierdzające taki stan rzeczy. Jak zauważył TK, wskazane w art. 4a ust 1 pkt. 4 przesłanki przerwania ciąży w żadnym razie nie dotyczą „sytuacji krańcowych”, które mogłyby zostać uznane za sprzeczne z zasadą ochrony godności osoby ludzkiej. Wracając więc do zagadnienia kolizji dóbr, wolności i praw konstytucyjnych należy stwierdzić, iż „życie ludzkie (...) stanowi fundamentalne dobro człowieka. Prawo kobiety ciężarnej do niepogarszania swojego położenia materialnego wynika z konstytucyjnej ochrony wolności kształtowania w sposób swobodny swoich warunków życiowych i związanego z nią prawa kobiety do zaspakajania potrzeb materialnych jej oraz jej rodziny. Ochrona ta jednak nie może prowadzić tak daleko, iż łączy się z naruszeniem fundamentalnego dobra, jakim jest życie ludzkie, w sto-

⁶² *Ibidem*.

sunku do którego warunki egzystencji mają charakter wtórny i mogą podlegać zmianie”⁶³.

Trybunał Konstytucyjny zauważył także, że należy rozważyć czy przesłanki wskazane w cytowanym art. 4a ust. 1 pkt. 4 mogą być usprawiedliwione z uwagi na prawo do odpowiedzialnego decydowania o posiadaniu dzieci. Prawo to może być interpretowane zarówno w znaczeniu pozytywnym, jak i negatywnym. Oznaczać może bowiem zarówno zakaz podejmowania działań zmierzających do ograniczenia prawa do posiadania dzieci, jak również zakaz podejmowania działań zmuszających do posiadania dzieci. W tym kontekście pojawić może się pytanie o to, czy prawo dotyczące decyzji o posiadaniu dziecka można rozumieć także jako prawo podjęcia decyzji w sprawie jego urodzenia? Zdaniem TK „(...) niedopuszczalne byłoby wprowadzenie prawnego zakazu urodzenia poczętego dziecka, zakazu, który byłby egzekwowany przez państwo. Podobnie niedopuszczalne byłoby ustanowienie jakichkolwiek negatywnych konsekwencji prawnych powiązanych z faktem urodzenia dziecka. Wszelkim interesom publicznym czy prywatnym, które mogłyby uzasadniać wprowadzenie tego typu regulacji należy przeciwstawić pierwszorzędną wartość życia dziecka poczętego oraz prawo rodziców do posiadania dzieci”⁶⁴. W cytowanym orzeczeniu podkreślono, że odrębną kwestią jest zagadnienie dotyczące prawa do urodzenia dziecka, ale interpretowane w znaczeniu negatywnym, oznaczającym prawo do przerwania ciąży. Trybunał zauważył, iż prawo do decydowania o posiadaniu dzieci należy w znaczeniu negatywnym ograniczyć do chwili powstania nowego życia. Z momentem powstania nowego życia prawo do posiadania dzieci nie może być już interpretowane w znaczeniu negatywnym, a jedynie w znaczeniu pozytywnym. Stanowisko takie wiąże się z poglądem wyrażonym przez TK, iż nie można decydować o posiadaniu dziecka w sytuacji, kiedy owo dziecko już się rozwija w organizmie kobiety i przez to jest już niejako posiadane przez rodziców. Należy także zauważyć, iż ustawodawca decydując się na wprowadzenie art. 4a ust. 1 pkt 4 zobowiązany był do adekwatnego określenia okoliczności, w których zabieg przerwania ciąży mógłby zostać przeprowadzony. Jednakże ustawodawca wskazując wprowadzić przesłanki nie powiązał ich z zaistnieniem ciąży. Nie jest bowiem wskazane w przywoływanym już wielokrotnie artykule, iż ciężkie warunki życiowe czy trudna sytuacja osobista pozostają w ścisłym związku z ciążą, czy późniejszym urodzeniem dziecka. Jak podkreślił TK „(...) przesłanki ujęte w zakwestionowanym przepisie zostały ukształtowane w sposób zupełnie nieadekwatny do kolizji wartości konstytucyjnych, jakie miały być ich podstawą”⁶⁵. Jednakże, co warto zauważyć,

⁶³ *Ibidem*.

⁶⁴ *Ibidem*.

⁶⁵ *Ibidem*.

nie tylko warunek adekwatności nie został spełniony. Zakwestionować należy także sposób określenia czasu pojawienia się i trwania wskazanych w art. 4a ust. 1 pkt. 4 przesłanek. Analiza przyjętej przez ustawodawcę regulacji prowadzi do wniosku, iż nawet tymczasowe, krótkotrwałe pogorszenie się sytuacji życiowej kobiety ciężarnej, o której mowa w przywoływanym artykule uzasadniać może przeprowadzenia zabiegu przerwania ciąży⁶⁶.

Wraz z wejściem w życie kodeksu karnego z 1997 r. przepisy kodeksu karnego z 1969 r. utraciły swoją moc. Obowiązujący dzisiaj kodeks karny reguluje zagadnienie dotyczące przerwania ciąży w art. 152–154. Sprawcą przestępstwa wskazanego w art. 152 k.k. może być każdy, a więc nie tylko lekarz, ale także każda inna osoba, z wyjątkiem samej kobiety ciężarnej. Nowelizacja z dnia 8 lipca 1999 r. wprowadziła do kodeksu typ kwalifikowany w postaci § 3 art. 152 k.k. dotyczący przypadków, gdy przerwanie ciąży ma miejsce, gdy dziecko poczęte osiągnęło zdolność do samodzielnego życia poza organizmem kobiety ciężarnej. Artykuł 153 k.k. penalizuje przypadki przerwania ciąży dokonywane bez zgody kobiety ciężarnej. Paragraf 1 niniejszego artykułu stanowi „kto stosując przemoc wobec kobiety ciężarnej lub w inny sposób bez jej zgody przerywa ciążę albo przemocą, groźbą bezprawną lub podstępem doprowadza kobietę ciężarną do przerwania ciąży, podlega karze pozbawienia wolności od 6 miesięcy do lat 8”. Nowelizacją z 8 lipca 1999 r. wprowadzono typ kwalifikowany do analizowanego przestępstwa z zaostrzoną odpowiedzialnością od roku do 10 lat pozbawienia wolności. Dotyczy to sytuacji, kiedy przerwanie ciąży w okolicznościach wskazanych w § 2 nastąpiło, gdy dziecko poczęte osiągnęło zdolność do samodzielnego życia poza organizmem kobiety ciężarnej. Warto zauważyć, iż zarówno w art. 152, jak i 153 k.k. do znamion przestępstwa należy przerwanie ciąży, co nie musi jednak wcale być tożsame ze śmiercią płodu⁶⁷.

Kodeks karny nie zawiera wyliczenia warunków dopuszczalności zabiegu przerwania ciąży. Warunki te znajdują się w nadal obowiązującej ustawie z dnia 7 stycznia 1993 r. o planowaniu rodziny, ochronie płodu ludzkiego i warunkach dopuszczalności przerwania ciąży, z uwzględnieniem zmian powstałych wskutek cytowanego wcześniej orzeczenia TK. Przerwanie ciąży zgodnie z obowiązującym ustawodawstwem dopuszczalne jest, gdy:

- ciąża stanowi zagrożenie dla życia lub zdrowia kobiety ciężarnej;

⁶⁶ *Ibidem*.

⁶⁷ V. Konarska-Wrzosek, Ochrona dziecka w polskim prawie karnym, 1999, s. 21–22; K. Daszkiewicz, Przestępstwa przeciwko życiu i zdrowiu. Rozdział XIX Kodeksu karnego. Komentarz, 2000, s. 258–275; A. Zoll (red.), Kodeks karny. Część szczególna. Komentarz do art. 117–277, 1999, s. 251–266; M. Szwarczyk, Przestępstwa przeciwko życiu i zdrowiu rozdział XIX, (w:) T. Bojarski (red.) Kodeks karny. Komentarz, wyd. 2, 2008, s. 273–277; Z. Mielnik, Przestępstwa przeciwko życiu i zdrowiu w ujęciu nowego Kodeksu karnego, RPEiS 1997, nr 4.

- badania prenatalne lub inne przesłanki medyczne wskazują na ciężkie i nieodwracalne upośledzenie płodu albo nieuleczalną chorobę zagrażającą jego życiu⁶⁸;
- zachodzi uzasadnione podejrzenie, że ciąża powstała w wyniku czynu zabronionego.

Legalność zabiegu aborcji przeprowadzonego z przyczyn związanych z tym, iż ciąża stanowi zagrożenie dla życia lub zdrowia kobiety ciężarnej nie doznaje ograniczeń czasowych. W przypadku, gdy przyczyną zabiegu przerwania ciąży jest sytuacja, kiedy badania prenatalne lub inne przesłanki medyczne wskazują na ciężkie i nieodwracalne upośledzenie płodu, albo nieuleczalną chorobę zagrażającą jego życiu, zabieg ten może być przeprowadzony legalnie do chwili osiągnięcia przez płód zdolności do samodzielnego życia. Natomiast fakt uzasadnionego podejrzenia, że ciąża powstała w wyniku czynu zabronionego jest podstawą do legalnego przeprowadzenia zabiegu aborcji do końca 12 tygodnia ciąży.

Badania prenatalne, a prawo do świadomego planowania rodziny

Jedną z przesłanek legalnej aborcji wyrażoną w art. 4a ust. 1 pkt 2 ustawy o planowaniu rodziny była przez ostatnie lata okoliczność, w której badania prenatalne albo inne przesłanki medyczne wskazywały na duże prawdopodobieństwo ciężkiego i nieodwracalnego upośledzenia płodu albo nieuleczalnej choroby zagrażającej jego życiu⁶⁹. Przesłanka ta zwana była niekiedy przesłanką eugeniczną, a aborcja dokonywana na jej podstawie nazywana była aborcją z powodów eugenicznych. Rozwiązanie to, miało w założeniu ustawodawcy, nie tylko stać na straży interesu dziecka – zapobiegając jego cierpieniom, ale też matki, dla której urodzenie dziecka z poważnymi wadami rozwojowymi mogłoby stanowić ogromną traumę. Jak wynika z cytowanego zapisu, dla zrealizowania przesłanek legalizujących zabieg aborcji, niezbędne, na tle niniejszej regulacji, było zaistnienie dużego prawdopodobieństwa wystąpienia u płodu ciężkiego i nieodwracalnego upośledzenia albo nieuleczalnej choroby, która zagrażała jego życiu, a fakt zaistnienia ni-

⁶⁸ Dnia 22 października 2020 r. Trybunał Konstytucyjny (K 1/20) orzekł, że art. 4a ust. 1 pkt 2 ustawy z dnia 7 stycznia 1993 r. o planowaniu rodziny, ochronie płodu ludzkiego i warunkach dopuszczalności przerywania ciąży (Dz. U. Nr 17, poz. 78; z 1995 r., Nr 66, poz. 334; z 1996 r., Nr 139, poz. 646; z 1997 r., Nr 141, poz. 943 i Nr 157, poz. 1040; z 1999 r., Nr 5, poz. 32 oraz z 2001 r., Nr 154, poz. 1792) jest niezgodny z art. 38 w związku z art. 30 w związku z art. 31 ust. 3. Wyrok Trybunału Konstytucyjnego został ogłoszony dnia 27 stycznia 2021 r.

⁶⁹ Zapis utracił moc obowiązującą z dniem ogłoszenia wyroku TK z dnia 22 października 2020 r., sygn. K1/2020. Szerzej na ten temat w dalszej części niniejszego artykułu.

niejszego musiał zostać potwierdzony w drodze badań prenatalnych lub innych przesłanek medycznych⁷⁰. Sformułowania użyte przez ustawodawcę nie były jednak dostatecznie precyzyjne i potrzeba ich doprecyzowania pojawiała się w dyskursie prawnomedycznym. Jak zauważyła V. Konarska-Wrzošek⁷¹, ciężkie upośledzenie płodu charakteryzuje się znacznym ograniczeniem jego sprawności fizycznej lub psychicznej, a trwałość oznacza brak możliwości odwrócenia tego stanu w drodze ewentualnej terapii.

W jednym z orzeczeń Sąd Najwyższy⁷² stwierdził, że za ciężkie i nieodwracalne upośledzenie płodu należy uznać wadę polegającą na niewykształceniu obu nóg i ręki oraz częściowej deformacji drugiej ręki. Natomiast pojęcie nieuleczalnej choroby interpretować należy jako „poważne procesy patofizjologiczne, które nie ustępują w ogóle pod wpływem leczenia, albo cofają się po dłuższym czasie np. po kilku miesiącach”⁷³. Ponadto, należy zauważyć, że Sąd Najwyższy w cytowanym wyżej orzeczeniu wyraźnie podkreślił, że przesłanka zagrożenia życia płodu znajduje zastosowanie wyłącznie wobec nieuleczalnej choroby i nie jest czynnikiem przesądzającym legalność zabiegu aborcji w przypadku dużego prawdopodobieństwa wystąpienia ciężkiego i nieodwracalnego upośledzenia płodu. Zdaniem sądu, przyjęcie stanowiska, zgodnie z którym „upośledzenie płodu może być uznane za ciężkie i nieodwracalne wówczas tylko, gdy zagraża życiu dziecka jest zbyt daleko idące”. Sąd zwrócił też uwagę na to, że art 4a ust. 1 pkt 2 ustawy o planowaniu rodziny wymienia dwie odrębne przesłanki przerwania ciąży z powodów eugenicznych⁷⁴.

W stanie prawnym obowiązującym przed dniem 27 stycznia 2021 r. tj. przed dniem ogłoszenia wyroku Trybunału Konstytucyjnego z dnia 22 października 2020 r.⁷⁵ okoliczności uprawniające do przeprowadzenia legalnego zabiegu aborcji z przesłanek eugenicznych musiały, zostać potwierdzone przez wykonanie badań prenatalnych lub poprzez inne przesłanki medyczne.

W jednej ze spraw, która była przedmiotem zainteresowania Sądu Najwyższego powódka twierdziła, że naruszono jej dobra osobiste oraz prawa pacjenta poprzez pozbawienie jej prawa do informacji o stanie zdrowia płodu w wyniku nieskierowania na genetyczne badania prenatalne i w ten sposób pozbawiając ją prawa do świadomego podjęcia decyzji o przerwaniu ciąży oraz uniemożliwiono wykonanie tego zabiegu przez celowe przewlekanie procedur medycznych. Jak zauważył sąd „Uprawnienie do przeprowadzenia

⁷⁰ Na szczególne znaczenie zastosowania przez ustawodawcę alternatywy, a nie Koniunkcji zwraca uwagę m.in. M. Boratyńska, O łamaniu przepisów dopuszczających przerwanie ciąży, *Prawo i Medycyna* 2008, nr 2, s. 92.

⁷¹ V. Konarska-Wrzošek, *op. cit.*, s. 18.

⁷² Wyrok Sądu Najwyższego z dnia 6 maja 2010 r. (sygn. II CSK 580/09).

⁷³ K. Daszkiewicz, *op. cit.*, s. 312.

⁷⁴ J. Znamierowski, *op. cit.*, s. 161–162.

⁷⁵ Sygn. K1/2020.

badzeń prenatalnych wynika z prawa kobiety w ciąży do informacji o stanie płodu, jego ewentualnych schorzeniach i wadach oraz możliwościach ich leczenia w okresie płodowym (art. 19 ust. 1 pkt 1 i 2 ustawy z dnia 30 sierpnia 1991 r. o zakładach opieki zdrowotnej, Dz. U. Nr 91, poz. 408 ze zm.)⁷⁶.

Wraz z rozwojem medycyny prenatalnej otworzyły się możliwości diagnostyki prenatalnej, pozwalające na wczesne wykrycie nieprawidłowości i wad rozwojowych u płodu⁷⁷.

Wedle treści obwieszczenia Ministra Zdrowia z dnia 10 grudnia 2020 r. w sprawie ogłoszenia jednolitego tekstu rozporządzenia Ministra Zdrowia w sprawie świadczeń gwarantowanych z zakresu programów zdrowotnych⁷⁸ kobietom ciężarnym przysługują w ramach programu badań prenatalnych świadczenia gwarantowane określonego rodzaju. W ramach niniejszego programu ustawodawca wyodrębnia różne zakresy świadczeń gwarantowanych tj. poradnictwo i badania biochemiczne (estriol; α -fetoproteina AFP; gonadotropina kosmówkowa – podjednostka beta β -HCG; białko PAPP-A – osoczowe białko ciążowe A z komputerową oceną ryzyka wystąpienia choroby płodu); poradnictwo i usg płodu w kierunku diagnostyki wad wrodzonych; poradnictwo i badania genetyczne (klasyczne badania cytogenetyczne – techniki prążkowe – prążki GTG, CBG, Ag-NOR, QFQ, RBG i wysokiej rozdzielczości HRBT z analizą mikroskopową chromosomów; cytogenetyczne badania molekularne – obejmujące analizę FISH – hybrydyzacja *in situ* z wykorzystaniem fluorescencji – do chromosomów metafazowych i prometafazowych oraz do jąder interfazowych z sondami molekularnymi centromerowymi, malującymi, specyficznymi, telomerowymi, Multicolor-FISH); badania metodami biologii molekularnej (PCR i jej modyfikacje, RFLP, SSCP, HD, sekwencjonowanie i inne, dobrane w zależności od wielkości i rodzaju mutacji); pobranie materiału płodowego do badań genetycznych (amniopunkcja lub biopsja trofoblastu lub kordocenteza). Prawo do tych świadczeń mają kobiety, które spełniają co najmniej jedno z przewidzianych przez ustawodawcę kryteriów tj.:

- wiek od ukończenia 35 lat (badanie przysługuje kobiecie począwszy od roku kalendarzowego, w którym kończy 35 lat);
- wystąpienie w poprzedniej ciąży aberracji chromosomowej płodu lub dziecka;
- stwierdzenie wystąpienia strukturalnych aberracji chromosomowych u ciężarnej lub u ojca dziecka;

⁷⁶ Wyrok Sądu Najwyższego z dnia 12 czerwca 2008 r. (sygn. III CSK 16/08).

⁷⁷ L. Szewczyk-Polowczyk, K. Wengel-Woźny, M. Respondek, H. Pudło, Opieka prenatalna nad matką dziecka niepełnosprawnego, *Journal of Education, Health and Sport* 2015, nr 5, s. 322.

⁷⁸ Dz. U. z 2020 r., poz. 2209.

- stwierdzenie znacznie większego ryzyka urodzenia dziecka dotkniętego chorobą uwarunkowaną monogenowo lub wieloczynnikową;
- stwierdzenie w czasie ciąży nieprawidłowego wyniku badania USG lub badań biochemicznych wskazujących na zwiększone ryzyko aberracji chromosomowej lub wady płodu.

Jak pokazują przykłady z orzecznictwa, nie zawsze prawo kobiety do badań prenatalnych i informacji o stanie płodu, jego ewentualnych schorzeniach, wadach, możliwościach terapii w okresie płodowym, było respektowane. Często możliwym czynnikiem determinującym dla takich sytuacji mogła być obawa o możliwość wykorzystania wyników badań prenatalnych dla celów aborcyjnych.

W przywoływanej wcześniej sprawie powódka twierdziła, że doszło do naruszenia jej dóbr osobistych i praw pacjenta przez pozbawienie jej prawa do informacji o stanie zdrowia płodu w wyniku nieskierowania na genetyczne badania prenatalne i do pozbawienia jej prawa do świadomego podjęcia decyzji o przerwaniu ciąży oraz uniemożliwienie wykonania tego zabiegu przez celowe przewlekanie procedur medycznych⁷⁹. Oceniając roszczenia powódki sąd okręgowy i sąd apelacyjny uznały je za nieuzasadnione stwierdzając, że nie ma dowodów potwierdzających zawinioną opieszałość pozwanych lekarzy, której skutkiem miałyby być niemożliwość skorzystania przez powódkę z przysługujących jej praw⁸⁰. Sądy twierdziły, że powódka, której krzywda miała polegać na naruszeniu wolności decydowania o możliwości żądania przerwania ciąży i przeprowadzenia badań oraz niewydaniu skierowania na te badania, sama nie zgłosiła się do lekarza w okresie od 6 do 18 tygodnia ciąży, a ponadto nie podjęła we właściwej kasie chorych starań w celu uzyskania promesy na przeprowadzenie badań genetycznych poza swoim regionem. Sądy twierdziły, że według standardów Światowej Organizacji Zdrowia przerwanie ciąży jest dopuszczalne tylko do chwili osiągnięcia przez płód zdolności do samodzielnego życia poza organizmem matki, tj. do 23 tygodnia ciąży, a w chwili konsultacji lekarskich w pozwanych szpitalach powódka była już w 23 i 24 tygodniu, w następstwie czego zabieg był już niedopuszczalny, a zatem prawo powódki do podjęcia decyzji w przedmiocie żądania usunięcia ciąży nie mogło zostać naruszone. Sądy obu instancji uznały także, że nawet gdyby przyjąć, że pozwani, z pominięciem obowiązujących ich procedur i wytycznych, co do sposobu kierowania na badania genetyczne, powinni byli wydać powódce takie skierowanie, to na powódce spoczywał ciężar udowodnienia, że w związku z brakiem skierowania doznała ona krzywdy. W ocenie sądów, powódka nie wykazała, jakiej krzywdy doznała z tego powodu.

⁷⁹ Wyrok Sądu Najwyższego z dnia 12 czerwca 2008 r. (sygn. III CSK 16/08).

⁸⁰ Opisany stan faktyczny dotyczy okresu obowiązywania w art. 4a ust 1 pkt 2 ustawy o planowaniu rodziny.

Podobnie, zdaniem sądu, nie wykazała, że pozwani postąpili wobec niej sprzecznie z obowiązkiem udzielenia wyczerpujących informacji, zgodnie z art. 31 ustawy z dnia 5 grudnia 1996 r. o zawodach lekarza i lekarza dentysty (dalej: u.z.l.l.d.)⁸¹. W skardze kasacyjnej powódka zarzuciła m.in. naruszenie art. 23 k.c. przez błędną wykładnię prawa ciężarnej kobiety do uzyskania informacji o stanie zdrowia dziecka w każdym czasie oraz przez niewłaściwe zastosowanie tego przepisu w wyniku pominięcia prawa powódki do planowania rodziny, naruszenie art. 4a ust. 2 ustawy o planowaniu rodziny przez przyjęcie, że usunięcie ciąży w warunkach przewidzianych w tym przepisie może nastąpić do 23 tygodnia trwania ciąży, naruszenie art. 4a ust. 1 pkt 2 ustawy o planowaniu rodziny oraz § 2 ust. 2 rozporządzenia Ministra Zdrowia i Opieki Społecznej z dnia 22 stycznia 1997 r. w sprawie kwalifikacji zawodowych lekarzy, uprawniających do dokonania przerwania ciąży, oraz stwierdzenia, że ciąża zagraża życiu lub zdrowiu kobiety lub wskazuje na duże prawdopodobieństwo ciężkiego i nieodwracalnego upośledzenia płodu albo nieuleczalnej choroby zagrażającej jego życiu⁸² przez błędną wykładnię na skutek przyjęcia, że wynik badania USG wskazujący na duże prawdopodobieństwo występowania choroby genetycznej płodu nie jest wystarczającą podstawą do przerwania ciąży, naruszenie art. 18, 30 i 39 u.z.l.l.d. oraz przywołanego powyżej rozporządzenia przez błędne określenie obowiązków lekarzy przy wydawaniu skierowania na badania prenatalne oraz naruszenie art. 448 k.c. przez zasądzenie nieadekwatnej, zaniżonej kwoty zadośćuczynienia za krzywdę wyrządzoną powódce przez ujawnienie tajemnicy lekarskiej.

Jak zauważył w swoim orzeczeniu Sąd Najwyższy „jedynym badaniem, które w sposób pewny może potwierdzić lub wykluczyć istnienie wady genetycznej płodu w postaci zespołu Turnera, jak również określić w przybliżeniu stopień tej wady, jest genetyczne badanie prenatalne (cytogenetyczne). (...) Pacjent ma prawo do świadczeń zdrowotnych odpowiadających wymaganiom wiedzy medycznej oraz do informacji o swoim stanie zdrowia. Prawom tym odpowiadają obowiązki lekarzy określone w art. 31 i 37 u.z.l.l.d., z których wynika, że lekarz ma obowiązek udzielać pacjentowi przystępnej informacji o jego stanie zdrowia, rozpoznaniu, proponowanych oraz możliwych metodach diagnostycznych, leczniczych, dających się przewidzieć następstwach ich zastosowania albo zaniechania, a w razie wątpliwości diagnostycznych lub terapeutycznych lekarz z własnej inicjatywy bądź na wniosek pacjenta, jeżeli uzna to za uzasadnione w świetle wiedzy medycznej, powinien zasięgnąć opinii właściwego lekarza specjalisty”⁸³. W związku z powyższym, zdaniem SN „lekarz miał ustawowy obo-

⁸¹ Dz. U. z 1997 r., Nr 28, poz. 152 z późn. zm.

⁸² Dz. U. z 1997 r., Nr 9, poz. 49.

⁸³ Wyrok Sądu Najwyższego z dnia 12 czerwca 2008 r. (sygn. III CSK 16/08).

wiązek wydania z własnej inicjatywy powódce skierowania na takie badanie, poinformowania jej o jego znaczeniu i następstwach zastosowania lub zaniechania, a także o możliwych skutkach podejrzewanej wady genetycznej płodu. Powódka miała prawo do rzetelnej i przystępnej informacji w tym przedmiocie oraz o badaniach genetycznych, a przede wszystkim prawo do skierowania na takie badania bezpłatne, z którego mogła skorzystać lub nie. Pacjent ma prawo do samodzielnego decydowania w sprawach osobistych o najistotniejszym znaczeniu, obowiązkiem zaś lekarza jest dostarczenie mu rzetelnych, obiektywnych i zrozumiałych informacji pozwalających na podjęcie takiej decyzji oraz wydanie skierowania na badania, które pozwolą na postawienie właściwej diagnozy. Wszystko to lekarz powinien uczynić z własnej inicjatywy, pacjent bowiem – niemający na ogół wiedzy medycznej – może nie tylko nie mieć świadomości swojego stanu zdrowia, lecz także nie wiedzieć o metodach diagnostycznych mogących ten stan wyjaśnić. Nieudzielenie przez lekarza wskazanych informacji, udzielenie informacji nierzetelnych, dezinformacja oraz niewydanie skierowania na badania specjalistyczne, gdy jest to konieczne do określenia stanu pacjenta, stanowi o winie lekarza⁸⁴. Zdaniem sądu „każdy z pozwanych lekarzy miał obowiązek udzielenia powódce rzetelnych informacji o stanie płodu i wydania skierowania na prenatalne badania genetyczne z poinformowaniem o ich celu, rodzaju, sposobie wykonania i ewentualnych zagrożeniach. Jeżeli lekarz z jakichkolwiek przyczyn, także światopoglądowych, nie chce wydać skierowania na takie badania, gdy pacjentka ma do nich prawo, powinien postąpić zgodnie z art. 39 u.z.l.l.d., tj. wskazać realne możliwości uzyskania takiego skierowania od innego lekarza lub w innym zakładzie opieki zdrowotnej oraz uzasadnić i odnotować ten fakt w dokumentacji medycznej. Żaden z pozwanych lekarzy, mimo ustawowego obowiązku i odpowiednich kompetencji, nie wydał powódce skierowania na genetyczne badania prenatalne ani nie poinformował jej o ich celu, znaczeniu, ewentualnych zagrożeniach, a odmawiając wydania skierowania, nie zachował wskazanej procedury. Nie poinformował też, że w tym czasie w żadnej placówce służby zdrowia na terenie M. badania takie nie były wykonywane, choć było to powszechnie znane w tym środowisku”⁸⁵. Ponadto, jak zauważył SN, „obowiązek wydania powódce skierowania na te badania nie wygasał wraz z upływem okresu ciąży i osiągnięciem przez płód zdolności do życia poza organizmem matki, gdy niedopuszczalne już było wykonanie zabiegu przerwania ciąży z przyczyn określonych w art. 4a ust. 1 pkt 2 w związku z ust. 2 ustawy o planowaniu rodziny. Prawo do takich badań nie jest bowiem pochodną prawa do legalnego przerwania ciąży

⁸⁴ *Ibidem*.

⁸⁵ *Ibidem*.

z przyczyn określonych w tym przepisie, lecz jest konsekwencją prawa kobiety w ciąży do informacji o stanie płodu, jego ewentualnych schorzeniach i wadach oraz możliwościach ich leczenia jeszcze w okresie płodowym. Informacja udzielona wynikami tych badań ma m.in. także przygotować kobietę do przyjścia na świat dziecka chorego lub niepełnosprawnego i podjęcia nad nim właściwej opieki. Jedynie w sytuacji określonej w art. 4a ust. 1 pkt 2 ustawy o planowaniu rodziny wyniki takich badań mogą być jedną z przesłanek, umożliwiającą kobiecie świadomą realizację prawa do planowania rodziny i ewentualnego podjęcia decyzji o przerwaniu ciąży. Przywołany przepis nie uzależnia dopuszczalności przerwania ciąży od ustalenia w sposób pewny na podstawie badań prenatalnych, iż płód dotknięty jest określoną wadą genetyczną. Dopuszcza przerwanie ciąży, gdy badania prenatalne lub inne przesłanki medyczne wskazują na duże prawdopodobieństwo ciężkiego i nieodwracalnego upośledzenia płodu. Łączenie prawa do genetycznych badań prenatalnych wyłącznie z prawem kobiety do legalnego przerwania ciąży jest nieuzasadnione, prawo to bowiem wynika przede wszystkim z prawa kobiety do informacji o stanie płodu (...)”⁸⁶. Sąd Najwyższy stwierdził, że w doktrynie i orzecznictwie nie ma zgodności poglądów co do charakteru tych praw. Podzielił także pogląd wyrażony we wcześniejszych orzeczeniach⁸⁷, zgodnie z którym prawo do planowania rodziny i wynikające z niego uprawnienie do legalnego przerwania ciąży w warunkach określonych w art. 4a ustawy o planowaniu rodziny należą do dóbr osobistych, których naruszenie może uzasadniać żądanie zadośćuczynienia na podstawie art. 448 w związku z art. 24 k.c. Działania i zaniechania lekarzy polegające na odmowie skierowania w odpowiednim czasie na genetyczne badania prenatalne w sytuacji zagrożenia płodu wadą genetyczną oraz nieudzielanie rodzicom pełnych informacji w tym przedmiocie stanowi naruszenie zarówno obowiązków lekarza, praw pacjenta, jak i prawa kobiety (rodziców) do planowania rodziny i podjęcia świadomej decyzji o posiadaniu dziecka dotkniętego wadą genetyczną lub o przerwaniu ciąży. Uniemożliwienie rodzicom wykonania tych praw prowadzące do urodzenia, wbrew ich woli, dziecka upośledzonego, rodzi po stronie podmiotu odpowiedzialnego obowiązek zapłaty odpowiedniego zadośćuczynienia za doznaną w wyniku naruszenia ich dóbr osobistych krzywdę⁸⁸.

Diagnostyka i kwalifikacja medyczna nigdy nie była tematem właściwym dla środowiska prawniczego i wydaje się słuszna postawa ustawodawcy, który tę problematykę scedował na środowisko lekarskie. Zgodnie z zapi-

⁸⁶ *Ibidem*.

⁸⁷ Wyrok SN z dnia 21 listopada 2003 r. (sygn. V CK 16/03); OSNC 2004, nr 6, poz. 104) oraz wyrok SN z dnia 13 października 2005 r. (sygn. IV CK 161/05).

⁸⁸ Wyrok SN z dnia 12 czerwca 2008 r. (sygn. III CSK 16/08).

sami § 2 pkt. 2 rozporządzenia Ministra Zdrowia i Opieki Społecznie z dnia 22 stycznia 1997 r. w sprawie kwalifikacji zawodowych lekarzy, uprawniających do dokonania przerwania ciąży oraz stwierdzania, że ciąża zagraża życiu lub zdrowiu kobiety lub wskazuje na duże prawdopodobieństwo ciężkiego i nieodwracalnego upośledzenia płodu albo nieuleczalnej choroby zagrażającej jego życiu⁸⁹ osobą, która ma kompetencje do realizacji zapisów rozporządzenia jest lekarz posiadający tytuł specjalisty, orzekający o wadzie genetycznej płodu na podstawie badań genetycznych, lub lekarz posiadający tytuł specjalisty w zakresie położnictwa i ginekologii, orzekający o wadzie rozwojowej płodu, na podstawie obrazowych badań ultrasonograficznych wykonywanych u kobiety ciężarnej. Jak zauważa M. Boratyńska⁹⁰ pomimo wydawać by się mogło, jasnych wytycznych ustawodawcy, środowisko medyczne niekiedy utrudniało realizację prawa do przerwania ciąży, realizowanego na tle art. 4a ust. 1 pkt 2 ustawy o planowaniu rodziny, sugerując np.: konieczność posiadania przez kobietę ciężarną więcej niż jednej zgody potwierdzającej prawo do realizacji takiego zabiegu. W jednej z przywołanych przez M. Boratyńską spraw pacjentka zgłosiła się na zabieg przerwania ciąży z wystawionym przez Kierownika Zakładu Genetyki Instytutu Psychiatrii i Neurologii zaświadczeniem potwierdzającym fakt wyrażenia takiej zgody. Niemniej jednak lekarz, mający przeprowadzić zabieg przerwania ciąży, zażądał od pacjentki kolejnej zgody, tym razem wystawionej przez konsultanta regionalnego w dziedzinie położnictwa i ginekologii. Kiedy pacjentka przedstawiła i tę zgodę, lekarz zażądał zgody konsultanta krajowego w dziedzinie położnictwa i ginekologii. W toku prowadzonej sprawy Okręgowy Sąd Lekarski stwierdził, że procedurę zastosowaną przez lekarza należy uznać za zdumiewającą, bowiem z przepisów nie wynika ani potrzeba posiadania przez pacjentkę więcej niż jednej zgody, ani tym bardziej nie ma możliwości wskazywania konkretnej osoby, której zgodę uznaje się za dostatecznie przekonywującą. W toku toczącego się postępowania obwiniony lekarz przekonywał, że celem jego zachowania była potrzeba otrzymania dokumentu, z którego jasno by wynikały wskazania do przeprowadzenia zabiegu przerwania ciąży. Argumentacja taka mogłaby zostać uznana za całkowicie słuszną, pod warunkiem, że powszechnie uznane przesłanki realizacji ówczesnie obowiązującego prawa wynikającego z art. 4a ust. 1 pkt 2. ustawy o planowaniu rodziny nie zostałyby nią zakwestionowane. Obwiniony lekarz twierdził bowiem, że przedstawiony mu przez ciężarną dokument z poradni genetycznej nie jest potwierdzeniem okoliczności wskazanych w art. 4a ust. 1 pkt 2 ustawy o planowaniu rodziny, bowiem „nigdzie w piśmiennictwie nie jest powiedziane, że zespół

⁸⁹ Dz. U. z 1997 r., Nr 9, poz. 49.

⁹⁰ M. Boratyńska, *op. cit.*, s. 92.

Downa jest wskazaniem do przerwania ciąży – nie jest wadą letalną⁹¹. Stanowisko takie, nie było w środowisku medycznym odosobnione. Jak przyznaje w jednym z wywiadów prof. Ewa Helwich – konsultant krajowy w dziedzinie neonatologii, problem ten był szeroko dyskutowany. W rezultacie przyjęto, że pomimo rozbieżności panujących w środowisku medycznym, rację należy przyznać genetykom, którzy wyraźnie podkreślają, że choroba genetyczna prowadząca do upośledzenia umysłowego powinna być kwalifikowana jako ciężka⁹². Podobne stanowisko przyjął Okręgowy Sąd Lekarski. Zdaniem lekarzy zasiadających w składzie sądu zespół Downa stanowi ciężkie i nieodwracalne upośledzenie, a upośledzenie takie nie musi oznaczać wady letalnej, zwłaszcza że treść art. 4a ust. 1 pkt 2 ustawy o planowaniu rodziny zakładała w tym względzie alternatywę, a nie koniunkcję. Sąd uznał, że treść zapisu ustawowego nie powinna budzić w lekarzu, biorąc pod uwagę jego wyższe wykształcenie i codzienne posługiwanie się językiem polskim, problemów interpretacyjnych. Ponadto, podkreślono, że fakt, iż ustawodawca nie wprowadził do przepisów katalogu wad uzasadniających legalne przerwanie ciąży, nie może stanowić podstawy uznania, że zespół Downa taką wadą nie jest. Sąd uznał, że przyjęta przez obwinionego lekarza postawa świadczy o braku umiejętności interpretacji przepisów na poziomie, jakiego by oczekiwano od każdego obywatela albo zachowanie lekarza miało na celu odwołanie w czasie zabiegu przerwania ciąży, a w rezultacie doprowadzenie do uniemożliwienia dokonania tego zabiegu zgodnie z przepisami⁹³. W następstwie tego sąd przyjął, że tłumaczenia obwinionego należy uznać za ignorancję stanu prawnego, co w rezultacie doprowadziło do bezpodstawnej decyzji o odmowie przerwania ciąży. Sąd wyraźnie podkreślił także, że niewiedza na temat stanu prawa w zakresie wykonywanego przez lekarza zawodu jest niewybaczalna, a lekarz nie ma prawa do ignorowania obowiązujących przepisów. Ponadto, sąd zauważył, że obowiązek stałego uzupełniania i doskonalenia wiedzy i umiejętności zawodowych wynika z treści art. 56 Kodeksu Etyki Lekarskiej⁹⁴.

Niezależnie od tłumaczeń lekarza, w przywołanej powyżej sprawie, można odnieść wrażenie, że jego celem nie było szczegółowe przestrzeganie procedur i przepisów (jak się okazało błędnie zinterpretowanych), ale uniemożliwienie przeprowadzenia legalnego zabiegu przerwania ciąży. Praktyka utrudniania, przedłużania podjęcia decyzji nie była odosobniona w środowisku medycznym w okresie obowiązywania art. 4a ust 1 pkt 2 ustawy o pla-

⁹¹ *Ibidem*, s. 92.

⁹² K. K i n g e r, Kiedy można legalnie przerwać ciążę? Co jest w obecnej ustawie aborcyjnej?, <http://wiadomości.dziennik.pl/polityka/artykuly/516189,aborcja-ustawa-pytania-ciazy-kiedy-mozna-przerwac-ciaze.html>.

⁹³ M. B o r a t y Ń s k a, *op. cit.*, s. 92.

⁹⁴ *Ibidem*, s. 92.

nowaniu rodziny. Zachowanie takie może zdumiewać, szczególnie w kontekście obowiązującego w Polsce prawa wyrażonego m.in. w treści art. 39 u.z.l.l.d. wedle którego, lekarz może powstrzymać się od wykonania świadczeń zdrowotnych niezgodnych z jego sumieniem, z zastrzeżeniem art. 30, z tym że ma obowiązek odnotować ten fakt w dokumentacji medycznej. Lekarz wykonujący swój zawód na podstawie stosunku pracy lub w ramach służby ma ponadto obowiązek uprzedniego powiadomienia na piśmie przełożonego⁹⁵. Jak więc wynika z powyższego, lekarz ma prawo powołać się na klauzulę sumienia, jednak prawo to zostało obwarowane pewnymi, narzuconymi przez ustawodawcę, warunkami.

Pierwotnie, wśród przesłanek koniecznych do spełnienia, w przypadku woli powołania się na klauzulę sumienia, ustawa przewidywała także obowiązek wskazania przez lekarza realnych możliwości uzyskania takiego świadczenia u innego lekarza lub w innym zakładzie opieki zdrowotnej i uniemożliwiała powołanie się na klauzulę sumienia w „innych przypadkach niecierpiących zwłoki”. Przesłanka ta została poddana ocenie Trybunału Konstytucyjnego. Dnia 7 października 2015 r. Trybunał Konstytucyjny rozpatrzył skargę Naczelnej Rady Lekarskiej w sprawie ograniczeń klauzuli sumienia dla lekarzy uznając, że obowiązujące zapisy są częściowo niezgodne z Konstytucją. Owa niezgodność, zdaniem Trybunału, znajdowała odzwierciedlenie w ciążącym na lekarzu obowiązku wskazania innego lekarza lub szpitala przy odmowie udzielenia świadczenia z powołaniem się na klauzulę sumienia oraz niemożność powołania się lekarza na klauzulę sumienia w „innych przypadkach niecierpiących zwłoki”. Analizując pierwszą z przesłanek Trybunał stwierdził, że podmiotem, na którym powinien ciążyć obowiązek przekazywania niniejszych informacji powinien być NFZ, a oczekiwanie, że informacje takie będą przekazywane przez lekarza, który powołując się na klauzulę sumienia odstępuje od wykonania świadczenia, *de facto* może tylko wydłużyć proces uzyskiwania informacji przez pacjenta, w rezultacie uniemożliwiając realizację świadczenia. Ponadto, Trybunał stwierdził, że niemożność powołania się lekarza na klauzulę sumienia „w innych przypadkach niecierpiących zwłoki” jest w zaskarżonym zakresie niedookreślona, nie wiadomo bowiem, o jakie dobro chodzi; z powodu jakich wartości spełnienie tego świadczenia zdrowotnego musi nastąpić. Ponadto, TK podkreślił, że „wolność sumienia każdego człowieka jest kategorią pierwotną”. Zdaniem TK, w kontekście hierarchii wartości konstytucyjnych trudno byłoby przyjąć, że inne prawa pacjenta niezwiązane z jego życiem i zdrowiem mogłyby mieć pierwszeństwo przed wartością, jaka jest w demokratycznym państwie prawnym wywodzona wprost z godności człowieka, wolność sumienia”⁹⁶.

⁹⁵ Tekst jedn. Dz. U. z 2020 r., poz. 514.

⁹⁶ Wyrok TK z dnia 7 października 2015 r. (sygn. TK 12/14).

Odrębnym problemem, pozostającym niekiedy na marginesie ogólnej dyskusji toczącej się wokół tematu aborcji i prawa lekarza do odmowy realizacji tego zabiegu z uwagi na klauzulę sumienia jest problematyka powoływania się na prawo do klauzuli sumienia w kontekście skierowania na badania prenatalne. Niniejsze zagadnienie należy rozpatrywać w dwóch odrębnych kategoriach, tzn.: prawa pacjentki do realizacji świadczeń określonego rodzaju oraz prawa pacjentki do informacji. Treść art. 38 u.z.l.l.d. stanowi o możliwości niepodjęcia się leczenia lub odstąpienia od wcześniej podjętego, o ile nie zachodzi przesłanka z art. 30⁹⁷. Wedle zapisów m.in. art. 38 ust. 2 w przypadku odstąpienia od leczenia, lekarz ma obowiązek dostatecznie wcześniej uprzedzić o tym pacjenta lub jego przedstawiciela ustawowego bądź opiekuna faktycznego i wskazać realne możliwości uzyskania tego świadczenia u innego lekarza lub w innym zakładzie opieki zdrowotnej, a ust. 4 art. 38 stanowi, że w przypadku odstąpienia od leczenia lekarz ma obowiązek uzasadnić i odnotować ten fakt w dokumentacji medycznej.

Jak w kontekście niniejszych przepisów interpretować, spotykane niekiedy w praktyce klinicznej przypadki odmowy wystawienia skierowania na badania prenatalne? Czy takie sytuacje mieszczą się w okolicznościach wskazanych w art. 38 lub art. 39 u.z.l.l.d.? Zdaniem K. Więckiewicz wyrażonym w artykule pt. „Czy w Polsce istnieje prawo kobiety do badań prenatalnych?” brak jest „możliwości powołania się na klauzulę sumienia przy odmowie skierowania na badanie, niezależnie od tego, czy motywacją jest silna postawa antyaborcyjna, czy przekonanie o szkodliwości badań inwazyjnych płodu.” Zdaniem Autorki „nie każde świadczenie zdrowotne jest objęte klauzulą sumienia. Chodzi tu tylko o takie, które w swej istocie w ogóle mogą być z sumieniem niezgodne. Trudno w tym kontekście mówić o wystawieniu skierowania czy recepty”⁹⁸. Podobne stanowisko reprezentują M. Nesterowicz i N. Karczewska w swojej pracy zatytułowanej „Stosowanie klauzuli sumienia (kwestie prawa a fakty)”⁹⁹. Wedle Autorów „powołanie się przez lekarzy na klauzulę sumienia dla odmowy skierowania na badania prenatalne jest naruszeniem prawa, godzi w prawa pacjenta do informacji oraz do otrzymania świadczeń diagnostycznych.” Podobne zdanie wyraża także E. Zielińska, która twierdzi, że lekarz nie może odmówić kobiecie skierowania na przeprowadzenie niezbędnych badań (także badań prenatalnych) pozwalających określić stan zdrowia kobiety i płodu¹⁰⁰.

⁹⁷ Nie dotyczy to sytuacji wskazanych w art. 38 ust. 3 ustawy o zawodach lekarza „Jeżeli lekarz wykonuje swój zawód na podstawie stosunku pracy lub w ramach służby, może nie podjąć lub odstąpić od leczenia, jeżeli istnieją poważne ku temu powody, po uzyskaniu zgody swojego przełożonego”.

⁹⁸ E. Więckiewicz, Czy w Polsce istnieje prawo kobiety do badań prenatalnych?, *Prawo i Medycyna* 2011, nr 4, s. 103.

⁹⁹ http://www.ptb.org.pl/pdf/nesterowicz_karczewska_klauzula_1.pdf, s. 6.

¹⁰⁰ E. Zielińska, Klauzula sumienia, *Prawo i Medycyna* 2003, nr 13, s. 33.

Sądy miały już wielokrotnie okazję wypowiadać się w temacie prawa odstąpienia od wydania skierowania na badania prenatalne i naruszenia praw informacyjnych pacjentek. W jednej z szerzej komentowanych w środowisku prawniczym spraw tzw. „sprawie łomżyńskiej” zakończonej orzeczeniem Sądu Najwyższego z dnia 6 maja 2010 r.¹⁰¹ sąd uznał, że lekarz po przeprowadzeniu trzeciego badania USG miał świadomość, że dziecko ma poważne wady, ale informacje te zataił przed pacjentką i odmówił skierowania na badania prenatalne w celu potwierdzenia diagnozy. Sąd stwierdził, że swoim zachowaniem lekarz świadomie naruszył prawo pacjentki do informacji o deformacji płodu i pozbawił ją tym samym możliwości podjęcia decyzji w sprawie ewentualnego przeprowadzenia legalnego zabiegu przerwania ciąży¹⁰².

W innej sprawie zakończonej wyrokiem Sądu Najwyższego z dnia 12 czerwca 2008 r.¹⁰³, sąd stwierdził, że „Uprawnienie do przeprowadzenia badań prenatalnych (...) jest konsekwencją prawa kobiety w ciąży do informacji o stanie płodu, jego ewentualnych schorzeniach i wadach oraz możliwości ich leczenia w okresie płodowym”. W niniejszej sprawie sąd uznał, że lekarze posiadali wiedzę pozwalającą na stwierdzenie, że tylko genetyczne badania prenatalne mogą ustalić istnienie, rodzaj oraz stopień wady płodu (zespół Turnera), a mimo to nie skierowali powódki na te badania, lecz wykonywali inne, zbędne badania, o których wiedzieli, że ich wyniki nie pozwolą m.in. na stwierdzenie wady płodu.

***Quo vadis* prawo do świadomego planowania rodziny**

Aktualnie dyskusja społeczna i polityczna oscyluje nie wokół tematu dopuszczalności odmowy wydania skierowania na badania prenatalne, prawa pacjentki do informacji o stanie płodu czy prawa do powołania się na klauzulę sumienia lekarza w przypadku legalnego zabiegu aborcji, a więc spraw z zakresu świadomego rodzicielstwa. Dzisiaj debata schodzi na zagadnienia fundamentalne, jak przesłanki legalności aborcji rozumiane *sensu stricto*. Pojawiają się organizacje, ruchy społeczne, polityczne optujące za zaostrzeniem tzw. przesłanek aborcyjnych, albo ich całkowitym wyeliminowaniem z porządku prawnego. Genezy aktualnej sytuacji prawno-społecznej i debaty na temat kształtu „kompromisu aborcyjnego” z lat 90. należy się doszukiwać we wniosku grupy posłów złożonym do Trybunału Konstytucyjnego w 2017 roku. Sprawa dotyczyła zbadania przez Trybunał, czy „m.in. art. 4a ust. 1 pkt. 2 oraz m.in. art. 4a ust 2 zdanie pierwsze

¹⁰¹ Sygn. II CSK 580/09.

¹⁰² Por. R. Dębski, Meandry i bezdroża polskiej medycyny prenatalnej – refleksje klinicysty, *Prawo i Medycyna* 2007, nr 3; s. 41–47.

¹⁰³ Sygn. III CSK 16/08.

ustawy z dnia 7 stycznia 1993 r. o planowaniu rodziny, ochronie płodu ludzkiego i warunkach dopuszczalności przerywania ciąży (Dz. U. z 1993 r., Nr 17 poz. 78 z późn. zm.) jest niezgodny z m.in. art. 30 w związku z m.in. art. 38 Konstytucji oraz z m.in. art. 38 w związku z art. art. 31 ust. 3 Konstytucji”. W przywołanym wniosku przeczytać można m.in., że „Selekcyjnego charakteru przesłanek eugenicznych nie można uzasadniać wolnością kobiety czy jej komfortem psychicznym”, „(...) wolność kobiety, choć jest to jedna z podstawowych wolności chronionych konstytucyjnie, to nie może ona przesądzać o pozbawieniu życia dziecka poczętego, u którego stwierdzono prawdopodobieństwo upośledzenia lub choroby zagrażającej jego życiu”, „(...) Podobnie należy ocenić komfort psychiczny kobiety, który może doznać uszczerbku na skutek świadomości prawdopodobieństwa urodzenia niepełnosprawnego dziecka. Na gruncie przesłanki eugenicznej życie niepełnosprawnego dziecka poczętego konkuruje z bliżej nieokreślonym dobrem kobiety, które w istocie stanowi wartość niższą niż życie ludzkie”¹⁰⁴. Niniejszy wniosek wzniecił debatę na temat tzw. „eugenicznej przesłanki aborcyjnej”. Trybunał nie podjął się jego procedowania i w rezultacie wraz z końcem kadencji parlamentu w 2019 wniosek wygaś. Jednakże wraz z początkiem nowej kadencji parlamentarnej do Trybunału Konstytucyjnego został skierowany kolejny wniosek dotyczący zbadania zgodności „art. 4a ust. 1 pkt 2 oraz art. 4a ust. 2 zdanie pierwsze ustawy z dnia 7 stycznia 1993 r. o planowaniu rodziny, ochronie płodu ludzkiego i warunkach dopuszczalności przerywania ciąży (Dz. U. Nr 17, poz. 78, ze zm.) z art. 30 Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej przez to, że legalizują praktyki eugeniczne w stosunku do dziecka jeszcze nieurodzonego, odmawiając mu tym samym poszanowania i ochrony godności człowieka, ewentualnie w razie nieuwzględnienia powyższego: art. 4a ust. 1 pkt 2 oraz art. 4a ust. 2 zdanie pierwsze ustawy z dnia 7 stycznia 1993 r. o planowaniu rodziny, ochronie płodu ludzkiego i warunkach dopuszczalności przerywania ciąży z art. 38 w związku z art. 30 i art. 31 ust. 3 oraz z art. 38 w związku z art. 32 ust. 1 i 2 Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej przez to, że legalizują praktyki eugeniczne w zakresie prawa do życia dziecka jeszcze nieurodzonego oraz uzależniają ochronę prawa do życia dziecka jeszcze nieurodzonego od jego stanu zdrowia, co stanowi zakazaną bezpośrednią dyskryminację, oraz: art. 4a ust. 1 pkt 2 oraz art. 4a ust. 2 zdanie pierwsze ustawy z dnia 7 stycznia 1993 r. o planowaniu rodziny, ochronie płodu ludzkiego i warunkach dopuszczalności przerywania ciąży z art. 38 w związku z art. 31 ust. 3 oraz w związku z art. 2 i art. 42 Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej przez to, że legalizują przerywanie ciąży bez dostatecznego usprawiedliwienia koniecznością ochrony innej wartości, prawa lub wolności konstytucyjnej oraz posługują się nieokreślo-

¹⁰⁴ <http://wiadomosci.gazeta.pl/wiadomosci/51,114884,23155345.html?i=1>.

nymi kryteriami tej legalizacji, naruszając w ten sposób gwarancje konstytucyjne dla życia ludzkiego”¹⁰⁵.

Trybunał w odniesieniu do niniejszego wniosku orzekł dnia 22 października 2020 r. że: „Art. 4a ust. 1 pkt 2 ustawy z dnia 7 stycznia 1993 r. o planowaniu rodziny, ochronie płodu ludzkiego i warunkach dopuszczalności przerywania ciąży jest niezgodny z art. 38 w związku z art. 30 w związku z art. 31 ust. 3 Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej.”

Orzeczenie Trybunału wywołało falę protestów w całej Polsce. W rezultacie eskalacji emocji towarzyszących orzeczeniu Trybunału Prezydent RP zaproponował własny projekt zmian legislacyjnych, który jak podkreślił ma być formą rozwiązania kompromisowego. Wedle zaproponowanego przez Prezydenta projektu prawo do terminacji ciąży przysługiwałoby (poza przesłankami wskazanymi w art. 4a ust.1 pkt 1 i 3 ustawy o planowaniu rodziny) wyłącznie w przypadku, gdy „badania prenatalne lub inne przesłanki medyczne wskazują na wysokie prawdopodobieństwo, że dziecko urodzi się martwe albo obciążone nieuleczalną chorobą lub wadą, prowadzącą niechybnie i bezpośrednio do śmierci dziecka, bez względu na zastosowane działania terapeutyczne”¹⁰⁶. Zdaniem Prezydenta „Przedstawiony projekt ustawy przewiduje wprowadzenie, zgodnej z zasadami Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej, nowej przesłanki warunkującej możliwość przerwania ciąży w przypadku wystąpienia u dziecka tzw. wad letalnych”¹⁰⁷. Zgodnie z tą przesłanką, przerwanie ciąży będzie możliwe w sytuacji, gdy badania prenatalne lub inne przesłanki medyczne wskażą na wysokie prawdopodobieństwo, że dziecko urodzi się martwe albo obciążone nieuleczalną chorobą lub wadą, prowadzącą niechybnie i bezpośrednio do śmierci dziecka,

¹⁰⁵ Wyrok Trybunału Konstytucyjnego z dnia 22 października 2020 r. (sygn. TK 1/20).

¹⁰⁶ <https://www.prezydent.pl/prawo/ustawy/zgloszone/art,37,prezydencki-projekt-zmiany-ustawy-o-planowaniu-rodziny.html>, dostęp z dnia 9 listopada 2020 r.

¹⁰⁷ Zdaniem dr hab. n. med. T. D a n g e l z Fundacji Warszawskie Hospicjum dla Dzieci tzw. wadą letalną jest: (1) zaburzenie rozwojowe prowadzące do poronienia samoistnego, porodu niewczesnego lub zgonu wewnątrzmacicznego; (2) zaburzenie rozwojowe prowadzące do przedwczesnej śmierci żywo urodzonego dziecka, bez względu na zastosowane leczenie; oraz (3) zaburzenie rozwojowe zakwalifikowane do przerwania ciąży zgodnie z obowiązującą ustawą. Zaburzenia rozwojowe należące do trzeciej kategorii mogą, ale nie muszą, być letalne *per se*; jednak we wszystkich trzech sytuacjach wada bezpośrednio lub pośrednio prowadzi do śmierci płodu, tzn. okazuje się letalną” za: T. D a n g e l. Wady letalne u płodów i noworodków, opieka paliatywna jako alternatywa wobec eugenicznej aborcji, eugenicznego dzieciobójstwa i uporczywej terapii, https://perinatalne.pl/pliki/Artykul/1022_wadyletalneuplodowinoworodkow.pdf. Nieco inną definicję wad letalnych przywołują J. Krzeszowiak, R. Śmigiel, „Rola i zadania położnej jako członka zespołu sprawującego opiekę nad ciężarną pacjentką z rozpozną wadą letalną płodu”, Piel. Zdr. Publ. 2016, 6, 1, 58. Wedle Autorów „Wada letalna obejmuje ciężkie nieprawidłowości rozwojowe o niepewnym lub złym rokowaniu. Może prowadzić do poronienia obumarłego płodu, przedwczesnego urodzenia martwego dziecka oraz śmierci dziecka bezpośrednio po urodzeniu lub we wczesnym okresie niemowlęcym bez względu na zastosowane leczenie”.

bez względu na zastosowane działania terapeutyczne. (...) Przyjęcie takiego rozwiązania wynika z przekonania, że prawo do życia jest wartością, którą należy bezwzględnie chronić. (...) Ochrona życia dziecka mającego tzw. wady letalne wykracza poza możliwości ludzkie. Z tego względu, biorąc pod uwagę ochronę innych wartości konstytucyjnych, przede wszystkim zasady nienaruszalności i poszanowania godności człowieka, decyzję w zakresie przerwania ciąży należy w takich przypadkach pozostawić matce (rodzicom) dziecka, mając na uwadze fakt, że odbywa się to każdorazowo pod nadzorem lekarza. W sytuacji, gdy aktualna wiedza medyczna nie daje nadziei, to kobieta, kierując się własnym sumieniem i wyznawanymi wartościami i mając zapewnioną profesjonalną pomoc lekarską, powinna móc podjąć decyzję o donoszeniu ciąży bądź jej przerwaniu, jeżeli donoszenie ciąży jest ponad jej siły¹⁰⁸.

Jak można było się spodziewać, projekt prezydencki nie został zaakceptowany ani przez partie opozycyjne, ani przez „ulicę”. Nawet w samej koalicji rządzącej nie ma pełnego porozumienia co do niniejszej propozycji¹⁰⁹.

Także Lewica zapowiedziała złożenie swojego projektu, dalece odmiennego od projektu prezydenckiego oraz stanowiska Trybunału. Celem jego założeń jest dążenie do legalizacji terminacji ciąży do 12 tygodnia. W drugiej połowie lutego, a więc cztery miesiące po wydaniu wyroku przez Trybunał Konstytucyjny, także Platforma Obywatelska przedstawiła swoje stanowisko w sprawie aborcji. Zakłada ono, że w szczególnie trudnych sytuacjach, po konsultacji z psychologiem i lekarzem, kobieta powinna mieć prawo podjąć decyzję o terminacji ciąży do 12 tygodnia od jej rozpoczęcia¹¹⁰.

Zdaniem wielu polityków liberalizacja przepisów aborcyjnych stanowi odpowiedź na oczekiwania społeczne.¹¹¹ Uwzględniając najnowsze dane, w tym zakresie, opublikowane przez Dziennik Gazetę Prawną nie można się zgodzić z takim poglądem¹¹². Stanowi on bowiem zbyt daleko idące uproszczenie, nie znajdując odzwierciedlenia w rzeczywistych nastrojach i oczekiwaniach społecznych. Wedle danych opublikowanych przez Dziennik Gazetę Prawną postulaty liberalizacji przepisów aborcyjnych cieszą się stosunkową niskim poparciem społecznym, pozostając w silnym związku z wiekiem

¹⁰⁸ Uzasadnienie do projektu – <https://www.prezydent.pl/prawo/ustawy/zgloszone/art,37,prezydencki-projekt-zmiany-ustawy-o-planowaniu-rodziny.html>, dostęp z dnia 9 listopada 2020 r.

¹⁰⁹ <https://www.termedia.pl/mz/Jaroslav-Kaczynski-o-prezydenckim-projekcie-dotyczacym-aborcji,40775.html>.

¹¹⁰ <https://wiadomosci.wp.pl/aborcja-w-polsce-jest-stanowisko-platformy-obywatelskiej-proponujaj-pakiet-praw-kobiet-6609475212187777a>.

¹¹¹ <http://www.onet.pl/informacje/radiolodz/lewica-zbiera-podpisy-pod-obywatelskim-projektem-ustawy-o-aborcji/8ym0etz,30bc1058>, dostęp z dnia 9 listopada 2020 r.

¹¹² Sondaż przeprowadzony przez United Surveys dla Dziennika Gazeta Prawna oraz radia RMF FM po ogłoszeniu wyroku Trybunału Konstytucyjnego uznającego tzw. „eugeniczną przesłankę aborcyjną” za niekonstytucyjną.

respondentów i poglądami politycznymi¹¹³. Z przeprowadzonego sondażu wynika, że dotychczasowe regulacje stanowiące wyraz kompromisu aborcyjnego z początku lat 90-tych cieszą się najwyższym poparciem społecznym, blisko 75% ankietowanych.

Jak potoczą się dalsze losy prawa do świadomego planowania rodziny w Polsce trudno jednoznacznie wyrokować, szczególnie po ogłoszeniu dnia 27 stycznia 2021 r. przez Trybunał Konstytucyjny uzasadnienia do wyroku z dnia 22 października 2020 r.¹¹⁴ W niniejszym uzasadnieniu Trybunał podtrzymał wcześniej wyrażane stanowisko, wedle którego „(...) życie ludzkie jest wartością w każdej fazie rozwoju i jako wartość, której źródłem są przepisy konstytucyjne, powinno być chronione przez ustawodawcę, nie tylko w formie przepisów gwarantujących przetrwanie człowieka jako jednostki czysto biologicznej, ale także jako bytu całościowego, dla którego egzystencji niezbędne są również odpowiednie warunki społeczne, bytowe, kulturowe, w całości składające się na istnienie jednostki. W ocenie Trybunału, dziecko jeszcze nieurodzone, jako istota ludzka – człowiek, któremu przysługuje przyrodzona i niezbywalna godność, jest podmiotem mającym prawo do życia, zaś system prawny – zgodnie z art. 38 Konstytucji – musi gwarantować należytą ochronę temu centralnemu dobru, bez którego owa podmiotowość zostałaby przekreślona (...) nie powinno budzić wątpliwości, iż przepisy konstytucyjne gwarantują ochronę zdrowia dziecka poczętego, w szczególności zaś z przepisów tych można wywnioskować obowiązek ustawodawcy wprowadzenia zakazu naruszania zdrowia dziecka poczętego oraz ustanowienia środków prawnych gwarantujących w sposób dostateczny przestrzeganie tego zakazu”¹¹⁵. Ponadto Trybunał stwierdził, że: „Ocena dopuszczalności przerwania ciąży, w przypadku gdy badania prenatalne lub inne przesłanki medyczne wskazują na duże prawdopodobieństwo ciężkiego i nieodwracalnego upośledzenia płodu albo nieuleczalnej choroby zagrażającej jego życiu, a więc możliwości poświęcenia dobra leżącego po stronie dziecka, wymaga wskazania analogicznego dobra po stronie innych osób (...) z treści art. 38 w związku z art. 30 w związku z art. 31 ust. 3 Konstytucji wynika, że samoistną podstawą do przerwania ciąży nie mogą być okolicz-

¹¹³ W przedziale wiekowym 18–29 lat postulaty liberalizacji oscylują w okolicach 27–33%, a wśród wyborców lewicy od 43–64% (w zależności od rodzaju przesłanki). Za: G. Osiecki, T. Żółciak, Polacy za utrzymaniem dotychczasowego kompromisu aborcyjnego (sondaż), 3 listopada 2020 r. – artykuł dostępny <http://www.gazetaprawna.pl/galerie/1495183,duze-zdjecie,1,polacy-za-utrzymaniem-dotychczasowego-kompromisu-aborcyjnego.html>, dostęp z dnia 9 listopada 2020 r.

¹¹⁴ Obwieszczenie Prezesa Rady Ministrów z dnia 27 stycznia 2021 r. w sprawie ogłoszenia uzasadnienia do wyroku Trybunału Konstytucyjnego w sprawie o sygn. K 1/20 wraz ze zdaniem odrębnym do wyroku oraz zdaniem odrębnym do jego uzasadnienia, M. P. 2021, poz. 114.

¹¹⁵ *Ibidem*.

ności związane ze stanem zdrowia dziecka. Ustawa o planowaniu rodziny wskazuje jako przesłankę nie stan diagnostycznej pewności, lecz jedynie „duże prawdopodobieństwo” ciężkiego i nieodwracalnego upośledzenia albo nieuleczalnej choroby zagrażającej życiu. Nie jest jednak dopuszczalne, na gruncie art. 31 ust. 3 zdanie pierwsze Konstytucji, przeciwstawianie zdrowia człowieka jego życiu, gdyż problemu ważenia dóbr nie można rozpatrywać, gdy zarówno dobro poświęcane, jak i dobro ratowane przynależy do tego samego podmiotu”. Trybunał podzielił także pogląd, wedle którego „(...) w przypadku przesłanek określonych w art. 4a ust. 1 pkt 2 sam fakt upośledzenia płodu (nieuleczalnej choroby) nie może samodzielnie przesądzać o dopuszczalności zabiegu przerwania ciąży w perspektywie konstytucyjnej. Ani bowiem dbałość o jakość przekazywanego kodu genetycznego (przesłanki eugeniczne *sensu stricto*), ani wzgląd na ewentualny dyskomfort życia chorego dziecka, nie może usprawiedliwiać decyzji o podjęciu działań zmierzających do spowodowania jego śmierci”¹¹⁶ (...) Tym bardziej zdarzenie, które ziścić się może jedynie z dużym prawdopodobieństwem, nie może dawać podstawy do przerwania życia”¹¹⁷.

Treść uzasadnienia, a także wytyczony kierunek zmian w prawie do świadomego planowania rodziny z całą pewnością staną się zarzewiem kolejnych, być może wieloletnich dyskusji prawno-medycznych. Jakie będą ostateczne losy wprowadzonych rozwiązań, czy kolejne ekipy rządzące utrzymają aktualny porządek prawny w kwestii prawa do aborcji trudno jednoznacznie wyrokować. To co wydaje się pewne, uwzględniając społeczny sprzeciw towarzyszący wprowadzonym zmianom, temat ten będzie jeszcze wielokrotnie wracał zarówno w wymiarze społecznym, prawnym, medycznym, jak również zapewne legislacyjnym, a wprowadzone zmiany staną się prawdopodobnie genezą wieloletnich tarć zwolenników i przeciwników prawa do aborcji, odsuwając na plan dalszy m.in. dyskusję o prawie kobiety do informacji o stanie płodu i dostępności badań prenatalnych. Wypracowanie spójnego kompromisu może okazać się w najbliższych latach niemożliwe. Licząc się z prawnymi, medycznymi oraz społecznymi konsekwencjami wprowadzonych zmian, wykorzystując mądrość starożytnych wyrażoną w słowach „*Audi alteram partem*”¹¹⁸, warto postulować wzajemny szacunek

¹¹⁶ W. Wróbel, Konstytucyjne gwarancje ochrony życia a przesłanki dopuszczalności aborcji, (w:) M. Królikowski, M. Bajor-Stachańczyk, W. Odrowąż-Sypniewski (red.), Konstytucyjna formuła ochrony życia. Druk sejmowy nr 993, „Przed pierwszym czytaniem” nr 3/2007, Biuro Analiz Sejmowych Kancelarii Sejmu, s. 32, za: Obwieszczenie Prezesa Rady Ministrów z dnia 27 stycznia 2021 r. w sprawie ogłoszenia uzasadnienia do wyroku Trybunału Konstytucyjnego w sprawie o sygn. K 1/20 wraz ze zdaniem odrębnymi do wyroku oraz zdaniem odrębnymi do jego uzasadnienia, M. P. 2021, poz. 114.

¹¹⁷ *Ibidem*.

¹¹⁸ Jedną z podstawowych zasad w procesowym prawie rzymskim stanowiącą o tym, że należy wysłuchać drugiej strony.

obu stron debaty publicznej i dążenie do merytorycznej wymiany argumentów, których celem będzie budowanie rozwiązań legislacyjnych w poszanowaniu wzajemnych poglądów i odmienności nie zapominając, że celem toczonych debaty powinno być dobro dziecka i jego rodziny.

Right to informed choices in family planning: selected issues

Abstract

The right to make informed choices in family planning is extensive and encompasses educational, medical or legal aspects. As a family planning topic is vast and interdisciplinary, this paper focuses primarily on the evolution of Polish regulatory solutions for abortion. The phenomenon of deliberate termination of pregnancy largely predates contemporary times. Throughout the world history, attitudes towards abortion have varied greatly, remaining closely related to religiosity levels, culture and a dominant worldview within society. Improved diagnostic capabilities, including those allowing for early identification of fetal abnormalities, triggered legislative changes. Present legal solutions, including a broadly understood policy of informed choices in family planning, are very diversified, reflecting centuries of evolution of opinions within various communities, including legal and medical circles.

The purpose of this paper is to present the evolution of legislative changes that have been made to the right to informed choices in family planning in Poland over the past several decades, with reference to legislation relating to termination of pregnancy, with due consideration given to doubts and objections raised by the Constitutional Tribunal and by the Supreme Court.

Marcin Borodziuk

Zażalenie do innego składu sądu pierwszej instancji w postępowaniu cywilnym

Streszczenie

W niniejszej pracy autor omawia zagadnienia związane z wprowadzonym na mocy ustawy z dnia 4 lipca 2019 r. o zmianie ustawy Kodeks postępowania cywilnego oraz niektórych innych ustaw, zażaleniem do sądu pierwszej instancji. Kwestia ta budzi wiele kontrowersji w praktyce, o czym świadczy liczba zagadnień prawnych jej dotyczących, a skierowanych przez sądy powszechne do Sądu Najwyższego w celu wyjaśnienia poważnych wątpliwości. Autor omawia przebieg postępowania zażaleniowego, wskazuje na odrębności postępowania przed sądem pierwszej instancji względem „klasycznego”, dewolutywnego zażalenia, jak również podejmuje próbę objaśnienia kwestii spornych, które wynikły w dotychczasowej praktyce stosowania omawianej instytucji.

I. Wstęp

Na mocy ustawy z dnia 4 lipca 2019 r. o zmianie ustawy Kodeks postępowania cywilnego oraz niektórych innych ustaw, ustawodawca dokonał zmiany modelu postępowania odwoławczego, w zakresie zażaleń. Znaczna część rozstrzygnięć poddana została obecnie niedewolutywnemu środkowi odwoławczemu w postaci zażalenia do innego składu sądu pierwszej instancji.

Wprowadzony od dnia 7 listopada 2019 r. art. 394^{1a} k.p.c. w ocenie niektórych autorów budzi kontrowersje ze względów etyki zawodowej. Wielokrotnie zastosowanie tego przepisu prowadziło będzie bowiem do dokonywania oceny zasadności orzeczenia wydanego przez „kolegę z sąsiedniego biurka”. Wydaje się, że zarzuty te są nieuzasadnione, zważywszy że tzw. „zażalenie poziome” funkcjonuje z powodzeniem od lat – jako środek odwoławczy od orzeczeń sądu drugiej instancji, także w postępowaniu karnym (nawet od orzeczeń w przedmiocie tymczasowego aresztowania). Dopóki zmiana orzeczenia podyktowana jest względami czysto merytorycznymi, niezawisli sędziowie nie będą podchodzić do tych kwestii na zasadzie osobistej urazy.

Bardziej doniosły wydaje się problem jednolitości orzecznictwa. Szczególnie w postępowaniu egzekucyjnym mogą ujawnić się tego rodzaju różni-

ce, że w sąsiednich sądach rejonowych ukształtuje się całkowicie odmienna wykładnia tych samych przepisów prawa. Względ na sprawność tego postępowania nie przemawia za przekazaniem wszystkich środków odwoławczych do innego składu sądu pierwszej instancji. Także w postępowaniu egzekucyjnym zapadają bowiem postanowienia, które tamują jego bieg.

W niniejszej pracy omówione zostaną procesowe aspekty stosowania art. 394^{1a} k.p.c., z uwzględnieniem licznych problemów praktycznych, jakie wynikły w toku pracy orzeczniczej wielu sądów, o czym świadczy liczba pytań prawnych zadanych Sądowi Najwyższemu przez zaledwie rok funkcjonowania nowej instytucji postępowania cywilnego.

II. Przedmiotowy zakres zastosowania

Zgodnie ze znowelizowanym art. 394 § 1 k.p.c. zażalenie do sądu drugiej instancji przysługuje obecnie jedynie na postanowienia sądu pierwszej instancji kończące postępowanie w sprawie, a ponadto na postanowienia sądu pierwszej instancji i zarządzenia przewodniczącego, których przedmiotem jest: 1) zwrot pisma wniesionego jako pozew, z którego nie wynika żądanie rozpoznania sprawy; 2) zwrot pozwu; 3) odmowa odrzucenia pozwu; 4) przekazanie sprawy sądowi równorzędnemu lub niższemu albo podjęcie postępowania w innym trybie; 5) zawieszenie postępowania i odmowa podjęcia zawieszonego postępowania; 6) zwrot kosztów, określenie zasad ponoszenia przez strony kosztów procesu, zwrot opłaty lub obciążenie kosztami sądowymi – jeżeli strona nie składa środka zaskarżenia co do istoty sprawy.

Upraszczając można przyjąć, że obecnie kognicja sądu drugiej instancji jest ograniczona do tych postanowień, których przedmiotem jest 1) zakończenie postępowania, 2) ewentualne zatamowanie jego biegu, 3) kwestia samych kosztów procesu lub kosztów sądowych, jeżeli rozstrzygnięcie w tym przedmiocie nie jest zawarte w nakazie zapłaty.

Ustawodawca poza rozdzieleniem kompetencji sądu pierwszej i drugiej instancji nieznacznie tylko zawęził zakres rozstrzygnięć, które są zaskarżalne. Wskazać należy, że po zmianie ustawy, która dokonała się 7 listopada 2019 r., niezaskarżalne stało się rozstrzygnięcie w przedmiocie wymiaru opłaty, skoro nie wymienia go ani art. 394 § 1 k.p.c. ani art. 394¹ § 1 k.p.c.¹ Jest to o tyle usprawiedliwione, że po znowelizowaniu z dniem 21 sierpnia 2019 r. ustawy z dnia 28 lipca 2005 r. o kosztach sądowych w sprawach cywilnych, zdecydowana większość opłat ma charakter stały. Ich wymiar może

¹ Tak też M. Kuchnio, Komentarz do art. 394 k.p.c., (w:) O. M. Piaskowska (red.), Kodeks postępowania cywilnego. Postępowanie procesowe. Komentarz aktualizowany, LEX/el. 2020. Kwestia ta stanowi przedmiot zagadnienia prawnego rozpoznawanego przez Sąd Najwyższy w sprawie III CZP 108/20.

być przy tym kwestionowany w drodze zażalenia na zwrot pozwu lub odrzucenie środka zaskarżenia, w trybie art. 380 k.p.c.

Ustawodawca przyjął dość niefortunny model delimitacji kompetencji do rozpoznania zażalenia pomiędzy sądami pierwszej i drugiej instancji. Zamiast wprowadzić zasadę, że zażalenia na rozstrzygnięcia niewymienione w art. 394 § 1 k.p.c. rozpoznaje sąd pierwszej instancji w innym składzie, co eliminowałoby szereg potencjalnych wątpliwości, wprowadził osobny katalog rozstrzygnięć w art. 394^{1a} § 1 k.p.c., które podlegają tzw. „zażaleniu poziomemu”. Prowadzi to do poważnych problemów interpretacyjnych.

W orzecznictwie przedstawiono Sądowi Najwyższemu zagadnienie prawne o treści „Czy zażalenie do innego składu sądu pierwszej instancji złożone przez profesjonalnego pełnomocnika skierowane do niewłaściwego sądu powinno podlegać odrzuceniu z uwagi na fakt, iż profesjonalny pełnomocnik dokonał doboru niewłaściwego środka zaskarżenia?”.

Wydaje się, że faktycznie jest to przypadek wniesienia środka do niewłaściwego sądu. Brak jednak podstaw do przyjęcia, że zażalenie miałoby z tego powodu podlegać odrzuceniu – nie zachodzi żadna z sytuacji określonych w art. 373 § 1 k.p.c. Akta powinny zostać przesłane sądowi właściwemu, a jako termin wniesienia zażalenia należy wówczas uznać datę ich nadania do sądu właściwego. Problem nie będzie występował w przypadku wniesienia zażalenia do sądu drugiej instancji za pośrednictwem sądu pierwszej instancji, w sytuacji, gdy to drugi z wymienionych sądów okaże się właściwy (art. 369 § 1 i 3 k.p.c.).

Powyższy problem został już rozstrzygnięty w orzecznictwie Sądu Najwyższego, który w odpowiedzi na przedstawione zagadnienie stwierdził, że sąd niewłaściwy, do którego skierowano zażalenie podlegające rozpoznaniu na podstawie art. 394^{1a} § 1 k.p.c. przez inny skład sądu pierwszej instancji, przekazuje zażalenie do rozpoznania sądowi właściwemu (art. 200 § 1⁴ w związku z art. 391 § 1, art. 397 § 3 i art. 394^{1a} § 2 k.p.c.)².

W dalszej kolejności należy wskazać, że ustawa milczy o tym, który sąd jest właściwy do rozpoznania zażalenia na niektóre rozstrzygnięcia, niewymienione w samej części kodeksu postępowania cywilnego dotyczącej postępowania zażaleniowego.

Takim zażaleniem jest środek odwoławczy ukierunkowany na wzruszenie orzeczenia lub zarządzenia, które nie podlega zaskarżeniu, choć w tym przypadku nie można akurat mówić o jakimkolwiek zaniedbaniu ustawodawcy. W doktrynie stwierdzono, że w takiej sytuacji zasadnym jest wydanie postanowienia o odrzuceniu zażalenia przez sąd pierwszej instancji w składzie jednego sędziego (art. 367 § 3 k.p.c. w zw. z art. 397 § 3 k.p.c.). Jednocze-

² Uchwała Sądu Najwyższego z dnia 27 listopada 2020 r., sygn. III CZP 12/20, LEX nr 3088895.

śnie słusznie jednak zastrzeżono, że gdy akta sprawy zostały przekazane sądowi drugiej instancji celem rozpoznania zażalenia albo składowi trzyosobowemu w sądzie pierwszej instancji, zażalenie podlega odrzuceniu przez skład sądu wyznaczony do jego rozpoznania³.

Bardziej modelowy przykład zażalenia „osieroconego” stanowi art. 510 § 1 zd. 2 k.p.c., tj. zażalenie na odmowę dopuszczenia do udziału w sprawie w charakterze uczestnika postępowania nieprocesowego. Wydaje się, że przez analogię należy przyjąć, że właściwy jest w tym przypadku sąd pierwszej instancji, który zgodnie z art. 394^{1a} § 1 pkt 2 k.p.c. rozpoznaje zażalenie m.in. na niedopuszczenie interwenienta do udziału w sprawie wskutek uwzględnienia opozycji⁴.

Problematyczne może być określenie sądu właściwego do rozpoznania zażalenia na postanowienie w przedmiocie określenia sposobu i okresu osobistej styczności przysposabiającego z przysposabianym, jak również sankcji pieniężnych z tytułu niewykonania orzeczeń w tym przedmiocie (art. 586¹ k.p.c., art. 598¹⁵⁻¹⁷ § 3 k.p.c.). Można przyjąć, że orzeczenia w tym przedmiocie mają charakter kończący postępowanie, co wskazuje na właściwość sądu drugiej instancji.

Kolejnym przykładem jest postanowienie w przedmiocie zabezpieczenia spadku (art. 635 § 6 k.p.c.). Za pewną wskazówkę można tu uznać przewidzianą przez ustawodawcę możliwość wstrzymania wykonania postanowienia przez sąd pierwszej instancji. Skoro sąd pierwszej instancji może nawet uchylić wydane przez siebie rozstrzygnięcie w trybie art. 395 § 2 k.p.c., to zastrzeżenie mu możliwości także wstrzymania wykonania orzeczenia wskazuje na to, że właściwym do rozpoznania takiego zażalenia jest sąd drugiej instancji.

Podobnych wątpliwości udało się uniknąć w kwestii właściwości sądu do rozpoznania zażalenia na rozstrzygnięcie w przedmiocie zabezpieczenia (art. 741 § 2 k.p.c.), przez wskazanie wprost, że zażalenie rozpoznaje sąd, który wydał zaskarżone postanowienie, w składzie trzech sędziów. Wydaje się jednak, że wprowadzenie ogólnej definicji „negatywnej” każdorazowo pozwalałaby łatwiej określić, które zażalenia powinien rozpoznawać sąd rejonowy, a które okręgowy. Na tej zasadzie skonstruowano właściwość rzeczową sądu rejonowego do rozpoznania spraw jako takich (art. 16 § 1 k.p.c.) i dziwić musi, że ustawodawca z tego rozwiązania nie skorzystał.

Brak precyzyjnego rozgraniczenia właściwości sądu pierwszej i drugiej instancji ma o tyle doniosłe znaczenie, że w konsekwencji może prowadzić

³ P. Sławicki, P. Sławicki, *Apelacja i zażalenie po nowelizacji KPC – odpowiedzi na pytania*, LEX/el. 2020.

⁴ Pogląd odmienny tamże, przy czym wspomniani autorzy wskazują na dorozumiany charakter właściwości sądu drugiej instancji tam, gdzie nie zastrzeżono właściwości sądu pierwszej instancji.

do uchylania rozstrzygnięć reformatoryjnych sądu pierwszej instancji w postępowaniu apelacyjnym, w trybie art. 380 k.p.c., z uwagi na ich nieważność (art. 379 pkt 6 k.p.c.), o czym będzie jeszcze mowa.

Innym problemem mogącym pojawić się w praktyce jest kwestia tego, że wydane przez sąd postanowienie może zawierać kilka rozstrzygnięć, o których mowa tak w art. 394 § 1 k.p.c., jak i w art. 394^{1a} § 1 k.p.c. W takim przypadku ustawodawca rozstrzygnął, że zażalenie podlega rozpoznaniu przez sąd drugiej instancji (art. 394^{1b} k.p.c.)⁵. Co prawda w uzasadnieniu projektu stwierdzono, że w sytuacji gdy dwa postanowienia zostają objęte jednym dokumentem (jako odrębne punkty sentencji), to wciąż pozostają one odrębnymi postanowieniami i art. 394^{1b} do takiej sytuacji nie ma zastosowania, to jednak nie wynika to wcale z treści omawianego przepisu. Zamieszczenie kilku rozstrzygnięć w jednym orzeczeniu nie może prowadzić do wniosku o istnieniu kilku postanowień, lecz co najwyżej do wniosku o możliwości jego częściowego uzasadnienia (art. 328 § 3 k.p.c. w zw. z art. 361 k.p.c.) lub zażalenia (art. 368 § 1 pkt 1 k.p.c. w zw. z art. 397 § 3 k.p.c.).

Zastosowanie tego ostatniego przepisu wydaje się jednak nie ograniczać do kwestii wprost w nim wysłowionej⁶. Istnieje bowiem taka kategoria postanowień, które pomimo tego, że zostały wymienione w art. 394^{1a} § 1 k.p.c., potencjalnie mogą mieć charakter kończący postępowanie, co wskazuje na właściwość sądu drugiej instancji zgodnie z art. 394 § 1 k.p.c.

Nie poszukując daleko, już w pkt 1 omawianego przepisu jest mowa o zażaleniu na odmowę zwolnienia od kosztów sądowych oraz odmowę ustanowienia adwokata lub radcy prawnego. Tymczasem kwestie te mogą być przedmiotem samoistnego rozstrzygnięcia w odrębnym postępowaniu, zainicjowanym przed wszczęciem właściwego procesu (art. 117 § 4 k.p.c., art. 105 ust. 1 ustawy z dnia 28 lipca 2005 r. o kosztach sądowych w sprawach cywilnych). Wówczas orzeczenia w tym przedmiocie mają charakter końcowy⁷.

Innym przypadkiem zbiegu art. 394 § 1 k.p.c. i art. 394^{1a} k.p.c. jest pkt 7 tego drugiego przepisu, który traktuje o odmowie uzasadnienia orzeczenia oraz jego doręczenia⁸. W poprzednim stanie prawnym nie budziłoby wątpli-

⁵ Pogląd ten zdaje się podzielać część doktryny, zastrzegając potrzebę wystąpienia „związku funkcjonalnego” między wydanymi rozstrzygnięciami, zob. M. Romańska, (w:) T. Zembruski (red.), Kodeks postępowania cywilnego. Koszty sądowe w sprawach cywilnych. Dochodzenie roszczeń w postępowaniu grupowym. Przepisy przejściowe. Komentarz do zmian, t. 1, Warszawa 2020, s. 904; odmiennie M. Manowska, Komentarz do art. 394^{1b} k.p.c., 2020, która wskazuje że zamieszczenie kilku rozstrzygnięć w jednym postanowieniu skutkuje właściwością dwóch sądów do rozpoznania zażalenia.

⁶ W tym zakresie należy podzielić pogląd M. Manowskiej, *op. cit.*

⁷ Pogląd odmienny, przedstawili P. Sławicki i P. Sławicki, *op. cit.*

⁸ Wątpliwości w tym przedmiocie zdawało się dotyczyć zagadnienie prawne w sprawie III CZP 65/20 – które nie zostało jednak skutecznie przedstawione Sądowi Najwyższemu z powodu braków formalnych.

wości, że odmowa uzasadnienia orzeczenia nie ma charakteru kończącego postępowanie. Obecnie jednak, co wynika z art. 394 § 2 k.p.c. i 369 § 1 k.p.c., oraz z uchylecia § 2 art. 369 k.p.c., zgłoszenie wniosku o doręczenie odpisu orzeczenia wraz z uzasadnieniem, stało się nieodzownym warunkiem zaskarżenia orzeczenia (także w drodze zażalenia – art. 397 § 3 k.p.c.).

Wydaje się zatem, że w zależności od tego, czy odmowa uzasadnienia dotyczy orzeczenia kończącego postępowanie, czy też niekończącego postępowanie, należy przyjąć właściwość sądu drugiej instancji (w pierwszym przypadku), lub sądu pierwszej instancji (w drugim z nich). W przypadku odmowy uzasadnienia orzeczenia końcowego, w równym stopniu „zamyka” ona drogę do jego zaskarżenia, co ewentualne odrzucenie apelacji. W tych przypadkach, w których dochodzi do zatamowania biegu postępowania, ustawodawca przyznał kognicję sądowi drugiej instancji, co dodatkowo przemawia za wyrażonym wyżej zapatrywaniem.

Ubocznie stwierdzić należy, że ustawodawca przewidział mechanizm zwalczania tzw. „łańcuszkowych” zażaleń (art. 394³ k.p.c.), a brak podobnego mechanizmu odnoszącego się do wnoszenia kolejnych nieopłaconych wniosków o doręczenie odpisu orzeczenia w przedmiocie odmowy sporządzenia uzasadnienia, wraz z uzasadnieniem. Wydaje się, że regulacja dotycząca zażaleń powinna wówczas znajdować zastosowanie *per analogiam*.

III. Skład sądu pierwszej instancji rozpoznającego zażalenie

Ustawodawca nie ustrzegł się także nieścisłości na gruncie przepisów dotyczących składu sądu pierwszej instancji rozpoznającego zażalenie. Pownownie wskazać należy na potencjalny wpływ uchybień sądu w tym zakresie, jakim jest nieważność postępowania (art. 379 pkt 4 k.p.c.), co wskazuje na potrzebę dokładnego rozgraniczenia przypadków, w których skład sądu jest jednoosobowy, oraz w których jest to skład trzech sędziów.

Zgodnie z art. 397 § 1 k.p.c. sąd rozpoznaje zażalenie na posiedzeniu niejawnym w składzie trzech sędziów. Od 7 listopada 2019 r. ustawodawca odstąpił przy tym od obowiązującego dotychczas unormowania, zgodnie z którym zażalenia na postanowienia w przedmiocie odmowy zwolnienia od kosztów sądowych lub cofnięcia takiego zwolnienia, odrzucenia wniosku o zwolnienie oraz nałożenia na stronę obowiązku uiszczenia kosztów i skazania na grzywnę, odmowy ustanowienia adwokata lub radcy prawnego lub ich odwołania oraz nałożenia na stronę obowiązku uiszczenia wynagrodzenia adwokata lub radcy prawnego dla niej ustanowionego i skazania na grzywnę, były rozpoznawane przez sąd w składzie jednego sędziego.

Z § 3 samego art. 397 k.p.c. wynika odpowiednie stosowanie przepisów o postępowaniu apelacyjnym, a do tych należy art. 505¹⁰ §1 k.p.c. Zgodnie z treścią tych przepisów, zażalenia na postanowienia (i zarządzenia) wyda-

ne w postępowaniu uproszczonym, sąd rozpoznaje w składzie jednego sędziego⁹. Można by mieć co do tego wątpliwości, z uwagi na to, że w takim przypadku ustawodawca równie dobrze mógłby posłużyć się generalnym odesłaniem do składu sądu rozpoznającego apelację (art. 367 § 3 k.p.c.). Tymczasem wprowadzona została reguła składu trzech sędziów, mimo orzekania co do zasady na posiedzeniu niejawnym.

Ostatecznie jednak stwierdzić należy, że w sytuacji, gdy apelacja w postępowaniu uproszczonym podlega rozpoznaniu przez sąd w składzie jednego sędziego, niezrozumiałe byłoby angażowanie do rozpoznania zażalenia trzech sędziów. W omawianym przypadku to przepisy o postępowaniu uproszczonym stanowią normy o charakterze *lex specialis*, a przepisy o zażaleniu – *lex generalis*¹⁰. W równym stopniu modyfikują one zatem tak przebieg postępowania apelacyjnego, jak i postępowania zażaleniowego. Wskazuje na to choćby dalsze obowiązywanie art. 505^{13a} k.p.c., w niezmienionym brzmieniu, który reguluje pewne aspekty zażalenia w postępowaniu uproszczonym.

Zgodnie z art. 741 § 2 k.p.c. zażalenie na postanowienie w przedmiocie zabezpieczenia rozpoznaje sąd w składzie trzech sędziów. Wydaje się, że w tym przypadku odmiennie niż wyżej, należałoby przyjąć że norma ta stanowi *lex specialis* względem przepisów o postępowaniu uproszczonym. Także w sprawach podlegających rozpoznaniu w takim postępowaniu odrębnym, zażalenie na rozstrzygnięcie w przedmiocie zabezpieczenia powinien rozpoznać skład trzech sędziów.

Omawiana regulacja nie uwzględnia (skądinąd słusznego) postulatu, aby na postanowienie zmieniające orzeczenie sądu pierwszej instancji przez udzielenie zabezpieczenia roszczenia, przysługiwało zażalenie. Choć w art. 741 § 2 k.p.c. wprowadzono tzw. zażalenie „poziome” w składzie trzech sędziów, zabezpieczenie udzielone na skutek uwzględnienia zażalenia pozostaje dla pozwanego niezaskarżalne, mimo że w następstwie wydania takiego orzeczenia dochodzi do ingerencji w sferę jego obowiązków, i to nie tylko w znaczeniu procesowym.

W dalszej kolejności można sobie zadać pytanie o to, w jakim składzie sąd ma orzec, gdy rozstrzyga w sposób niemerytoryczny, np. w razie konieczności odrzucenia wadliwego środka zaskarżenia. Wydaje się, że problem ten, jakkolwiek aktualny na gruncie postępowania przed sądem drugiej instancji, w przypadku zażalenia wniesionego do sądu pierwszej instancji,

⁹ Por. uchwałę Sądu Najwyższego z dnia 27 listopada 2001 r., sygn. III CZP 61/01, OSNC 2002, nr 5, poz. 62.

¹⁰ Taki pogląd trafnie wyrazili P. Sławicki i P. Sławicki, *op. cit.*, odmiennie M. Manowska, *op. cit.*, która stwierdza, że przywołana uchwała SN straciła na aktualności, albowiem wyrażony w niej pogląd był oparty na braku przepisu o składzie sądu w ramach rozdziału kodeksu dotyczącego zażalenia.

paradoksalnie, nie występuje. Kwestia ta zostanie omówiona w dalszej części niniejszego opracowania.

Zgodnie z art. 394^{1a} § 3 k.p.c., jeżeli w sądzie pierwszej instancji nie można utworzyć składu do rozpoznania zażalenia, zażalenie rozpoznaje sąd drugiej instancji. Wprowadzenie tej reguły jest o tyle zasadne, że w małych sądach może dochodzić do sytuacji, w których nawet „posiłkując się” sędziami z innych wydziałów, w wyjątkowych sytuacjach (urlopy, zwolnienia chorobowe) nie będzie możliwe utworzenie składu do rozpoznania zażalenia.

IV. Przebieg postępowania w przedmiocie zażalenia z art. 394^{1a} k.p.c.

1. Uzasadnienie zaskarżonego postanowienia

W odniesieniu do postanowień od 7 listopada 2019 r. istotnym *novum* jest wprowadzenie art. 357 § 2¹ k.p.c., zgodnie z którym postanowienie wydane na posiedzeniu niejawnym sąd uzasadnia tylko wtedy, gdy podlega ono zażaleniu, i tylko na żądanie strony zgłoszone w terminie tygodnia od dnia doręczenia postanowienia. Postanowienie z uzasadnieniem doręcza się tylko tej stronie, która zażądała sporządzenia uzasadnienia i doręczenia postanowienia z uzasadnieniem.

Treść tego przepisu stanowi w istocie powielenie jego § 1, dotyczącego postanowień wydanych na posiedzeniu jawnym, z tą różnicą, że tygodniowy termin na zgłoszenie wniosku w przypadku postanowienia wydanego na posiedzeniu niejawnym rozpoczyna bieg od daty doręczenia odpisu orzeczenia stronie. Wynika to z prostego faktu, że postanowienia wydane na posiedzeniu jawnym podlegają ogłoszeniu. Skoro cała różnica sprowadza się do tej jednej kwestii, niezrozumiałe wydaje się obszerne powielenie treści § 1.

Dotychczas wszystkie postanowienia wydane na posiedzeniu niejawnym podlegały uzasadnieniu z urzędu, niezależnie od woli stron w tym przedmiocie. Prowadziło to do wykonywania ogromu pracy przez sędziów rozpoznających sprawy cywilne, i można postawić sobie pytanie, czy był to wysiłek uzasadniony rzeczową potrzebą.

Zmianę w tym zakresie należy ocenić pozytywnie, skoro strony na ogół znają bieg postępowania. Brak potrzeby, aby sąd niejako „tłumaczył się” z wydania rozstrzygnięcia, które ze względu na samą treść będzie na ogół oczywiste dla stron (jak np. umorzenie postępowania po cofnięciu pozwu). Dopiero w sytuacji, gdy samo rozstrzygnięcie wzbudza wątpliwości strony, zasadne jest sporządzenie uzasadnienia postanowienia.

Paradoksalnie omawiana zmiana w ocenie autora przyczyni się do większej transparentności postępowania dla uczestniczących w nim osób. Dotychczas w debacie publicznej wielokrotnie podnoszono, że działania sądu

nie są dla zwykłego obywatela czytelne, zaś zawile uzasadnienia orzeczeń, odwołujące się do poglądów judykatury i piśmiennictwa, zaciemniały obraz tego, co miało wynikać z samego rozstrzygnięcia sądu.

Ukłonem w tym kierunku jest także niewątpliwie wprowadzenie art. 357 § 5 k.p.c., zgodnie z którym wydając postanowienie, nawet niepodlegające zaskarżeniu, sąd może przy tym zwięźle wskazać zasadnicze powody rozstrzygnięcia, jeżeli mając na względzie okoliczności sprawy uzna, że pozwoli to na usprawnienie postępowania.

Wydaje się, że słuszną praktyką jest zamieszczanie zwięzłych powodów rozstrzygnięcia jednozdaniowo, w samej sentencji postanowienia, a nie w wyodrębnionej jednostce redakcyjnej czy w treści zarządzenia. Taka praktyka nie prowadzi do nieporozumień i nie pozwala na pomylenie owych zwięzłych powodów rozstrzygnięcia z właściwym uzasadnieniem orzeczenia. Kwestia ta ma istotne znaczenie praktyczne, bowiem zwięzłe powody rozstrzygnięcia nie otwierają drogi do zaskarżenia orzeczenia i nie wiążą się z obowiązkiem poniesienia jakiegokolwiek opłaty sądowej przez stronę.

Mają one przy tym na celu nie tyle wyjaśnienie, dlaczego sąd wydał określone rozstrzygnięcie, z przytoczeniem pełnej subsumpcji określonej sytuacji procesowej pod normę prawną. Powinny się raczej sprowadzać do wskazania, że przesłanki określone w hipotezie przepisu zostały zrealizowane, lub że określona przesłanka nie uległa zniszczeniu, na ogół bez tłumaczenia, co doprowadziło sąd do takiego wniosku.

Takiemu celowi służy dopiero właściwe uzasadnienie orzeczenia, które zgodnie z art. 327¹ § 1 k.p.c. powinno zawierać 1) wskazanie podstawy faktycznej rozstrzygnięcia, obejmującej ustalenie faktów, które sąd uznał za udowodnione, dowodów, na których się oparł, i przyczyn, dla których innym dowodom odmówił wiarygodności i mocy dowodowej; 2) wyjaśnienie podstawy prawnej z przytoczeniem przepisów prawa.

Przykładowo, zastosowanie art. 357 § 5 k.p.c. może wyrażać się w następującej formule: „postanawia oddalić wniosek dłużnika o ustanowienie pełnomocnika z urzędu, albowiem stopień skomplikowania sprawy nie wskazuje na potrzebę przyznania pomocy prawnej”. To właściwe uzasadnienie orzeczenia powinno wskazywać takie kwestie, jak tytułem przykładu, że „w sprawach egzekucyjnych sąd z urzędu czuwa nad prawidłowym przebiegiem egzekucji (art. 759 § 2 k.p.c.), a niniejsza sprawa sprowadza się do oceny zgodności z prawem dokonanych już przez komornika czynności, bez przeprowadzania innych dowodów, niż dokumenty z akt komorniczych. Dłużnik w sposób zrozumiały sformułował zarzuty w treści skargi, która nie była dotknięta jakimikolwiek brakami formalnymi. Sąd w razie potrzeby może także z urzędu udzielać stosownych pouczeń w oparciu o art. 5 k.p.c. Wskazuje to, że brak reprezentacji przez zawodowego pełnomocnika odbędzie się bez uszczerbku dla realizacji jego uprawnień w niniejszym postępowaniu”.

Kolejne istotne *novum* stanowi § 6 omawianego przepisu, w którym przewidziano możliwość odstąpienia od uzasadnienia postanowienia, i to już w chwili wydania samego orzeczenia, gdy rozstrzygnięcie sądu w całości uwzględnia zawarty w piśmie procesowym wniosek strony i podziela argumenty strony przytoczone na jego poparcie. W postanowieniu należy wówczas powołać to pismo. Jeżeli pismo to zostanie doręczone później niż postanowienie, termin do złożenia zażalenia biegnie od dnia doręczenia tego pisma.

Zestawiając ze sobą § 2, 3, 5 i 6 art. 357 k.p.c. można dojść do wniosku, że ich stosowanie może budzić pewne problemy w praktyce, w szczególności co do tych postanowień, które podlegają doręczeniu stronie niereprezentowanej przez zawodowego pełnomocnika. Doręczenie postanowienia bez uzasadnienia na podstawie § 2 i 3 może być odczytane przez stronę samo w sobie jako odstąpienie od sporządzenia uzasadnienia.

Z tych względów szczególne znaczenie ma obecnie udzielanie stronom właściwych pouczeń (art. 357 § 2 zd. 2 k.p.c.). W sytuacji, gdy w toku postępowania zostaje wydanych kilka postanowień, dla strony może być jednak niezrozumiałe, z jakich względów w jednym przypadku zaskarżenie postanowienia jest uzależnione od złożenia wniosku o doręczenie odpisu orzeczenia z uzasadnieniem, a w innym należy wniesć samo tylko zażalenie.

Wydaje się, że *de lege ferenda* dalece bardziej właściwym sposobem odstąpienia od uzasadnienia orzeczenia byłoby dokonanie tego już po złożeniu przez stronę wniosku w tym przedmiocie, z jednoczesnym zwrotem ewentualnie uiszczonej przez nią opłaty. Jest to oczywiście jedynie pewien postulat do ustawodawcy, jednakże jego podniesienie wydaje się konieczne w świetle faktu podjęcia kolejnych prac nad znowelizowaniem kodeksu postępowania cywilnego.

Odstąpienie od uzasadnienia orzeczenia incydentalnego mogłoby się dokonywać w drodze zarządzenia przewodniczącego. Nie wydaje się, by była to na tyle doniosła kwestia, aby wymagała osobnego orzeczenia sądu. W obecnym stanie prawnym można się wręcz zastanawiać, czy takie rozstrzygnięcie o odstąpieniu od sporządzenia uzasadnienia orzeczenia nie stanowi formy „odmowy sporządzenia uzasadnienia”, o której mowa w art. 394^{1a} § 1 pkt 7 k.p.c., co prowadziłoby do wniosku o zaskarżalności orzeczenia w tym przedmiocie. Zamiast uprościć postępowanie, art. 357 § 6 k.p.c. w obecnym kształcie może potencjalnie prowadzić do jego wydłużenia. *De lege ferenda* należałoby wyraźnie zastrzec, że odstąpienie od sporządzenia uzasadnienia nie podlega zaskarżeniu, skoro nie zamyka drogi do wniesienia zażalenia, a jedynie otwiera ją w inny sposób.

Zwraca przy tym uwagę, że na gruncie § 6 art. 357 k.p.c. dość zawile określono także sam termin do wniesienia zażalenia. Szczególnie problematyczne może być ustalenie daty doręczenia pisma z argumentacją stanowią-

cą podstawę wydania orzeczenia, w sytuacji gdy podlega ono bezpośredniemu doręczeniu w trybie art. 132 k.p.c. *De lege ferenda* wskazać należy, że termin ten mógłby rozpocząć bieg od daty dokonanego po złożeniu wniosku o uzasadnienie zawiadomienia o odstąpieniu od tej czynności.

W doktrynie stwierdzono, że § 6 art. 357 k.p.c. stanowi jedyny wyjątek od reguły, zgodnie z którą złożenie wniosku o doręczenie odpisu orzeczenia z uzasadnieniem warunkuje wniesienie zażalenia¹¹. Pogląd ten zdaje się jednak uwzględniać jedynie modelowy przebieg postępowania. Możliwe są bowiem liczne nietypowe sytuacje, w których wniesienie zażalenia jest możliwe bez uprzedniego wystąpienia z wnioskiem o uzasadnienie, o których będzie jeszcze mowa w dalszej części niniejszej pracy.

Referent sprawy po wpłynięciu wniosku o uzasadnienie powinien zbadać, czy wniosek ten wpłynął w terminie, czy jest podpisany i opłacony, oraz czy wskazano w nim, w jakim zakresie orzeczenie ma zostać uzasadnione (w całości czy w części). W przypadku niedochowania tych warunków i nieuzupełnienia braków w tym zakresie, przedmiotowy wniosek podlega odrzuceniu (art. 328 § 4 k.p.c.), co jest równoznaczne z odmową sporządzenia uzasadnienia orzeczenia (art. 394^{1a} § 1 pkt 7 k.p.c.).

Zgodnie ze znówelizowanym art. 357 § 3 k.p.c. uzasadnienie postanowienia sporządza się w terminie tygodnia od dnia wpływu do właściwego sądu wniosku o doręczenie postanowienia z uzasadnieniem, a jeżeli wniosek był dotknięty brakami – od dnia usunięcia tych braków. Jak wynika z art. 327¹ § 2 k.p.c., uzasadnienie powinno zostać sporządzone w sposób związany. Tym bardziej związane powinny być zatem powody rozstrzygnięcia, o których mowa w art. 357 § 5 k.p.c., tak by nie budziło wątpliwości to, że nie stanowią one uzasadnienia rozstrzygnięcia sądu.

Ubocznie wskazać należy, że zaskarżeniu zażaleniem podlegają także zarządzenia, jeżeli ich przedmiotem są kwestie wskazane w art. 394^{1a} k.p.c. (jak np. zwrot wniosku o zwolnienie od kosztów sądowych). Problematiczne może być tu określenie, czy w przypadku zwrotu pozwu zawodowemu pełnomocnikowi bez wzywania do uzupełnienia braków formalnych, ze wskazaniem braków, którymi dotknięty jest pozew (art. 130^{1a} k.p.c.), pełnomocnik ten powinien złożyć jeszcze wniosek o uzasadnienie¹².

Wydaje się, że w przypadku woli zaskarżenia zarządzenia nic nie zwalnia z powyższego obowiązku. Podobnie jak przy związanych powodach rozstrzygnięcia, sąd powinien jedynie wskazać, jakim brakiem dotknięte jest pismo np. „brak wykazania umocowania przez pełnomocnika substytucyjnego”, albo „pozew nienależycie opłacony”. W przypadku złożenia wniosku o uzasadnienie, sąd umotywuje dopiero swoje rozstrzygnięcie, przykładowo

¹¹ M. Rzeuśki, Postępowanie zażaleniowe po nowelizacji k.p.c., LEX/el. 2020.

¹² Takie zagadnienie prawne przedstawiono Sądowi Najwyższemu w sprawie III CZP 60/20.

wskazując odpowiednio, że „jakkolwiek pełnomocnik wykazał fakt udzielenia mu pełnomocnictwa substytucyjnego, możliwość udzielenia dalszego pełnomocnictwa została wykluczona w treści pełnomocnictwa głównego”, czy też „opłatę uiszczono w kwocie 500 złotych, podczas gdy pozew podlegał opłacie stosunkowej w kwocie 1300 złotych”. Także w uzasadnieniu orzeczenia powinna zostać przytoczona i wyjaśniona podstawa prawna rozstrzygnięcia.

2. Postępowanie „wewnątrzinstancyjne”

Po wpłynięciu zażalenia do sądu pierwszej instancji podlega ono kontroli formalnej. W związku z uchyleniem art. 370 k.p.c., od dnia 7 listopada 2019 r. zlikwidowane zostało tzw. postępowanie międzyinstancyjne. Wniesienie apelacji skutkuje przeniesieniem całego etapu kontroli formalnej wniesionego środka odwoławczego do sądu drugiej instancji. Z obecnej treści art. 371 k.p.c. wynika, że po złożeniu apelacji Sąd pierwszej instancji przedstawia niezwłocznie akta sprawy sądowi drugiej instancji (nie doręczając już odpisu apelacji stronie przeciwnej).

Ten ostatni przepis znajduje jedynie „odpowiednie” zastosowanie do zażeń (art. 397 § 3 k.p.c.), a przepisy o postępowaniu zażaleniowym mają odpowiednie zastosowanie do zażeń rozpoznawanych przez sąd pierwszej instancji (art. 394^{1a} § 2 k.p.c.).

W omawianym przypadku odpowiednie zastosowanie przepisów o postępowaniu apelacyjnym (na skutek dwustopniowego odesłania) polega na braku zastosowania art. 371 k.p.c., z uwagi na brak potrzeby „przedstawiania akt” temu samemu sądowi. Przede wszystkim jednak w odniesieniu do zażeń ustawodawca przewidział możliwość uwzględnienia zażenia we własnym zakresie przez sąd, który wydał zaskarżone postanowienie (art. 395 § 2 k.p.c.).

W świetle powyższego należy przyjąć, że w przypadku zażenia o jakim mowa w art. 394^{1a} k.p.c., czynności polegające na wstępnej kontroli zażenia powinien wykonywać referent orzekający w sprawie¹³. Do niego należy zbadać, czy środek odwoławczy jest dopuszczalny (także w świetle art. 394³ k.p.c.), czy został opłacony, czy spełnia warunki formalne, oraz czy został wniesiony w terminie. On też powinien wydać ewentualne postanowienie o odrzuceniu zażenia. Po wykonaniu tych czynności powinien rozważyć, czy zachodzi nieważność postępowania lub czy wniesione zażalenie jest oczywiście uzasadnione.

¹³ W orzecznictwie dylemat ten zawężono jednak do oceny, czy to sąd rozpoznający zażalenie powinien orzekać w składzie jedno, czy trzyosobowym – zagadnienie prawne w sprawach III CZP 36/20 i III CZP 57/20; podobnie M. Romańska, *op. cit.*, s. 902, która nie wskazuje, na jakim etapie miałyby nastąpić autokontrola w ramach art. 395 § 2 k.p.c. w przypadku zażeń rozpoznawanych przez sąd pierwszej instancji.

Taką konstatację wspiera treść samego art. 394^{1a} § 1 k.p.c., który wśród rozstrzygnięć podlegających zaskarżeniu do innego składu sądu pierwszej instancji, w pkt 12 wymienia odrzucenie zażalenia. Nie budzi przecież wątpliwości, że omawiany przepis znajduje zastosowanie do takich rozstrzygnięć, które zostają wydane w składzie jednego sędziego.

Skoro tak, to względy praktyczne przemawiają przeciwko losowaniu jednego trzysobowego składu do rozpoznania zażalenia, a po odrzuceniu zażalenia przez sędziego sprawozdawcę tego składu, drugiego trzysobowego składu do rozpoznania zażalenia na odrzucenie pierwszego zażalenia. W przypadku mniejszych sądów, tego rodzaju praktyka mogłaby prowadzić do trudności z utworzeniem drugiego składu i w konsekwencji do rozpoznawania drugiego zażalenia przez sąd drugiej instancji.

Odrzuceniu zażalenia przez referenta sprawy nie stoi przy tym na przeszkodzie treść art. 48 § 1 pkt 5 k.p.c., zgodnie z którym sędzia jest wyłączony z mocy ustawy w sprawach, w których w instancji niższej brał udział w wydaniu zaskarżonego orzeczenia. Jakkolwiek referent jest wyłączony od drugiego rozpoznania tych samych kwestii¹⁴, co do których już orzekał, to wciąż rozstrzyga w innych kwestiach proceduralnych w przydzielonej mu sprawie, także dotyczących wniesionego zażalenia (o czym przekonuje choćby przywołany wcześniej art. 395 § 2 k.p.c.).

Odrzucenie zażalenia nie stanowi przy tym „rozpoznania” go w rozumieniu art. 397 § 1 k.p.c. Rozpoznaniem jest bowiem jedynie merytoryczne odniesienie się do zasadności argumentów podniesionych w środku odwoławczym. Odrzucając zażalenie sąd tych kwestii w ogóle nie bada, a wydane w tym przedmiocie postanowienie, w obecnym stanie prawnym, niesie za sobą tożsame co do istoty skutki, co odmowa sporządzenia lub doręczenia uzasadnienia orzeczenia. Oba te rozstrzygnięcia tak samo zamykają drogę do zaskarżenia orzeczenia.

Słusznie dostrzeżono przy tym w doktrynie, że sąd pierwszej instancji władny jest odrzucić wyłącznie zażalenie na postanowienie podlegające poziomemu zaskarżeniu do innego składu sądu pierwszej instancji¹⁵.

Kognicja sędziego referenta sprawy pozostaje jednak wąska. Poza zbadaniem braków formalnych i ewentualnym odrzuceniem zażalenia, może on jedynie uwzględnić zażalenie we własnym zakresie w całości (art. 395 § 2 k.p.c.). Jeżeli nie znajduje ku temu podstaw, powinien sporządzić notatkę urzędową (art. 157 § 3 k.p.c.) i przekazać akta przewodniczącemu wydziału, w celu wpisania sprawy do repertorium „Cz” i wylosowania składu do rozpoznania zażalenia.

¹⁴ M. Mańowska, Komentarz do art. 394^{1a} k.p.c., (w:) Komentarz do KPC wydanie z 2020 r.

¹⁵ M. Romańska, *op. cit.*, s. 902.

Kontrola formalna środka odwoławczego dotyczy tych samych kwestii, co w dotychczasowym stanie prawnym. Jedyna zasadnicza różnica sprowadza się do badania w ramach kontroli dopuszczalności zażalenia, czy zostało ono poprzedzone wnioskiem o doręczenie odpisu postanowienia z uzasadnieniem.

Budzić może wątpliwości, czy zażalenie wniesione w terminie tygodniowym od dnia doręczenia odpisu postanowienia, mimo niezgłoszenia wniosku o doręczenie odpisu orzeczenia z uzasadnieniem, jest dopuszczalne.

Na to pytanie należy udzielić odpowiedzi co do zasady negatywnej, skoro art. 394 § 2 k.p.c. wiąże rozpoczęcie terminu do wniesienia zażalenia z doręczeniem odpisu postanowienia z uzasadnieniem. Decydującym argumentem wydaje się treść art. 445 § 2 k.p.k. i brak wprowadzenia przez ustawodawcę jego odpowiednika w kodeksie postępowania cywilnego.

W orzecznictwie przesądzono też, że nie podlegają odrzuceniu środki odwoławcze wniesione przedwcześnie, jednakże samo istnienie uzasadnienia orzeczenia warunkuje dopuszczalność zażalenia, na takiej samej zasadzie, jak w dotychczasowym stanie prawnym było to uwarunkowane istnieniem samego orzeczenia.

Zgodnie z art. 331 § 2 k.p.c. w zw. z art. 361 k.p.c., sporządzenie pisemnego uzasadnienia postanowienia z urzędu (np. w postępowaniu egzekucyjnym – art. 766¹ § 1 k.p.c.) nie zwalnia strony od obowiązku zgłoszenia wniosku o doręczenie postanowienia z uzasadnieniem. Nie sposób nie rozumieć tego obowiązku inaczej, niż jako konieczność poprzedzenia wniesienia środka odwoławczego złożeniem wniosku o uzasadnienie, tym bardziej że ten podlega opłacie stosownie do art. 25b ustawy z dnia 28 lipca 2005 r. o kosztach sądowych w sprawach cywilnych. W przeciwnym razie wspomniany obowiązek nie byłby obwarowany realną sankcją procesową.

Należy przy tym odróżnić sytuację, w której uzasadnienie jest jedynie sporządzane z urzędu (art. 766¹ § 1 k.p.c.) od sytuacji, w której jest ono z urzędu także doręczane (art. 191¹ § 4 k.p.c.). Ten drugi przypadek należy potraktować jako *lex specialis* względem art. 331 § 2 k.p.c., stąd ewentualne zażalenie (np. na obciążenie kosztami procesu, gdyby powództwo zostało w tym trybie oddalone po wniesieniu odpowiedzi na pozew) nie musi być już poprzedzone żadnym wnioskiem¹⁶. Z kolei gdyby sąd omyłkowo doręczył odpis orzeczenia z uzasadnieniem (np. na gruncie art. 766¹ § 1 k.p.c.), również otwierałoby to stronie drogę do wniesienia zażalenia, bez zgłoszenia wniosku o doręczenie odpisu orzeczenia z uzasadnieniem¹⁷.

¹⁶ Problem ten podniesiono także na gruncie przepisów intertemporalnych, w pytaniu prawnym skierowanym do Sądu Najwyższego w sprawie III CZP 18/20. Doręczenie odpisu orzeczenia z uzasadnieniem dokonane z urzędu zdejmując ze strony powinność złożenia wniosku w tym przedmiocie.

¹⁷ Takie zagadnienie prawne zostało przedstawione Sądowi Najwyższemu w sprawie III CZP 59/20.

Pewnym wyjątkiem jest też skarga na orzeczenie referendarza sądowego, skoro z art. 398²² § 2 k.p.c. wynika, że skargę wnosi się w terminie tygodnia od dnia doręczenia odpisu postanowienia, a jeżeli zażądano uzasadnienia tego orzeczenia – od dnia jego doręczenia z uzasadnieniem. Wydaje się, że jest to niedopatrzenie ustawodawcy, ciężko bowiem dopatrzeć się racji przemawiających za odmiennym uregulowaniem tej kwestii.

Zgodnie z art. 331 § 3 zdanie pierwsze k.p.c., stronie niezastępowanej przez adwokata, radcę prawnego, rzecznika patentowego lub Prokuratorię Generalną Rzeczypospolitej Polskiej wraz z pisemnym uzasadnieniem wyroku doręcza się pouczenie o sposobie i terminie wniesienia środka zaskarżenia. Przepis ten przewiduje obowiązek powtórzenia czynności wymaganej na etapie samego wydania orzeczenia (art. 327 § 1 k.p.c.), przy czym za pierwszym razem pouczyć należy także o konieczności złożenia wniosku o doręczenie odpisu orzeczenia z uzasadnieniem.

Skoro należy udzielić ponownego pouczenia, wyraźnie wskazuje to na powiązanie czynności procesowej w postaci złożenia wniosku o doręczenie odpisu orzeczenia z uzasadnieniem, z dopuszczalnością zaskarżenia tego orzeczenia. Na marginesie wskazać należy, że nie wydaje się, by brak ponownego pouczenia stanowił tego rodzaju uchybienie przepisom postępowania ze strony sądu, który każdorazowo powodowałby zasadność wniosku o przywrócenie terminu do złożenia środka odwoławczego, w sytuacji gdy strona już przy wydaniu orzeczenia otrzymała prawidłowe pouczenie co do sposobu jego zaskarżenia.

Także przyjęcie modelu kontroli formalnej (art. 328 § 4 k.p.c.), dotychczas charakterystycznej dla samego środka odwoławczego, przekonuje, że bez uprzedniego wniosku o uzasadnienie orzeczenia wniesienie zażalenia jest co do zasady niedopuszczalne.

Do pomyślenia jest sytuacja, w której strona złożyłaby wniosek o doręczenie odpisu postanowienia z uzasadnieniem, a jej późniejsze zażalenie wpłynęłoby po sporządzeniu uzasadnienia, lecz przed jego doręczeniem. Nie powinno to stanowić przeszkody do jego rozpoznania – strona może zapoznać się z motywami orzeczenia po ich opublikowaniu w systemie informatycznym, bądź po zapoznaniu się z aktami.

Z kolei samego wniosku o uzasadnienie, choćby strona wskazała w nim, że nie zgadza się z zaskarżonym orzeczeniem, nie sposób potraktować jako jednoczesnego środka zaskarżenia. Jak wspomniano wyżej, istnienie uzasadnienia orzeczenia warunkuje obecnie możliwość jego zaskarżenia, co wynika z treści art. 394 § 2 k.p.c. Na tej samej zasadzie nie można przyjąć reguły, że zażalenie wniesione w terminie tygodniowym zawiera w sobie „dorozumiany” wniosek o doręczenie odpisu orzeczenia z uzasadnieniem¹⁸.

¹⁸ Zagadnienie prawne dotyczące tej kwestii przedstawiono Sądowi Najwyższemu w sprawie III CZP 61/20, któremu nie nadano jednak biegu z powodu braków formalnych.

Z samego wyrażenia niezadowolenia z treści rozstrzygnięcia, czy nawet chęci poddania tego rozstrzygnięcia kontroli odwoławczej, nie wynika chęć doręczenia stronie czegokolwiek.

Wyjątkowo, jeżeli strona wniesie zażalenie, uiszczając opłatę w kwocie co najmniej 100 złotych i zaznaczając w jego treści, np. że „chce się dowiedzieć, co kierowało sądem przy wydaniu rozstrzygnięcia”, uzasadnienie powinno zostać doręczone – jednak z wyraźnym zobowiązaniem do wskazania, czy po zapoznaniu się z jego treścią strona podtrzymuje wolę zaskarżenia orzeczenia. Dopiero w przypadku wniesienia kolejnego pisma można mówić o skutecznym wniesieniu zażalenia.

Jakkolwiek zgodnie z art. 331 § 2 k.p.c. sporządzenie pisemnego uzasadnienia wyroku z urzędu nie zwalnia strony od obowiązku zgłoszenia wniosku o doręczenie wyroku z uzasadnieniem, to w sytuacji doręczenia orzeczenia z obszernymi „zwięzłymi powodami rozstrzygnięcia”, zawierającymi wszystkie elementy określone w art. 327¹ § 1 k.p.c., strona może kwestionować ewentualne odrzucenie zażalenia niepoprzedzonego wnioskiem o uzasadnienie, wskazując że sąd w istocie z urzędu nie tylko sporządził uzasadnienie, ale też doręczył je stronie, co otworzyło drogę do wniesienia zażalenia. Nieprawidłowe oznaczenie czynności sądu, podobnie jak przy zamieszczeniu w wyroku rozstrzygnięcia, które powinno być objęte postanowieniem, nie zmienia bowiem jej charakteru¹⁹.

3. Rozpoznanie zażalenia

Sędzia sprawozdawca innego składu sądu pierwszej instancji, rozpoznającego zażalenie, w pierwszej kolejności powinien dokonać oceny, czy zażaleniu prawidłowo nadano bieg, stosując odpowiednio art. 373 k.p.c. Jeżeli doszedłby do wniosku, że podlega ono odrzuceniu, powinien wydać postanowienie w tym przedmiocie. W przypadku wniesienia zażalenia na postanowienie o odrzuceniu zażalenia będzie on wyłączony z mocy ustawy, i faktycznie zajdzie potrzeba ponownego wylosowania do składu sędziego sprawozdawcy. Przy podzieleniu wyrażonego wyżej poglądu, że zażalenie może odrzucić już referent sprawy, taka sytuacja będzie jednak należała do wyjątkowych.

W dalszej kolejności sprawozdawca powinien dokonać sprawdzenia, czy rozstrzygnięcie prawidłowo zostało zakwalifikowane jako podlegające zażaleniu do innego składu sądu pierwszej instancji. Jeżeli dojdzie do wniosku, że do rozpoznania zażalenia właściwy jest sąd drugiej instancji, powinien wydać zarządzenie o przedstawieniu akt temu właśnie sądowi (art. 371 k.p.c. w zw. z art. 397 § 3 k.p.c.). Sąd odwoławczy może jednak zwrócić akta sądowi pierwszej instancji. W związku z tym, że przy określaniu właściwości

¹⁹ Zob. uchwałę Sądu Najwyższego z dnia 11 października 1995 r., sygn. III CZP 138/05.

do rozpoznania kwestii incydentalnych nie ma praktyki wydawania jakiegokolwiek orzeczenia, takie postąpienie sądu drugiej instancji nie jest dla sądu pierwszej instancji wiążące, jak ma to miejsce na gruncie art. 200 § 2 k.p.c. W przypadku gdy sprawozdawca nadal nie podziela zapatrywania sądu drugiej instancji, powinien rozważyć przedstawienie zagadnienia prawnego Sądowi Najwyższemu (art. 390 k.p.c. w zw. z art. 397 § 3 k.p.c.).

Czynności dotyczących kwestii ubocznych, niestanowiących rozpoznania samego zażalenia, sędzia sprawozdawca dokonuje jednoosobowo. Wynika to z odpowiedniego zastosowania art. 367 § 3 zdanie drugie k.p.c. w postępowaniu zażaleniowym. Choć ustawodawca w art. 397 § 1 k.p.c. wprost wskazał, że sąd rozpoznaje zażalenie na posiedzeniu niejawnym w składzie trzech sędziów, to czynności takie jak przesłanie zażalenia sądowi drugiej instancji lub odrzucenie zażalenia, jak wskazano już wcześniej, nie stanowią „rozpoznania” środka odwoławczego. Czynność taką może stanowić pytanie prawne zadane Sądowi Najwyższemu, o ile dotyczy zagadnienia związanego z merytorycznym odniesieniem się do wniesionego środka odwoławczego.

Po stwierdzeniu, że zażaleniu prawidłowo nadano bieg, a sąd pierwszej instancji jest właściwy do jego rozpoznania, sprawozdawca powinien zarządzić doręczenie odpisów zażalenia pozostałym stronom, umożliwiając wniesienie odpowiedzi w terminie dwóch tygodni od daty doręczenia zażalenia (art. 373¹ k.p.c.). Pominięcie tej ostatniej czynności stanowi naruszenie przepisów postępowania, które może mieć wpływ na treść rozstrzygnięcia, w sytuacji gdyby zapadło orzeczenie reformatoryjne na korzyść skarżącego.

Po spełnieniu powyższych obowiązków, sprawozdawca powinien zarządzić odbycie narady i uzgodnić jej termin z pozostałymi sędziami wylosowanymi do rozpoznania zażalenia. Narada obejmuje dyskusję, głosowanie nad mającym zapaść orzeczeniem i zasadniczymi powodami rozstrzygnięcia albo uzasadnieniem, jeżeli ma być wygłoszone, oraz spisanie sentencji (art. 324 § 1 k.p.c.). Rozpoznanie zażalenia powinno nastąpić na posiedzeniu niejawnym (art. 397 § 1 k.p.c.), co nie wyklucza odbycia posiedzenia jawnego (art. 148 § 2 k.p.c.).

Do możliwych rozstrzygnięć należą, podobnie jak w przypadku zażalenia do sądu drugiej instancji, oddalenie zażalenia, zmiana zaskarżonego postanowienia (także przez jego uchylenie), oraz uchylenie postanowienia i przekazanie sprawy w tym zakresie do ponownego rozpoznania, bądź też umorzenie postępowania wywołanego wniesieniem zażalenia.

Sentencję postanowienia sądu rozpoznającego zażalenie, podobnie jak jego uzasadnienie, powinni podpisać wszyscy członkowie składu (art. 324 § 3 k.p.c. i art. 330 § 1 k.p.c.). Zgodnie z art. 397 § 2 k.p.c. w postępowaniu toczącym się na skutek zażalenia sąd uzasadnia z urzędu postanowienie kończące to postępowanie. W sprawach, w których zażalenie oddalono lub zmieniono zaskarżone postanowienie, pisemne uzasadnienie sporządza się

tylko wówczas, gdy strona zgłosiła wniosek o doręczenie postanowienia z uzasadnieniem. Ustawodawca powielił w tym zakresie niezbyt fortunną regulację zawartą w art. 387 § 1 k.p.c. Nie jest bowiem właściwe statuowanie zasady, w myśl której sąd z urzędu sporządza uzasadnienie orzeczenia, w sytuacji gdy wyjątki wskazane w przepisie zostały określone w taki sposób, że będą dotyczyły zdecydowanej większości orzeczeń.

Na koniec należy postawić sobie pytanie, czy postanowienie sądu pierwszej instancji rozpoznającego zażalenie zawsze staje się prawomocne z chwilą wydania. Zgodnie bowiem z art. 363 § 2 k.p.c., mimo niedopuszczalności odrębnego zaskarżenia nie stają się prawomocne postanowienia podlegające rozpoznaniu przez sąd drugiej instancji, gdy sąd ten rozpoznaje sprawę, w której je wydano. Jak wynika z kolei z art. 380 k.p.c. Sąd drugiej instancji, na wniosek strony, rozpoznaje również te postanowienia sądu pierwszej instancji, które nie podlegały zaskarżeniu w drodze zażalenia, a miały wpływ na rozstrzygnięcie sprawy.

Nie budzi wątpliwości, że orzeczenie wydane w trybie art. 394^{1a} § 1 k.p.c. jest postanowieniem sądu pierwszej instancji. Jakkolwiek w przypadku oddalenia zażalenia można wskazać, że w mocy pozostaje zaskarżone postanowienie, które podlegało zaskarżeniu w drodze zażalenia (co wyklucza stosowanie art. 380 k.p.c.), to nie sposób przyjąć że podobny przypadek zachodzi, gdy sąd pierwszej instancji rozpoznając zażalenie zmienia zaskarżone orzeczenie.

Przykładowo chodzi tu o zmianę zaskarżonego postanowienia o uwzględnieniu opozycji, przez oddalenie opozycji przeciwko wstąpieniu interwenienta ubocznego do procesu. Strona przeciwna do tej, na rzecz której działał interwenient, ma interes prawny w kwestionowaniu jego czynności, które mogły mieć wpływ na sposób rozstrzygnięcia sprawy co do istoty.

Przypadkiem podlegającym kontroli w ramach art. 380 k.p.c. może być też wydanie przez sąd pierwszej instancji postanowienia co do zażalenia na jedno z rozstrzygnięć wskazanych w art. 394 § 1 k.p.c., wbrew określonej w tym przepisie właściwości. Takie sytuacje będą jednak występowały skrajnie rzadko bądź w ogóle.

Może budzić wątpliwości, czy umożliwienie rozpoznania tych samych kwestii w tym samym postępowaniu niejako po raz trzeci, było objęte zamiarem ustawodawcy. Taka konstatacja nie jest jednak zaskakująca przy obecnym stopniu złożoności procedury cywilnej, gdzie jakakolwiek ingerencja w treść pojedynczego przepisu nieczęsto pozwala na klarowną ocenę wpływu tej zmiany na interpretowanie innych norm prawnych.

Complaints with a differently composed court of first instance in civil proceedings

Abstract

This contribution discusses issues arising out of the possibility of filing complaints with courts of first instance under the Law of 4 July 2019 on Amendments to the Act – Code of Criminal Procedure and some other acts. Filing such complains raises many controversies in practice as proved by a large number of legal issues brought by common courts to the Supreme Court for settlement. Steps in a complaint procedure are discussed, with differences between complaints with a court of first instance and classic devolutive complaints indicated. An attempt is also made to clarify doubts that have arisen so far about practical application of the measure concerned.

Określenie zakresu następstw wynikających z zachowania podmiotu, czyli problematyka przyczynowości w brytyjskim i amerykańskim prawie karnym

Streszczenie

Przedmiotem analizy w niniejszym artykule jest kryterium oceny zachowania ludzkiego jako przyczyny stanowiącej podstawę odpowiedzialności karnej w wybranych państwach wspólnoty common law czyli tzw. zasada cienkiej czaszki (ang. thin skull rule). Instytucję tę określa angielska sentencja: take your victim as you find him oznaczająca, że sprawca „bierze” swą ofiarę ze wszystkimi jej przypadłościami o charakterze fizycznym lub psychicznym, a zarazem ponosi pełną odpowiedzialność nie tylko za zwykłe następstwa swojej aktywności, ale również za wszelkie trudne do przewidzenia konsekwencje popełnionego czynu zabronionego. Z uwagi na fakt, że zarówno w Wielkiej Brytanii jak i Stanach Zjednoczonych precedens posiada, co do zasady, moc wiążącą de iure autorka przeanalizowała także konkretne judykaty sądowe, w których zasada ta znalazła zastosowanie¹.

Wstęp

Kluczową zasadą prawa karnego w państwach demokratycznych jest ponoszenie odpowiedzialności karnej wyłącznie za własną aktywność, jej zaniechanie lub ich następstwa. Celem niniejszego artykułu jest zwrócenie uwagi na trudności istniejące przy ustalaniu relacji sprawstwa oraz analiza wiodącej, a zarazem niezwykle interesującej teorii dotyczącej skutku, występującej w precedensowej nauce prawa karnego. Dla uporządkowania dalszych analiz warto już na wstępie podkreślić, że w perspektywie analitycznej zostaną uwzględnione doktryna oraz orzecznictwo brytyjskie i amerykańskie, a spostrzeżenia przedstawicieli jurysprudencji i judykatury innych państw systemu *common law* będą przytaczane jedynie wtedy, gdy stanowić to będzie szczególnie istotny kontekst analizowanych zagadnień. Ograniczenie

¹ Możliwość zmiany precedensu może nastąpić w drodze unieważnienia (ang. *overruling*) przez konkretny sąd lub jego wyróżnienia (ang. *distinguishing*), ze względu na różnice stanów faktycznych – przyp. Autorki.

perspektywy badawczej wyłącznie do Wielkiej Brytanii i Stanów Zjednoczonych wynika przede wszystkim z faktu, że to w tych krajach w największym stopniu rozwinęły teoretycznoprawne zagadnienia tej koncepcji oraz że do rozstrzygnięć brytyjskich i amerykańskich sądów bardzo często odwołują się przedstawiciele wymiaru sprawiedliwości innych państw.

Jednocześnie autorka odstępuje od rekonstruowania założeń obowiązujących na gruncie polskiego prawa karnego teorii związku przyczynowego, zostały one bowiem dogłębnie zbadane i przedstawione przez wybitnych przedstawicieli polskich nauk penalnych². Co więcej artykuły o tej problematyce były już publikowane na łamach „Prokuratury i Prawa”³.

Historia przyczynowości w systemie prawa *common law*

Zagadnienie, jakie skutki należy uznać za następstwa będące konsekwencją zachowania podmiotu, którego odpowiedzialność karna jest analizowana należy uznać za szczególnie skomplikowane zwłaszcza wówczas, gdy do skutku przestępnego dochodzi nie tylko ze względu na bezprawne zachowanie potencjalnego sprawcy, ale także w efekcie bezprawnego zachowania samego pokrzywdzonego lub osób trzecich.

Przed przystąpieniem do sedna omawianego zagadnienia, na samym wstępie należy poczynić niezbędne ustalenia terminologiczne. Otóż w precedensowym prawie karnym obowiązuje zasada odpowiedzialności delikto-

² Na temat teorii ekwiwalencji, adekwancji, relewancji, obiektywnego przypisania skutku czy warunku *sine equa non* interesująco piszą m.in.: J. Giezek, Przyczynowość oraz przypisanie skutku w prawie karnym, Wrocław 1994; M. Bielski, Kryteria obiektywnego przypisania skutku na tle współczesnej polskiej dogmatyki prawa karnego, (w:) P. Kardas, T. Sroka, W. Wróbel (red.), Państwo prawa i prawo karne. Księga Jubileuszowa Profesora Andrzeja Zolla, t. II, Warszawa 2012; L. Lerner, Zagadnienie związku przyczynowego w prawie karnym, Warszawa 1962; W. Świda, Uwagi o przyczynowości zaniechania, Państwo i Prawo 1957, nr 11; W. Wolter (red.), Związek przyczynowy w prawie karnym, Kraków 1953; W. Wolter, O tzw. przyczynowości zaniechania, Państwo i Prawo 1954, nr 10–11; W. Wolter, Błędne koło problematyki przyczynowości w teorii i praktyce prawa karnego, Państwo i Prawo 1964, nr 3; T. Kaczmarek, Wybrane aspekty ontologicznych i normatywnych podstaw przypisania skutku, (w:) J. Majewski (red.), Podstawy odpowiedzialności karnej za przestępstwo skutkowe, Kwartalnik Prawa Publicznego 2004, nr 4; R. Rabeiga, Związek przyczynowy, jako podstawowy warunek pozwalający na przypisanie odpowiedzialności sprawcy przestępstwa skutkowego – próba uporządkowania pojęć, Acta Iuris Stetinensis 2014, nr 8; R. Rabeiga, O zaniechaniu i usiłowaniu w kontekście mieszanej strony podmiotowej czynu zabronionego pod groźbą kary, Ius Novum 2011, nr 2.

³ Zob. m.in.: D. Czerwińska, Nauka o obiektywnym przypisaniu skutku w orzecznictwie Sądu Najwyższego i Sądu Apelacyjnego we Wrocławiu, Prokuratura i Prawo 2016, nr 2; P. Góralski, Związek przyczynowy w prawie karnym na tle orzecznictwa sądowego, Prokuratura i Prawo 2009, nr 6; Sz. Tarapata, Glosa do postanowienia Sądu Najwyższego z dnia 9 maja 2013 r., sygn. V KK 342/12, Prokuratura i Prawo 2014, nr 11–12.

wej, określanej mianem zasady cienkiej czaszki (ang. *thin skull rule*)⁴. Jej początki w zależności od źródeł są różnie określane, najczęściej jednak przyjmuje się, że wywodzi się ona z prawa deliktowego, które rozwijało się w Anglii zarówno w trakcie, jak i po okresie średniowiecza (ang. *Middle Ages*). Zgodnie z tym założeniem najstarszych materiałów należy poszukiwać wśród spisanych w szóstym wieku dekrétów króla Wesseks, a zarazem pierwszego arcybiskupa Anglii Ethelberta. Egzemplum stanowi tutaj treść jednej z regulacji, w myśl której „Jeśli zewnętrzna osłona czaszki zostanie uszkodzona, konieczne jest wypłacenie 10 szylingów” (ang. *If the outer covering of the skull is broken, 10 shillings shall be paid as compensation*), jeśli zaś „(...) uszkodzeniu ulegnie zarówno skóra głowy jak i czaszka to konieczne będzie wypłacenie 20 szylingów” (ang. *If both (the scalp and skull) are broken, 20 shillings shall be paid as compensation*)⁵.

Co ciekawe i znamienne zasada ta pośrednio była także uregulowana w staroirlandzkim prawie *brehon*, określanym także mianem Kodeksu celtyckiego (ang. *Celtic Code*) i obowiązującym na Szmaragdowej Wyspie na długo przed wprowadzeniem chrześcijaństwa. Sformułowane w nim roszczenia deliktowe opierały się na założeniu, że osoba okaleczona, która ostatecznie odzyskała sprawność cielesną, w przypadku ponownego ataku nie mogła być traktowana w sposób odmienny od innych, niezranionych uprzednio ofiar⁶. Co więcej sprawca uszkodzenia pozbawiony był możliwości dowodzenia, że poszkodowany stanowił tzw. uszkodzony artykuł (ang. *damaged article*)⁷. W kolejnych fragmentach akcentowano, że odpowiedzialność deliktowa opiera się na istnieniu określonego stanu fizycznego u powoda, który jest nieznanym oskarżonemu i w zasadzie niemożliwy do poznania.

W epoce Oświecenia (ang. *Enlightenment*) bezpośrednio zwracano już uwagę, że naruszenie ciała, a więc dokonanie jakiegokolwiek fizycznej ingerencji w stosunku do ciała innej osoby z założenia musi mieć charakter bezprawny. Za niezbędne uznawano też zaistnienie związku przyczynowego (ang. *proximate cause*) między zachowaniem pozwanego a szkodą poniesioną przez powoda. Z kolei w przypadku niedbalstwa (ang. *negligence*) to

⁴ Inne określenie wykorzystywane w doktrynie to zasada kruchej skorupki jajka (ang. *egg – shell skull rule*). Warto również wspomnieć, że niektóre założenia tej koncepcji dostrzegalne nie tylko w prawie precedensowym, ale także w prawie francuskim, greckim czy austriackim. Zob. szerzej: C. Nelson, Of Eggshells and Thin – skulls: A Consideration of Racism – Related Mental Illness Impacting Black Woman, *International Journal of Law and Psychiatry* 2006, nr 29, s. 112–115.

⁵ F. Attenborough, *The Laws of the Earliest Kings*, Cambridge 1927, s. 4 i nn. Zob. też *Smith v. London & South. Western Railway Company*, L.R. 6 C.P. 14, 1870, (w:) A. L. Goodheart, *The Brief Life Story of the Direct Consequence Rule in English Tort Law*, *Virginia Law Review* 1967, Vol. 53, No 4, s. 859.

⁶ *Ibidem*.

⁷ S. Bryant, *Liberty, Order & Law under Native Irish Rule: A Study in the Book of the Ancient Laws of Ireland*, Dublin 2012, s. 218 i nn.

sąd był zobowiązany do stwierdzenia, że doszło do naruszenia obowiązku przez pozwanego, co w rezultacie doprowadziło zarówno do faktycznej jak i bezpośredniej szkody oraz pogorszenia stanu zdrowia. Sposób weryfikacji, czy zaistniało naganne przyczynienie się określonego sprawcy do zrealizowania przezeń znamion konkretnego typu czynu zabronionego pod groźbą kary dobrze obrazuje też treść przysięgi, którą zmuszony był on złożyć w sądzie, by uniknąć odpowiedzialności karnej. Zobowiązywała ona oskarżonego do złożenia przyrzeczenia, że nie uczynił niczego by denat znalazł się „bliżej śmierci lub dalej życia” (ang. *nearer to death or further from life*)⁸.

Niezależnie od powyższego trzeba mieć świadomość faktu, że przez wieki owe bezwarunkowe rozszerzanie odpowiedzialności karnej miało w ogromnej mierze charakter intuicyjny i dopiero z upływem czasu i pojawieniem się nowej klasyfikacji czynów niedozwolonych odpowiedzialność na zasadzie ryzyka zwanej także odpowiedzialnością ścisłą (ang. *strict liability*) została uzupełniona i zastąpiona czynami zabronionymi umyślnymi i nieumyślnymi (ang. *intentional and unintentional negligence tort*).

Współczesne elementy zasady cienkiej czaszki i teorie przyczynowości w precedensowym prawie karnym

Współcześnie w brytyjskiej i amerykańskiej doktrynie prawa karnego przyjmuje się, że zasada cienkiej czaszki to reguła ogólna ustanawiająca odpowiedzialność za szkodę wyrządzoną czynem własnym, zgodnie z którą sprawca dopuszczający się deliktu nie tylko ponosi odpowiedzialność za zwykłe następstwa swojej aktywności, ale także za jej niekiedy nawet niemożliwe do przewidzenia konsekwencje⁹. Warto przy tym zastrzec, że w obu krajach brak jest podstawy prawnej dla funkcjonowania tej zasady, a jej obowiązywanie wynika z normy zwyczajowej wypracowanej przez orzecznictwo sądowe. Trzeba przy tym także pamiętać, że zgodnie z obowiązującą w obu państwach zasadą *stare decisis* pierwsze orzeczenie wydane w konkretnej sprawie z zasady stanowi źródło normy wiążącej określone sądy na przyszłość.

Kluczowym elementem dla przypadków odpowiedzialności deliktowej w prawie precedensowym jest przede wszystkim fakt, że „człowiek działa na własne ryzyko” (ang. *a man acts at his peril*)¹⁰. W praktyce oznacza to, że

⁸ Cyt. za: H. J. Abraham, *The Judicial Process*, Oxford 1998, s. 18.

⁹ W opinii wybitnego znawcy angielskiego prawa Williama Searle’a Holdswortha regulacje te były niezwykle surowe i w większości opierały się na zasadach odpowiedzialności ścisłej (ang. *strict liability approach*). To z kolei sprawiało, że odpowiedzialność karna znacząco wykraczała poza bezpośrednie konsekwencje jakiegokolwiek domniemanego zaniedbania (ang. *the proximate consequence of any supposed negligence*). S. Holdsworth, *A History of English Law*, Volume VIII, London 2018, s. 123.

¹⁰ *Ibidem*, s. 124.

sprawca ponosi odpowiedzialność karną bez względu na to, czy chciał swoim działaniem wywołać określone konsekwencje oraz czy mógł je przewidzieć. Co więcej, w myśl powszechnie cytowanej sentencji, zgodnie z którą sprawca deliktu „bierze swą ofiarę ze wszystkimi jej przypadłościami” (ang. *take your victim as you find him*) ponosi on odpowiedzialność także wtedy, gdy ofiara ta okazała się być wyjątkowo podatna na różnego rodzaju krzywdy czy zranienia. Źródłem owej delikatności może być zarówno przyczyna medyczna mająca odzwierciedlenia w fizycznej słabości, ale także społeczna, ekonomiczna, rodzinna czy kulturowa. Metaforą owej słabości, a zarazem kwestią natury zasadniczej jest więc przytaczany już termin *thin skull* lub *egg shell* – *skull* czyli cienka czaszka lub skorupka jajka, obie jak wiadomo bardzo podatne na wszelkie wstrząsy i uszkodzenia. Innymi słowy zasada ta opiera się na dwóch fundamentach. Pierwszym z nich jest fizyczna lub psychiczna kondycja ofiary, drugim zaś określone zachowanie oskarżonego, w wyniku którego doszło do ciężkich fizycznych lub psychicznych obrażeń ofiary.

Zasada ta też bardzo często jest tłumaczona przy pomocy metafory autorstwa amerykańskiego specjalisty z zakresu prawa deliktowego, Williama Loyda Prossera. Jego zdaniem działa ona niczym magiczny krąg (ang. *magic circle*), który otacza konkretną osobę. Każdy kto go złamie nawet poprzez jej najdrobniejsze zranienie staje się odpowiedzialny za wszelkie wynikające z tego tytułu szkody. Co więcej oskarżony ponosi też odpowiedzialność, gdy jego bezprawna aktywność godzi w ukrytą kondycję fizyczną ofiary, taką jak ciąża czy choroby towarzyszące i powoduje konsekwencje, których racjonalnie nie był w stanie przewidzieć. Jako przypadkowe przestępstwa materialne dokonane przez działanie oraz zaistnienie w nich skutku sprawstwa jurysta wymienia m.in. takie stany faktyczne, jak zaistnienie trwałego kalectwa u osoby cierpiącej na tak dalece posuniętą słabość kręgosłupa szyjnego, że nawet drobna kolizja drogowa skutkuje całkowitym paraliżem. Przytacza on także kazus klientki sklepu spożywczego z wrodzoną wadą serca, która na skutek potknięcia się na mokrych schodach doznaje trwałego unieruchomienia. Podaje przykład cierpiącego na gruźlicę pasażera, który lekceważąc swój stan zdrowia udaje się podróż pociągiem i w ten sposób zaraża innego mężczyznę, który w wyniku przebytego schorzenia cierpi na impotencję. Innym akademickim przykładem często przytaczanym w literaturze przedmiotu jest sytuacja w której osoba cierpiąca na hemofilię pomimo niewielkiego zranienia umiera z powodu znacznego upływu krwi¹¹.

¹¹ Zob. W. L. Prosser, *The Law of Torts*, Berkeley 1987, s. 363 i nn. Warto w tym miejscu podkreślić, że zasadę cienkiej czaszki należy odróżnić od dwóch innych, pozornie podobnych a jednak odmiennych reguł. Pierwsza z nich określana jest mianem „niechlujnego milionera” (ang. *Shabby Millionaire Rule*), a najlepiej obrazuje ją przykład, w którym sprawca zabija przypominającego pracownika fizycznego milionera, czym naraża jego rodzinę na dotkliwe skutki także w sferze majątkowej. W konsekwencji ponosi odpowiedzialność za

W charakterze ogólniejszego spostrzeżenia warto w tym miejscu zaznaczyć, że praktyka amerykańskiego systemu sprawiedliwości dowodzi, że wyprowadzone z systemu precedensów sądowych zasady dotyczące reguły cienkiej czaszki są raczej nieliczne, a regułę tę stosuje się dość intuicyjnie. Słuszność tego przekonania obrazuje także wyrok amerykańskiego Sądu Najwyższego (ang. *Supreme Court*) w stanie Iowa, który miał stwierdzić, że zasada cienkiej czaszki jest zakorzeniona w podstawowych, choć niesformułowanych amerykańskich pojęciach sprawiedliwości (ang. *it is rooted in one of our basic, if unarticulated, notions of fairness*)¹². Analogicznie jest także w Wielkiej Brytanii, w której centralną rolę w kształtowaniu prawa i wpływania na indywidualną politykę karną państwa sprawuje rozstrzygający *in concreto* sędzia.

Niezależnie od powyższego z analizy brytyjskich i amerykańskich akt sprawy, w których znalazła zastosowanie tytułowa metoda, wynika że jej zasadność ma być konsekwencją kilku przesłanek¹³. Pierwsza z nich jest pochodną faktu, że gdyby obrona mogła się powoływać na osobiste predyspozycje zdrowotne powoda to „otworzyłoby to pole do różnego rodzaju spekulacji oraz masowego przedstawiania dowodów eksperckich, a w konsekwencji do zamieszania i szeregu wątpliwości natury naukowej i filozoficznej. Skutkować by to również mogło stawianiem wielu, nie zawsze uzasadnionych pytań (ang. *a field would be opened for speculation and expert evidence, which would lead to confusion and doubt; which would travel into scientific, philosophical and theoretical questions without limit, and which would be a source of great expense*). Krytycznie oceniono także oczywisty w tej sytuacji i znaczący wzrost kosztów postępowania sądowego¹⁴.

Kolejny zarzut dotyczyć miał faktu, że każda z osób faktycznie cierpiących z powodu swych predyspozycji fizycznych lub psychicznych lub też je-

wszystkie rezultaty, które spowodował niezależnie od tego, jak zakwalifikował ofiarę i jej status społeczny. Druga z zasad określana jest mianem „prawdziwej wartości” (ang. *True Value Rule*) i polega na odrzuceniu przewidywania jako elementu identyfikującego szkody, które mogą zostać zrekompensowane. Podsumowując, odmienność zasady „niechlujnego miliona” oraz „prawdziwej wartości” od „zasady cienkiej czaszki” polega na tym, że te dwie pierwsze dotyczą nie tyle „odpowiedzialności za nieoczekiwane konsekwencje lecz nieoczekiwany koszt oczekiwanych konsekwencji” (ang. *not with responsibility for unexpected consequences, but for the unexpected cost of expected consequences*). Cyt. J. G. Fleming, *Law of Torts*, Cambridge 1992, s. 350.

¹² Zob. *Allison v. The C. & N.W. R. Co.*, 42 Iowa 274, 281 (1875), (w:) G. L. Bahrm, B. N. Graham, *The Thin Skull Plaintiff Concept: Evasive or Persuasive*, *Loyola of Los Angeles Law Review*, s. 415.

¹³ Analiza ta została przeprowadzona przez wybitnego amerykańskiego kranistę Georga Philmona Voorheisa. Zob. szerzej: G. P. Voorheis, *A Treatise on the Law of the Measure of Damages for Personal Injuries. Including Suggestions on Pleading, Evidence, and Province of Court and Jury. Applicable to the Trial of This Class of Cases*, New York, s. 272–273.

¹⁴ *Ibidem*, s. 274.

dynie podejrzewana o ich występowanie mogłaby być narażona na pewnego rodzaju ostracyzm w obszarze podejmowanej przez siebie działalności gospodarczej, handlowej i zawodowej. To by też mogło skutkować zapewnieniem ochrony i bezpieczeństwa w mniejszym stopniu, niż w przypadku osoby w pełni zdrowej (ang. *Any person possessing or susceptible to these conditions would be subjected to greater embarrassment and apprehension in pursuing his business, trade or profession with their necessary effects, and to less consideration and protection in his person than his more fortunate neighbor*)¹⁵.

Trzeci z przytaczanych argumentów dotyczył faktu, że zapewnienie dodatkowej opieki czy też zagwarantowanie adekwatnych środków ostrożności tym osobom byłoby bardzo często niemożliwe. Problemem w tym obszarze miałyby być nie tylko znaczne koszty finansowe, ale też brak świadomości tychże osób na temat własnej podatności na szeroko rozumiane zranienia.

Zastosowanie zasady cienkiej czaszki wymusza, by przy ustalaniu więzi kauzalnej pomiędzy zachowaniem się sprawcy a skutkiem stanowiącym jedno ze znamion czynu zabronionego doszło do sprawdzenia, czy występuje między nimi związek przyczynowo-skutkowy. Termin ten jest na gruncie prawa anglosaskiego definiowany jako takie działanie lub zaniechanie sprawcy, które uznaje się za bezpośrednią i nieprzerwaną konsekwencję obrażeń cielesnych lub szkód psychicznych ofiary. Nie zmienia to faktu, że w sprawach tego typu pozwani często usiłują wykazać, że to dotychczasowy styl życia ofiary lub udział innych osób wpłynął niekorzystnie na jej stan psychiczny lub fizyczny, co przerwało łańcuch przyczynowy¹⁶.

Co istotne i znamienne czyn sprawcy nie musi być wyłączną przyczyną skutku należącego do znamion przestępstwa, a wystąpienie innych warunków nie wyklucza przyczynowości także wówczas, gdyby ich rola była istotna. Znaczenie ma natomiast, by działanie lub zaniechanie sprawcy stanowiło przynajmniej wystarczającą przyczynę przestępnego rezultatu.

Przy ocenie, czy zachowanie się podejrzanego pozostaje w łańcuchu przyczynowym z wywołanym skutkiem brytyjskie i amerykańskie sądy stosują zazwyczaj zdroworozsądkowe metody i w pierwszym etapie najczęściej skupiają się na płaszczyźnie normatywnej. Mimo to w anglosaskiej tradycji doktrynalnej istnieje kilka metod kazualnych. Najbardziej rozpowszechniona i zazwyczaj dominująca metoda ustalania relacji przyczynowych określana

¹⁵ *Ibidem*.

¹⁶ Zob. szerzej: R. A. Mikos, "Eggshell" Victims, Private Precautions, and the Societal Benefits of Shifting Crime, *Michigan Law Review* 2006, Volume 105, Issue 2, s. 313 i nn.; por. też J. Stanley McQuade, The Eggshell Skull Rule and Related Problems in Recovery for Mental Harm in the Law of Torts, *Campbell Law Review* 2001, Volume 24, Issue 1, s. 2–6 oraz J. Elvin, Causation and Legal Responsibility: 'Take Your Victim as You Find Him'? https://www.jerseylaw.je/publications/Documents/loLJournal/2017_1/CausationLegalResponsibility.pdf, dostęp: 27 lipca 2020 r.

jest mianem „gdyby nie” (ang. *but for*). Podstawowe pytanie w jej przypadku brzmi: czy zaistniałoby X, gdyby wystąpiło Y? (ang. *but for the existence of X would Y have occurred?*). W przypadku gdy odpowiedź na tak sformułowane pytanie jest twierdząca to przyjmuje się, że czynnik X jest rzeczywistą przyczyną rezultatu Y. Innymi słowy w celu ustalenia, czy konkretne zaniechanie (ang. *negligence*) lub zachowanie pozwanego (ang. *defendant's conduct*) można i należy uznać za początkowe ogniwo łańcucha przyczynowego konieczne jest, by zaistniało jego naganne przyczynienie się do zrealizowania znamion typu czynu zabronionego. Do stwierdzenia takiego związku niezbędnym jest również, by miał on cechy stosunku sprawstwa i by sprawstwo to miało charakter społecznie niebezpieczny. Akademickim przykładem obrazującym to zagadnienie jest sytuacja, w której kierujący zapanowałby nad pojazdem, a tym samym nie doszłoby do wypadku komunikacyjnego, gdyby jednocześnie nie przekroczył w sposób znaczący prędkości jazdy. Ponieważ jednak tak uczynił, to ponosi on odpowiedzialność za uszkodzenie ciała ofiary. Odpowiedzialność tę ponosi także wówczas, gdy pokrzywdzony cierpi na takie schorzenie fizyczne lub umysłowe, którego istnienie spowodowało powyższą szkodę. Zasada „gdyby nie” ma więc charakter wykluczający w tym sensie, że przyczyną następstwa będzie każdy warunek, którego hipotetyczna eliminacja spowoduje wykluczenie następstwa w jego konkretnej postaci. To z kolei przesądza, że test ten bywa niekiedy dość mocno krytykowany. W doktrynie i judykaturze często podkreśla się, że ten rodzaj wartościowania nie zawsze ma zastosowanie z uwagi na istnienie niejednoznacznych relacji między działaniami (ang. *tenuous relations between action*), a tym samym trudności przy wyjaśnieniu i uzasadnieniu powiązań kauzalnych. Metoda ta bywa także krytykowana z powodu niesprawiedliwego nałożenia ciężaru odpowiedzialności za szkodę na sprawcę (ang. *overcausation*)¹⁷.

W celu rozwiązania tych wątpliwości niektóre sądy przy posługiwaniu się metodą „gdyby nie” weryfikują, czy w aktywności przestępnej sprawcy wystąpił tzw. istotny czynnik (ang. *substantial factor*), czy też nie. Jego istnienie uznaje się bowiem za warunek konieczny pociągnięcia sprawcy do odpowiedzialności karnej, chyba że oskarżony podniesie skuteczną obronę (ang. *sufficient defense*), by obalić te zarzuty.

Za metodę uzupełniającą uznaje się też test prawdopodobieństwa przeżycia (ang. *likelihood of survival test*), czyli sytuację w której badane jest, czy działania pozwanego przyczyniły się do zmniejszenia szans ofiary na przeżycie. W przypadku udzielenia odpowiedzi twierdzącej oskarżonego uznaje

¹⁷ Zob. szerzej: S. P. Calandrillo, D. E. Buehler, Eggshell Economics: A Revolutionary Approach to Eggshell Plaintiff Rule, “University of Washington School of Laws” UW Law Digital Commons 2013, <https://digitalcommons.law.uw.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1129&context=faculty-articles>, s. 408–421. Zob. też “But for” Rule Legal Dictionary <https://legal-dictionary.thefreedictionary.com/%22But+for%22+Rule>, dostęp: 25 lipca 2020 r.

się za winnego popełnienia przestępstwa. Jeszcze innym elementem jest tzw. teoria przyspieszenia (ang. *acceleration theory*), polegająca na zbadaniu, czy w wyniku działania sprawcy do śmierci ofiary doszłoby wcześniej niż gdyby aktywność ta nie miała miejsca.

Kolejna koncepcja kauzalna określana jest mianem warunku koniecznego (łac. *conditio sine qua non*), który analogicznie jak w Polsce polega na przeprowadzaniu w toku analizy konkretnego stanu faktycznego procesu wartościowania zdarzeń i zachowań, które miały wpływ na powstanie danego skutku. Zazwyczaj przyjmuje to formę weryfikacji, jakie zachowanie stanowiło niezbędny warunek określonego następstwa. Formuła warunku *sine equa non* nie opiera się jednak wyłącznie na stwierdzeniu istnienia więzi przyczynowej, ale także zaistnienia czynu w rozumieniu karnoprawnym, czyli zachowania społecznie szkodliwego, a zarazem zabronionego przez prawo karne oraz przeanalizowanie alternatywnych przebiegów kauzalnych. W przypadku przeprowadzenia procesu myślowego i stwierdzenia, że zachowanie konkretnej osoby pozostaje w łańcuchu przyczynowym z wywołanym skutkiem, wówczas niezależnie od pozostałych zdarzeń także zaliczanych do warunków danego skutku, analizowane zachowanie jest postrzegane jako jego przyczyna. Ujmując rzecz krócej i prościej będzie to każdy warunek skutku, którego wyeliminowanie bez jednoczesnego wyeliminowania skutku nie będzie możliwe¹⁸.

Warto w tym miejscu wspomnieć, że w zasadzie jedynym odstępstwem od zasady cienkiej czaszki jest tzw. *novus actus interveniens*, określany także mianem „zerwania łańcucha” (ang. *breaking the chain*). Polega on na tym, że nawet jeśli możliwe jest wykazanie, że pozwany (ang. *defendant*) dopuścił się złamania przepisów prawnych lub też naruszenia swoich obowiązków czy niedbalstwa, to jednak skarżący (ang. *claimant*) mógł podjąć się takich czynności sprawczych, w efekcie których niezależnie od naruszenia obowiązków pozwanego i tak doszłoby do powstania szkody. Słuszność tego przekonania potwierdza m.in. wyrok w sprawie R v. Jordan z 1956 r.¹⁹ W przytoczonym stanie faktycznym ofierze zadano dotkliwe rany klute w następstwie czego trafiła ona do szpitala. Tam zaś podano jej silny antybiotyk o nazwie terramycyna (łac. *terramycin*), na który – jak się później okazało – mężczyzna miał silną alergię. Dodatkowo prowadzący go lekarze podali mu nadmierne ilości płynów dożylnych, które zalały płuca ofiary. W wyniku ewidentnych błędów lekarskich pokrzywdzony dostał zapalenia płuc i osiem dni po przyjęciu do szpitala zmarł. W wyniku przeprowadzonej autopsji okazało się, że w okresie tuż poprzedzającym śmierć rany zadane mu nożem przez sprawcę zaczynały się goić. Decyzją sędziego ofiara zmarła z powodu ewi-

¹⁸ Zob. C. Elliot, F. Quinn, Tort Law, Cambridge 2007, s. 327 i nn.

¹⁹ R. v. Jordan (1956) 40 Cr App E 152, <https://www.scribd.com/doc/128646170/R-v-Jordan-1956>, dostęp: 20 lipca 2020 r.

dentnych błędów lekarskich, które uznano za przerwanie łańcucha przyczynowego. Sprawca napaści nie został natomiast pociągnięty do odpowiedzialności karnej z powodu zabójstwa.

Analiza brytyjskiej i amerykańskiej linii orzeczniczej jako przykład praktycznego zastosowania instytucji

Z uwagi na fakt, że orzeczenia sądów stanowią w przypadku zasady cienkiej czaszki jedyne *de facto* źródło norm prawnych ustanowionych w powiązaniu z rozstrzygnięciem danej sprawy, warto w tym miejscu zwrócić uwagę na tok rozumowania i sposób dokonywania egzegezy, czy podmiot był sprawcą skutku stanowiącego znamię typu czynu zabronionego opisanego w ustawie karnej, czy też nie.

Pierwszym przykładem może być orzeczenie wydane przez brytyjską Ławę Sadu Najwyższego (ang. *High Court King's Bench Division*) w sprawie *Dulieu v. White* z 1901 roku²⁰. W realiach omawianej sprawy ciężarna powódka pracowała za barem w tawernie prowadzonej przez swojego męża, zaś jadący wozem oskarżony nie zapanował nad koniem i wjechał w drzwi tego portowego lokalu. Kobieta choć nie doznała żadnych fizycznych obrażeń to jednak z powodu ogromnego przerażenia i szoku przedwcześnie urodziła dziecko, które w następstwie swego wcześniactwa do końca życia pozostało niepełnosprawne intelektualnie.

Pomimo szeregu wątpliwości dotyczących kwalifikacji prawnej czynu oskarżonego ostatecznie sędzia J. Kennedy miał stwierdzić, że w sytuacji w której strach wywołał naturalne i bezpośrednie skutki fizyczne analogiczne do tych, które najpewniej wystąpiłyby przy tradycyjnym użyciu przemocy zastosowanie winna mieć ta sama kwalifikacja prawna. Jednocześnie jurysta zastrzegł, że nie każdy szok nerwowy można w sensie prawnym uznać za przyczynę określonego skutku. Warunkiem koniecznym dla takiej subsumpcji musi być bowiem sytuacja, w której szok ten był efektem w pełni uzasadnionego lęku przed doznaniem szkody (ang. *The shock, where it operates through the mind, must be a shock which arises from a reasonable fear of immediate personal injury to oneself*)²¹.

Podobna do powyższej teza została zawarta w wyroku sądu amerykańskiego z 1892 roku w sprawie *Purcell v. St. Paul City Railway*²². Stan faktyczny był bardzo zbliżony i dotyczył ciężarnej kobiety podróżującej tramwa-

²⁰ *Dulieu v. White* (1901) 2 KB 669 <https://www.bailii.org/ew/cases/EWHC/KB/1901/1.html>, dostęp: 20 lipca 2020 r.

²¹ Cyt. za: *Ibidem*.

²² *Purcell v. St. Paul City Railway* 48 Minn. 134, 50 N.W. 1034 (1892), (w:) F. J. Vandall, E. Wertheimer, M. C. Rahdert, *Torts: Cases and Problems*, Durham 2018, s. 160 i nn.

jem, która na skutek kolizji drogowej doznała tak silnego szoku psychicznego i drgawek, że przedwcześnie urodziła. Z powodu wcześniactwa dziecko nigdy nie osiągnęło tego stopnia rozwoju, co jego rówieśnicy. Na mocy decyzji sądu spółka kolejowa, w której zatrudniony był przewoźnik została zobowiązana do wypłacenia odszkodowania z tego tytułu. Z kolei podniesione przez obronę zarzuty, w myśl których wypłata odszkodowania nie była uzasadniona albowiem powódka miała być szczególnie podatna na doznanie szkody (ang. *because of the plaintiffs predisposition to injury was untenable*) uznano za oczywiście bezzasadne. Swe rozważania sędzia zakończył konstatacją, że argumentacja obrony jest równie irracjonalna co przekonanie, że przedmiotem ochrony prawnej jest wyłącznie zdrowie sprawnych i niecierpiących na żadne dolegliwości fizyczne ludzi²³. Analogicznie jak w pierwszym analizowanym wyroku sąd miał też uznać, że szok psychiczny może stanowić związek przyczynowy w rozumieniu prawnokarnym (ang. *Now if the fright was the natural consequences of was brought about caused by – the circumstances of peril and alarm in which defendants negligence placed plaintiff and the fright caused the nervous shock and convulsions and consequent illness the negligence was the proximate cause of those injuries*). Sędzia zaakcentował także koincydencję ciała i umysłu oraz zwrócił uwagę, że fizyczne obrażenia lub inne schorzenia mogą skutkować chorobami psychicznymi; z kolei szok psychiczny może przyczynić się do choroby ciała, a zwłaszcza układu nerwowego (ang. *The mind and the body operate reciprocally in each other. Physical injury or illness sometimes causes mental disease. A mental shock or disturbance sometimes causes injury or illness of body, especially of the nervous system*)²⁴.

Kolejnym dobrym przykładem jest *ratio decidendi* w sprawie Louisville & NA. Co. v. Jones w którym uznano, że bezprawne zachowanie sprawcy może pozostawać w normatywnym związku ze skutkiem przestępnym także wówczas, gdy jego wina ma charakter moralny, czy też szerzej nieumyślny (ang. *unifies jurisprudential philosophy with the common theme of moral culpability and innocence*)²⁵. W przytoczonym stanie faktycznym powód miał umrzeć na skutek odniesionych w wyniku wykolejenia pociągu obrażeń. Argumentacja obrony zmierzała do wykazania, że kluczowy dla zgonu męż-

²³ W tym celu przytoczył on anegdotę, w której opisał zaniedbania pracowników linii kolejowych, na skutek których doszło do pożaru lub zatonięcia w wagonach. Wszyscy podróżujący nimi pasażerowie z wyjątkiem jednego mieli być w pełni sprawni ruchowo. Tylko on jeden też z powodu swego upośledzenia miał się nie uratować i zginąć na miejscu. Przyjmując rekomendowaną przez pełnomocnika strony linię obrony można by więc domniemywać, że z uwagi na ową szczególną podatność na doznanie szkody ofiary, sprawcy zaniedbania nie mogliby zostać pociągnięci do odpowiedzialności karnej. Zob. szerzej: *ibidem*.

²⁴ Oba fragmenty za: *ibidem*, s. 161.

²⁵ Louisville N. R. Co. v. Jones, 99 So. 919 (Ala.1924) <https://www.courtlistener.com/opinion/3224282/louisville-n-r-co-v-jones/>, dostęp: 20 lipca 2020 r.

czyzny miał być fakt, że cierpiał on na zapalenie płuc, zaś jego organizm był poważnie osłabiony. Mimo to sąd *meriti* uznał, że istnienie związku przyczynowego między zaniedbaniem przewoźnika a przyspieszeniem śmierci powodą przesądza o pociągnięciu tego pierwszego do odpowiedzialności karnej. W podobnym duchu miał się też zresztą wypowiedzieć bardzo ceniony przedstawiciel brytyjskiej jurysprudencji, a zarazem autor jednego z pierwszych traktatów o prawie karnym Sir Matthew Hale. Skonstatował on, że nawet wówczas, że gdy powód cierpi na nieuleczalną chorobę i pozostało mu jedynie sześć miesięcy życia, lecz sprawca zrani go na tyle dotkliwie, że z powodu odniesionych obrażeń, przyspieszenia choroby czy też nagłego pogorszenia stanu zdrowia umrze wcześniej, to i tak powinien być pociągnięty do odpowiedzialności karnej z tytułu zabójstwa. Innymi słowy bez znaczenia jest fakt, że tożsamy skutek zostałby spowodowany w innym czasie i innych okolicznościach. Taki sam skutek, lecz później wywołany oznaczałby bowiem w praktyce zupełnie inny skutek. Konkludując, nawet w tak skomplikowanym i niejednoznacznym stanie faktycznym nie można uznać, że śmierć miała charakter *ex visitatione dei*²⁶

W judykaturze zwrócono także uwagę na kwestie przyczynowości zaniechania oraz źródeł obowiązku gwaranta nienastąpienia skutku. Świadczy o tym wyrok w sprawie *Walton v. Booth*²⁷. W realiach przytoczonej sprawy aptekarz nieopatrznie sprzedał ciężarnej kobiecie cyjanek zamiast gorzkiej soli (ang. *epsom salt*). Mężczyzna został pociągnięty do odpowiedzialności karnej nie dlatego, że działał w zamiarze zabójstwa kobiety, ale dlatego że nie wywiązał się z ciążącego na nim obowiązku zachowania „nadzwyczajnej ostrożności” (ang. *exceedingly cautions*).

Dla ilustracji omawianego problemu można także odwołać się do analizy dokonanej przez brytyjski sąd apelacyjny (ang. *England and Wales Court of Appeal. Criminal Division*) w sprawie *R. v. Blaue* z 1975 roku²⁸. W przytoczonym stanie faktycznym sprawa pierwotnie toczyła się przed sądem koronnym w Teesside (ang. *Teesside Crown Court*). Wnoszący odwołanie został uniewinniony od zarzutu morderstwa Jacolyn Woodhead, ale skazany za nieumyślne spowodowanie śmierci w warunkach ograniczonej poczytalności (ang. *manslaughter on the ground of diminished responsibility*). Postawiono mu też zarzut spowodowania ciężkiego uszczerbku na zdrowiu (ang. *grievous bodily harm*) oraz napaści seksualnej (ang. *indecently assaulting*)

²⁶ M. Hale, W. Axton Stokes, S. Emlyn, *Historia Placitorum Coronae. The History of the Pleas of the Crown*, Volume I, Oxford 2018, s. 428.

²⁷ *Walton v. Booth* 34 La. Ann. 913 (1882), (w:) *Tort Liability Without Privity—Installation of Imminently Dangerous Instrumentality Instrumental*, *Indiana Law Journal*, Volume 14, Issue 3, Article 10, s. 274.

²⁸ *R. v. Blaue* (1975) 61 Cr App R 271 <https://www.casemine.com/judgement/uk/5a8ff87860d03e7f57ec100c>, dostęp: 20 lipca 2020 r.

i skazano na dożywotnie pozbawienie wolności. Ofiarą mężczyzny była młoda, 18-letnia dziewczyna, będąca zarazem gorliwym wyznawcą Świadków Jehowy, żyjącym według surowych wskazań swych współwyznawców. W południe dnia 3 maja 1974 r. do jej domu wtargnął oskarżony, który chciał ją zmusić do odbycia stosunku seksualnego. Kobieta stawiała zdecydowany opór. Wówczas mężczyzna zaatakował ją nożem, zadając cztery poważne rany. Na skutek jednej z nich doszło do poważnego uszkodzenia płuca. Sprawca zbiegł z miejsca zdarzenia, zaś ciężko ranna kobieta wyszła przed dom by wezwać pomoc. Pogotowie wezwała sąsiadka, która zobaczyła ją leżącą przed domem. Po dotarciu do szpitala panna Woodhead trafiła na oddział intensywnej terapii. Po zbadaniu jej przez konsultanta chirurgicznego (ang. *surgical registrar*) uznano, że konieczna jest operacja. Z uwagi na fakt, że kobieta straciła dużo krwi, konieczna miała być też jej transfuzja. Ofiara jednak stanowczo sprzeciwiła się temu pomysłowi, twierdząc, że wyrażenie na nią zgody byłoby sprzeczne z wyznawaną przez nią wiarą. Mimo licznych ostrzeżeń ze strony personelu medycznego, że brak zgody doprowadzi do śmierci, kobieta uparcie twierdziła, że nie może postąpić wbrew istniejącym nakazom religijnym. Podpisała też wszystkie dokumenty, w których potwierdziła fakt, że jest świadoma ciężącego na niej ryzyka. Kilka godzin później zmarła. Podczas trwającej w sądzie pierwszej instancji rozprawy prokurator miał potwierdzić fakt, że z przeprowadzonych przez niego ekspertyz wynika, że gdyby do przetoczenia krwi doszło, to z dużym prawdopodobieństwem można by przyjąć, że kobieta żyłaby nadal. Nie ulegało też wątpliwości, że przy podejmowaniu tej decyzji była ona w pełni świadoma istniejącego ryzyka. Obrona oskarżonego twierdziła, że odmowa transfuzji krwi stanowiła klasyczny przykład *novus interveniens actus* czyli zerwania łańcucha przyczynowego między zranieniem kobiety nożem a jej śmiercią (ang. *the girl's refusal to have a blood transfusion had broken the chain of causation between the stabbing and her death*). W celu ułatwienia rozstrzygnięcia sędzia przytoczył też sprawę R. v. Holland z 1841 roku²⁹. Dotyczyła ona brutalnego napadu, w wyniku którego ofiara doznała bardzo poważnego urazu dłoni. Obawiając się powikłań chirurg polecił amputację palców. Ofiara nie wyraziła jednak na to zgody. Kilka tygodni później zmarła z powodu tężca (ang. *lockjaw*). Orzekający w sprawie sędzia J. Maule polecił przysięgłym rozstrzygnięcie, czy przyczyną śmierci ofiary była zadana jej przez sprawcę rana (ang. *whether in the end the wound inflicted by the prisoner was the cause of death*), czy brak zgody na imputację palców. Ostatecznie w sprawie tej zapadł wyrok skazujący, albowiem w myśl opinii cytowanego już M. Hale'a, sprawca, który wyrządził ofierze krzywdę, w następstwie której doszło do jej śmierci nie mógł usprawiedliwiać się tłumaczeniem, że mogłaby ona uniknąć

²⁹ R. v. Holland 2 M and R Ch. 351, (w:) *ibidem*.

śmierci, gdyby bardziej o siebie dbała (ang. *his victim could have avoided death by taking greater care of himself*)³⁰.

Sędziowie sądu drugiej instancji po rozpoznaniu apelacji obrońcy sprawy utrzymali w mocy zaskarżone orzeczenie, uznając wniesioną apelację za oczywiście bezzasadną. Lord Parker podkreślił w swym uzasadnieniu, że fizyczną przyczyną śmierci było krwawienie do jamy opłucnej, wynikające z penetracji płuc. Do zdarzenia tego nie doszło zatem w wyniku decyzji podjętej przez dziewczynę, ale rany klutej (ang. *he physical cause of death in this case was the bleeding into the pleural cavity arising from the penetration of the lung. This had not been brought about by any decision made by the deceased girl but by the stab wound*). Przywołano też uzasadnienie wspomnianego już Sir Matthew Halle'a i J. Maulla, w opinii których wszyscy ci, którzy stosują przemoc muszą brać ludzi takimi jacy oni są, nie tylko w rozumieniu fizycznym, ale też psychicznym (ang. *those who use violence on other people must take their victims as they find them. This in our judgment means the whole man, not just the physical man*). Za niedopuszczalne uznano również przytaczaną przez napastnika argumentację, że przekonania religijne ofiary, które powstrzymały ją od określonej reakcji były nieracjonalne. W uzasadnieniu wyroku utrzymano w mocy orzeczenie dotyczące odpowiedzialności oskarżonego za nieumyślne spowodowanie śmierci panny Woodhead. Stwierdzono również, że nawet uznanie za udowodnione tego, iż ofiara poprzez swój sprzeciw na przeprowadzenie transfuzji krwi pośrednio przyczyniła się do swojej śmierci nie wyłącza ani związku przyczynowego, ani odpowiedzialności oskarżonego za powstały skutek działania czyli jej śmierć.

Kolejnym interesującym przykładem może być też orzeczenie w sprawie R. v. Roberts z 1971 roku³¹: dotyczyła ona młodej, 21-letniej kobiety, która pod nieobecność swojego narzeczonego, amerykańskiego żołnierza, uczestniczącego w wojnie wietnamskiej, sama udała się na imprezę do amerykańskiej bazy żołnierzy w Lancashire. Tam też poznała późniejszego oskarżonego Kennetha Josepha Roberta, który około godziny 3 rano zaproponował jej by wspólnie udali się na kolejną imprezę do Warrington. Kobieta wyraziła zgodę i dobrowolnie wsiadła do jego samochodu. W czasie drogi zorientowała się jednak, że jadą w inną stronę. Mężczyzna miał jej wówczas powiedzieć, że zatrzymają się w Runcorn. Zaniepokojona tą odpowiedzią poprosiła go, by zatrzymał samochód. Mężczyzna miał to uczynić w pobliżu jakiegoś dużego toru żużlowego (ang. *cinder track*), a następnie rzucić się na nią. Przerażona ofiara błagała by ją zostawił, ten jednak nie słuchał i siłą usiłował zerwać z niej ubranie. Kobieta walczyła i próbowała wydostać się z samochodu, ale nie mogła otworzyć drzwi. W tym czasie

³⁰ Zob. M. H a l e, *Pleas of the Crown...*, op. cit., s. 427.

³¹ R. v. Roberts (1971) 56 Cr App R 95: <https://www.casemine.com/judgement/uk/5a8ff87960d03e7f57ec10d2>, dostęp: 20 lipca 2020 r.

sprawca miał jej w sposób niezwykle wulgarny wyjawic, że nie obawia się żadnych konsekwencji karnoprawnych, jako że kiedyś już dopuścił się napaści seksualnej na młodą kobietę i uniknął odpowiedzialności (ang. *He said that he had done this before and had got away with it and he started to pull my coat off. He was using foul language*). Gdy ponownie usiłował ją rozebrać miała ona złapać torebkę i wyskoczyć z jadącego samochodu. Następnie miała pobiec do leżącego w pobliżu domu, mężczyzna zaś odjechać z miejsca zdarzenia. Kolejne wydarzenia z tego dnia ofiara bardzo słabo pamiętała. Dopiero po czasie miała uświadomić sobie, że w domu tym zajęła się nią jakaś kobieta, która następnie wezwała pogotowie. Wkrótce potem ofiara została zabrana do szpitala, tam też była leczona z powodu wstrząśnienia mózgu oraz innych uszkodzeń ciała. Leczenie ambulatoryjne trwało trzy dni. Podczas zeznań na Policji kobieta miała twierdzić, że był to ostatni moment by się uwolnić i dlatego wyskoczyła (ang. *That was the last straw. I opened the car and jumped*). Panna Bell twierdziła także, że walczyła o własne życie (ang. *I was fighting for my life to get him off. He had hold of me while he was driving*). Na podstawie jej zeznań mężczyzna został oskarżony z art. 20 o spowodowanie obrażeń ciała z użyciem broni lub bez (ang. *inflicting bodily injury, with or without weapon*) oraz art. 47 o napad spowodujący faktyczne uszkodzenie ciała (ang. *assault occasioning actual bodily harm*) z ustawy przestępstwa przeciwko osobie z 1861 roku (ang. *Offences Against Person*)³². Sąd uniewinnił go jednak od zarzutu napaści seksualnej, mężczyzna bowiem twierdził, że nie napastował ofiary, zaś ich wyprawa do Runcorn w celu odbycia stosunku seksualnego miała charakter konsensualny. Jego zdaniem kobieta miała zmienić zdanie później (ang. *It's not like you say, all of it. She was game and led me on. Then she changed her mind and stopped*). Mężczyzna nie zgadzał się też z drugim zarzutem od którego wniósł apelację. Twierdził, że przyczyną jej nagłego wyskoczenia był spór między nimi, do którego doszło między innymi z powodu nazwania jej przez niego krową. W odpowiedzi na tę inwektywę kobieta miała go uderzyć, on zaś w celu odparcia ataku złapać ją za ramiona. Potem natomiast miała zupełnie bez uzasadnienia wyskoczyć z jadącego auta. (ang. *We were arguing. Of course, I was frustrated at being stepped when I was stepped but I had nothing really to do with her jumping out of the car. It was merely a result of a verbal battle between us. She suddenly opened the door and before I could do anything she had gone*). Zdaniem mężczyzny wpływ na to miał mieć również fakt pewnego upojenia panny Bell, która także w czasie podróży z nim samochodem miała pić dżin³³. Faktu upojenia nie potwierdziły badania lekarskie. Mimo to zdaniem obrońcy oskarżonego owo nieuzasadnio-

³² Offences Against the Person Act 1861, c. 100 (Regnal 24 and 25 Vic).

³³ W opinii Roberta kobieta nie była nietrzeźwa, lecz „wesola” (ang. *she was not drunk, although she had a certain amount to drink, but she was just "merry"*). Zob. *Ibidem*.

ne opuszczenie jadącego pojazdu przez ofiarę miało stanowić wspomniany już i w praktyce wyłączający odpowiedzialność karną domniemanego sprawcy *novus actus intervenience*.

Przedmiotem analizy w sądzie apelacyjnym było rozstrzygnięcie, czy oskarżony był winny napaści powodującej rzeczywiste obrażenia ciała. Niejako równolegle do rozważań na temat jego sprawstwa oceniano też, czy był on odpowiedzialny zarówno za prawne jak i faktyczne zranienia, do których doszło w wyniku opuszczenia przez ofiarę jadącego samochodu. Wątpliwości budziło również, czy sędzia procesowy słusznie polecił ławie przysięgłych, że mogą go uznać za winnego, o ile uznają że to jego działania spowodowały obrażenia ofiary oraz czy jej zachowanie było naturalną konsekwencją działań pozwanego. Apelacja skazanego została oddalona. Sędziowie przysięgli (ang. *jury*) mieli nie dać wiary tym tłumaczeniom. Zgodnie uznali, że trudno sobie wyobrazić by młoda i *de facto* trzeźwa kobieta mogła z powodu tak mało znaczącej sprzeczki wyskoczyć z jadącego samochodu, a następnie pobiec przed siebie i głośno, jak zeznali świadkowie, wzywać pomocy. Prokurator również nie miał wątpliwości, że bezpośredni wpływ na zachowanie ofiary miał mieć ten napad tj. fakt, że mężczyzna wbrew woli panny Bell zaczął ściągać z niej płaszcz oraz głośno mówił, co zrobił innej kobietom.

Sąd apelacyjny zwrócił też uwagę na okoliczności innych spraw, na kanwie których wyłonione zostały tożsame wnioski. Pierwsza z nich, *R. v. Lewis* z 1970 roku dotyczyła kobiety, która w obawie przed przemocą ze strony męża wyskoczyła z okna i dotkliwie się zraniła. Sprawca zaś został uznany za winnego popełnienia przestępstwa ciężkiego uszczerbku na zdrowiu (ang. *inflicting body injury*) stypizowanego w art. 20 ustawy o przestępstwach przeciwko osobie³⁴. Druga to *R. v. Beech* z 1912 roku, w której mężczyzna włamał się do domu swojej ofiary, która przerażona tym nagłym wtargnięciem wyskoczyła przez okno, doznając przy tym poważnych uszkodzeń ciała. Podstawą prawną skazania również był art. 20 cytowanej ustawy³⁵.

Orzekający w sprawie sędzia J. Darling, miał też zauważyć, że w analizowanej sprawie nikt nie może powiedzieć, że zachowanie ofiary nie było naturalną konsekwencją zachowania się sprawcy (ang. *No-one could say (...) that if she jumped from the window it was not a natural consequence of the prisoner's conduct*). Zdaniem jurysty truizmem jest twierdzenie, że kobieta dopuściła się tak desperackiego aktu w wyniku gróźb mężczyzny. Polecił też przysięgłym, by w sytuacji uznania, że reakcja dziewczyny polegająca na wyskoczeniu przez nią z jadącego pojazdu była prawdziwa, uznali oskarżo-

³⁴ *R. v. Lewis* (1970) Crim L R 647, <https://www.oxfordhomeschooling.co.uk/wp-content/uploads/19-Criminal-Liability.pdf?x40328>, dostęp: 20 lipca 2020 r.

³⁵ Zob. szerzej: *R. v. Beech* (1912) 7 Cr App R 197, <https://www.cambridge.org/core/journals/canadian-journal-of-law-and-jurisprudence/article/causation-thin-skulls-and-equality/E74889873903FF0980CB78D9FB50FFB6>, dostęp: 20 lipca 2020 r.

nego za winnego zarzucanych mu czynów. Jednocześnie zauważył, że burzliwa reakcja młodej kobiety mogła być też konsekwencją spożytego alkoholu lub złości na zachowanie oskarżonego. W uzasadnieniu orzeczenia podkreślono: „jeśli uznacie za wiarygodne zeznania tej dziewczyny, w myśl których doszło do napaści powodującej faktyczne uszkodzenie ciała, tj., że wyskoczyła ona na skutek jego gróźb, usiłowania ściągnięcia z niej płaszcza oraz wypowiedzi o pobiciu przez sprawcę innych dziewcząt, które odmówiły utrzymywania z nim stosunków seksualnych, to należy przyjąć, że ponosi on prawną i faktyczną winę za obrażenia, które panna Bell poniosła na skutek swojego działania. Decyzją ławy przysięgłych oskarżony został uznany za winnego obu zarzucanych mu czynów.

Analiza powyższych orzeczeń pozwala sformułować wniosek, że z samej już nazwy omawianej tu koncepcji wynika, że odpowiedzialność deliktowa z tytułu bezprawnego i zawinionego naruszenia dóbr prawnych obejmuje w zasadzie wszelkie, niekiedy nawet bardzo abstrakcyjne konsekwencje zdrowotne. Co więcej, brak obiektywnej przewidywalności skutku przestępnego w określonej sytuacji faktycznej nie może stanowić dla potencjalnego sprawcy źródła obrony. W istniejącym stanie prawnym wyłącznie przerwanie łańcucha przyczynowego między domniemanym zdarzeniem sprawczym a szkodą w rozumieniu karnoprawnym pozwala na ograniczenie odpowiedzialności.

Podsumowanie

Zarówno w Wielkiej Brytanii jak i Stanach Zjednoczonych badanie powiązań kauzalnych odbywa się nie tylko na płaszczyźnie obiektywnej rzeczywistości, ale także pod kątem ocen normatywnych. Innymi słowy warunkiem koniecznym dla pociągnięcia ewentualnego sprawcy do odpowiedzialności karnej jest wykazanie, że jego zachowanie lub zaniechanie pozostawało w związku przyczynowym i związku normatywnym z negatywnym skutkiem stanowiącym znamię stypizowanego w ustawie karnej czynu zabronionego.

W obu państwach też odpowiedzialność sprawcy deliktu obejmuje nie tylko zwykłe następstwa jego działania, ale także wszelkie niespodziewane konsekwencje popełnionego czynu zabronionego. Odmienne więc niż w Polsce odpowiedzialność karna nie jest ograniczona jedynie do tych przypadków, w których przyczyna zaistnienia negatywnego skutku była możliwa do przewidzenia lecz obejmuje także szereg nieuprawnionych logicznie a w konsekwencji aksjologicznie wątpliwych, zasad nadmiernie rozbudowanej odpowiedzialności karnej. Co więcej, w myśl zasady cienkiej czaszki odpowiedzialność za szkodę wyrządzoną ofierze sprawca ponosi także wtedy, gdy sam pokrzywdzony zachował się w sposób nieodpowiedni lub atypowy, co stało się źródłem lub spotęgowało zaistniałe niebezpieczeństwo dla jego dobra prawnego, a w konsekwencji zrealizowało się w skutku.

Bibliografia

Wydawnictwa monograficzne:

1. Abraham H. J., *The Judicial Process*, Oxford 1998.
2. Attenborough F., *The Laws of the Earliest Kings*, Cambridge 1927.
3. Bielski M., Kryteria obiektywnego przypisania skutku na tle współczesnej polskiej dogmatyki prawa karnego, (w:) P. Kardas, T. Sroka, W. Wróbel (red.), *Państwo prawa i prawo karne. Księga Jubileuszowa Profesora Andrzeja Zolla*, t. II, Warszawa 2012.
4. Bryant S., *Liberty, Order & Law under Native Irish Rule: A Study in the Book of the Ancient Laws of Ireland*, Dublin 2012.
5. Elliot C., Quinn F., *Tort Law*, Cambridge 2007.
6. Fleming J. G., *Law of Torts*, Cambridge 1992.
7. Giezek J., *Przyczynowość oraz przypisanie skutku w prawie karnym*, Wrocław 1994.
8. Hale M., Axton Stokes W., Emlyn S., *Historia Placitorum Coronae. The History of the Pleas of the Crown, Volume I*, Oxford 2018.
9. Holdsworth S., *A History of English Law, Volume VIII*, London 2018.
10. Lernell L., *Zagadnienie związku przyczynowego w prawie karnym*, Warszawa 1962.
11. Prosser W. L., *The Law of Torts*, Berkeley 1987.
12. Vandall F.J., Wertheimer E., Rahdert M. C., *Torts: Cases and Problems*, Durham 2018.
13. Wolter W., (red.), *Związek przyczynowy w prawie karnym*, Kraków 1953.
14. Voorheis G. P., *A Treatise on the Law of the Measure of Damages for Personal Injuries. Including Suggestions on Pleading, Evidence, and Province of Court and Jury. Applicable to the Trial of This Class of Cases*, New York.

Artykuły naukowe

1. Bahrm G. L., Graham B. N., *The Thin Skull Plaintiff Concept: Evasive or Persuasive*, *Loyola of Los Angeles Law Review*.
2. Calandrillo S. P., Buehler D. E., *Eggshell Economics: A Revolutionary Approach to Eggshell Plaintiff Rule*, *University of Washington School of Laws UW Law Digital Commons* 2013.
3. Czerwińska D., *Nauka o obiektywnym przypisaniu skutku w orzecznictwie Sądu Najwyższego i Sądu Apelacyjnego we Wrocławiu*, *Prokuratura i Prawo* 2016, nr 2.
4. Goodheart A. L., *The Brief Life Story of the Direct Consequence Rule in English Tort Law*, *Virginia Law Review* 1967, Vol. 53, No 4.

5. Góralski P., Związek przyczynowy w prawie karnym na tle orzecznictwa sądowego, *Prokuratura i Prawo* 2009, nr 6.
6. Kaczmarek T., Wybrane aspekty ontologicznych i normatywnych podstaw przypisania skutku, (w:) J. Majewski (red.), *Podstawy odpowiedzialności karnej za przestępstwo skutkowe*, *Kwartalnik Prawa Publicznego* 2004, nr 4.
7. Mikos R. A., "Eggshell" Victims, Private Precautions, and the Societal Benefits of Shifting Crime, *Michigan Law Review* 2006, Volume 105, Issue 2.
8. Nelson C., Of Eggshells and Thin – skulls: A Consideration of Racism – Related Mental Illness Impacting Black Woman, *International Journal of Law and Psychiatry* 2006, nr 29.
9. Rabeiga R., O zaniechaniu i usiłowaniu w kontekście mieszanej strony podmiotowej czynu zabronionego pod groźbą kary, *Ius Novum* 2011, nr 2.
10. Rabeiga R., Związek przyczynowy, jako podstawowy warunek pozwalający na przypisanie odpowiedzialności sprawcy przestępstwa skutkowego – próba uporządkowania pojęć, *Acta Iuris Stetinensis* 2014, nr 8.
11. Stanley McQuade J., The Eggshell Skull Rule and Related Problems in Recovery for Mental Harm in the Law of Torts, *Campbell Law Review*, Volume 24, Issue 1, Fall 2001, s. 2–6 oraz J. Elvin, Causation and Legal Responsibility: 'Take Your Victim as You Find Him'? <https://www.jerseylaw.je.f>.
12. Świda W., Uwagi o przyczynowości zaniechania, *Państwo i Prawo* 1957, nr 11.
13. Tarapata Sz., Glosa do postanowienia Sądu Najwyższego z dnia 9 maja 2013 r., sygn. V KK 342/12, *Prokuratura i Prawo* 2014, nr 11–12.
14. Tort Liability Without Privity-Installation of Imminently Dangerous Instrumentality Instrumental, *Indiana Law Journal*, Volume 14, Issue 3, Article 10.
15. Wolter W., O tzw. przyczynowości zaniechania, *Państwo i Prawo* 1954, nr 10–11.
16. Wolter, Błędne koło problematyki przyczynowości w teorii i praktyce prawa karnego, *Państwo i Prawo* 1964, nr 3.

Orzecznictwo i akty prawne

1. *Smith v. London & South. Western Railway Company*, L.R. 6 C.P. 14, 1870.
2. *Allison v. The C. & N.W. R. Co.*, 42 Iowa 274, 281 (1875).
3. *Walton v. Booth*, 34 La. Ann. 913 (1882).
4. *Purcell v. St. Paul City Railway*, 48 Minn. 134, 50 N.W. 1034 (1892)
5. *Dulieu v White* (1901), 2 KB 669.
6. *R. v. Beech* (1912), 7 Cr App R 197.
7. *Louisville N. R. Co. v. Jones*, 99 So. 919 (Ala.1924).

8. R. v. Jordan (1956), 40 Cr App E 152.
9. R. v. Lewis (1970), Crim L R 647.
10. R. v. Roberts (1971), 56 Cr App R 95.
11. R. v. Blaue (1975), 61 Cr App R 271 r.
12. R. v. Holland 2 M and R Ch. 351.
13. Offences Against the Person Act 1861, c. 100 (Regnal 24 and 25 Vic).

Słowniki i strony internetowe

1. Legal–dictionary.thefreedictionary.com.e.
2. <https://www.scribd.com/doc.6>.
3. <https://www.bailii.org.ml>.
4. <https://www.courtlistener.com/>.
5. <https://www.casemine.com0c0>.
6. <https://www.oxfordhomeschooling.co.uk8>.
7. <https://www.cambridge.org6r>.
8. <https://digitalcommons.law.uw.edu>.

Consequences of a perpetrator's behaviour or causation in British and American criminal law systems

Abstract

This paper assesses human behaviour as a cause that constitutes the basis for criminal liability in selected countries where common law is practised, or the thin skull rule. The rule is described by the maxim "you take your victim as you find them", which means that a perpetrator "takes" their victim with all physical or mental disorders of the victim, and, at the same time, bears full responsibility not only for ordinary consequences of a perpetrator's activity but also for all consequences of a perpetrator's prohibited act that are difficult to foresee. As the general rule is that precedents are binding de iure in both the United Kingdom and the United States, specific court rulings, in which the thin skull rule was applied, are examined.

MATERIAŁY SZKOLENIOWE

Paweł Opitek

Kontrola transferów pieniądza bezgotówkowego w czasie rzeczywistym jako nowa forma czynności operacyjno-rozpoznawczych na przykładzie ustawy o Agencji Bezpieczeństwa Wewnętrznego (postulaty *de lege ferenda*)

Streszczenie

Opracowanie dotyczy możliwości niejawnego „śledzenia” przemieszczania się pieniądza bezgotówkowego w systemach bankowych w ramach czynności operacyjno-rozpoznawczych. Jest to ważny problem w zwalczaniu przestępczości, ponieważ instytucje finansowe zbyt często wykorzystywane są do prania pieniędzy i innych nadużyć. W pierwszym rozdziale artykułu przeprowadzono ogólną charakterystykę tematu. Następnie analizie poddano obowiązujące przepisy prawa pod kątem możliwości prowadzenia niejawnego nadzoru przemieszczania się pieniędzy w systemach informatycznych i teleinformatycznych. W dwóch kolejnych rozdziałach zdefiniowano naturę techniczną i prawną pieniądza zapisanego na rachunku bankowym i scharakteryzowano infrastrukturę do jego zarządzania. Podjęte rozważania dały podstawę do sformułowania projektu nowych przepisów prawnych w ustawie o Agencji Bezpieczeństwa Wewnętrznego, które umożliwiłyby śledzenie transferów elektronicznych środków płatniczych w czasie rzeczywistym, jako nowej formy czynności operacyjno-rozpoznawczych. W podsumowaniu artykułu postuluje się powołanie zespołu do opracowania szczegółów nowych regulacji w prawie polskim.

Słowa kluczowe

Kontrola operacyjna, przesyłka niejawnie nadzorowana, pieniądz bezgotówkowy, pranie pieniędzy, przestępstwo, bank, transakcja płatnicza.

I. Opis problemu

Punktem wyjścia do analizy problemu niejawnej kontroli transferów „online” środków płatniczych zapisanych na rachunku bankowym jest stwierdzenie, że ludzie coraz częściej posługują się ucyfrowionym pieniądzem zamiast gotówką, a czasy pandemii COVID-19 przyspieszyły ten proces: dzisiaj miliony osób i firm posiada rachunki bankowe i użytkuje różnego rodzaju karty płatnicze, korzysta z terminali POS i bankomatów, ale także punktów usytuowanych na pocztach, czy w dyskontach popularnych „sieciówek”, gdzie można wykonać zlecenie płatnicze. Rynek oferuje ponadto rozmaite opcje konwertowania pieniędzy na kryptowaluty, pieniądz elektroniczny i inne, innowacyjne aktywa cyfrowe. Powstały komercyjne podmioty, które uczestniczą w transferach i pomagają zarządzać takimi aktywami np. poprzez „bramki” szybkich płatności. W ten sposób, oprócz niewątpliwych korzyści dla konsumentów, wytworzył się w cyberprzestrzeni dogodny „ekosystem” do popełniania przestępstw. Wspomniana infrastruktura umożliwia bowiem sprawną i szybką realizację operacji finansowych z zachowaniem (większej lub mniejszej) anonimowości, a więc wypranie pieniędzy pochodzących z przestępstwa. Agencja Bezpieczeństwa Wewnętrznego i pozostałe służby ochrony prawa muszą sprostać takim wyzwaniom i stosować skuteczne mechanizmy przeciwdziałające nadużyciom zagrażającym interesom ekonomicznym państwa i stabilności polskiego systemu finansowego.

Skoro pieniądz bezgotówkowy i inne cyfrowe aktywa stały się narzędziem do nadużyć, to uprawnione jest twierdzenie, że należałoby śledzić „podejrzane” transfery w celu zapobiegania im, ustalenia sprawców i zabezpieczenia mienia pochodzącego z przestępstwa. Szczególnie to ostatnie zadanie, tj. konfiskata „owoców” czynów zabronionych, jest postrzegane jako skuteczne narzędzie polityki państwa w zwalczaniu przestępczości zorganizowanej, a jego efektywność monitorowana przez Prokuraturę Krajową. Nielegalny proceder może polegać na praniu pieniędzy z wykorzystaniem licznych przelewów bankowych. W takim przypadku istotne jest sprawdzenie wszystkich podmiotów powiązanych z rachunkami, które uczestniczyły w „praniu”. Podobnie sprawa ma się z kontami „spółek-słupów” wykorzystywanych w karuzelach VAT-owskich i innych przestępstwach dotyczących malwersacji podatkowych. Jednak chodzi nie tylko o czyny stypizowane w art. 299 Kodeksu

karnego¹. Można wyobrazić sobie sytuację w której np. funkcjonariusz publiczny otrzymuje łapówkę w formie przelewu bankowego i zachodzi konieczność nie tylko zabezpieczenia mienia, ale także niezwłocznego ustalenia, przez jakie rachunki bankowe zostały przetransferowane środki i kto brał udział w firmowaniu przelewów.

Warto zatem zadać pytanie: czy obowiązujące regulacje ustawowe pozwalają Agencji skutecznie realizować takie czynności? A jeśli nie, to co należałoby zmienić w przepisach, aby były one dopuszczalne? Prezentowane opracowanie jest próbą udzielenia odpowiedzi na tak postawione pytania. Zadanie jest trudne, ponieważ dotyczy nowoczesnych i skomplikowanych pod względem technicznym form działań operacyjno-rozpoznawczych powiązanych z innowacyjnymi technologiami detekcji danych.

Co ważne, artykuł podejmuje zagadnienie nowe, które nie doczekało się jeszcze analizy w doktrynie prawniczej lub oceny w orzecznictwie sądowym, ale ma duże, praktyczne znaczenie dla działalności służb ochrony prawa. Opracowanie stanowi zatem pierwszy głos na temat kontroli transferów elektronicznych środków płatniczych w czasie rzeczywistym. Autor z góry zastrzega, że prezentowane przez niego poglądy prawne i postulaty *de lege ferenda* stanowią bardziej przyczynek do pogłębionej dyskusji na podjęty problem badawczy aniżeli gotowe rozwiązania. Zapewne da się poddać krytyce zaproponowany w rozdziale piątym i szóstym kształt nowych przepisów, ale niech staną się one probierzem jeszcze lepszych rozwiązań. Tym bardziej, że każdy z tematów przewodnich kolejnych części opracowania mógłby stanowić przedmiot szczegółowej, odrębnej analizy.

Artykuł odwołuje się do przepisów ustawy o Agencji Bezpieczeństwa Wewnętrznego, ale podobne regulacje dedykowane są także innym służbom (znajdują się np. w ustawie o Policji i ustawie o Centralnym Biurze Antykorupcyjnym).

II. Przepisy obowiązujące

W poszukiwaniu odpowiedzi na wyżej postawione pytania od razu przychodzi na myśl instytucja przesyłki niejawnie nadzorowanej jako narzędzia przeznaczonego do śledzenia rzeczy pochodzących z przestępstwa. Stanowi ona, obok kontroli operacyjnej i zakupu kontrolowanego, formę najbardziej zaawansowanych czynności operacyjno-rozpoznawczych. Zgodnie z art. 30 ust. 1 ustawy z dnia 24 maja 2002 r. o Agencji Bezpieczeństwa Wewnętrznego oraz Agencji Wywiadu² (dalej: uABW): „W sprawach o przestępstwa, o których mowa w art. 5 ust. 1 pkt 2, w ramach czynności opera-

¹ Dz. U. z 2019 r., poz. 1950 z późn. zm.

² Dz. U. z 2020 r., poz. 27.

cyjno-rozpoznawczych zmierzających do udokumentowania tych przestępstw albo ustalenia tożsamości osób uczestniczących w tych przestępstwach lub przejęcia przedmiotów przestępstwa, Szef ABW może, przed wszczęciem postępowania karnego, zarządzić niejawnie nadzorowanie wytwarzania, przemieszczania, przechowywania i obrotu przedmiotami przestępstwa, jeżeli nie stworzy to zagrożenia dla życia lub zdrowia ludzkiego". W tym miejscu uwaga skupiona zostanie na bankowym pieniądzu bezgotówkowym, gdyż taka postać cyfrowych aktywów znajduje się w powszechnym użytku i jest najczęściej wykorzystywana do prania pieniędzy pochodzących z przestępstwa. Operacje bezgotówkowe realizuje się przede wszystkim przy użyciu przelewów elektronicznych z wykorzystaniem aplikacji bankowych i kart płatniczych (debetowych, kredytowych, wirtualnych). Dochodzą do tego różne innowacyjne formy przekazywania środków takie, jak system płatności mobilnych z wykorzystaniem takich aplikacji, jak BLIK, M-pay, Google Pay, czy Cashbill.pl.

Pieniądz bezgotówkowy, którym na co dzień płaci się kartą za towary i usługi, pod względem technicznym jest zapisem cyfrowym w programach księgowych banków i stanowi surogat tradycyjnych banknotów i monet. Tymczasem, zgodnie z wykładnią językową, użyty w art. 30 ust. 1 uABW termin „przedmiot” oznacza „rzecz, materialny element świata”³. Chociaż pieniądz bezgotówkowy posiada w sobie substrat materialny (sygnały przenoszące informacje w postaci np. fal elektromagnetycznych są bytem fizycznym), to nie może być utożsamiany z „przedmiotem”, o którym mowa w art. 30 ust. 1 uABW. Określenie „przedmiot” należy odkodowywać w sposób literalny, gdyż jego wykładnia rozszerzająca byłaby sprzeczna z duchem przepisów poważnie ograniczających prawa i wolności obywatelskie. Stanowisko takie potwierdza treść rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 7 października 2002 r. w sprawie sposobu przeprowadzania i dokumentowania przez Agencję Bezpieczeństwa Wewnętrznego niejawnego nadzorowania wytwarzania, przemieszczania, przechowywania i obrotu przedmiotami przestępstwa⁴. Jego § 2 ust. 1 stanowi: „Przeprowadzanie niejawnego nadzorowania wytwarzania, przemieszczania, przechowywania i obrotu przedmiotami przestępstwa, zwanego dalej „czynnościami”, polega na obserwowaniu: „przesyłek”, „nieruchomości lub przedmiotów ruchomych, w tym pojazdów” oraz „osób”. Chodzi zatem o przedmioty, które mogą podlegać „obserwowaniu” za pomocą zmysłu wzroku i nie mieści się w nich pieniądz zapisany na rachunku bankowym. Jeśli chodzi o zapis cyfrowy na takim rachunku, to najbliższe jest mu określenie „przedmiot ruchomy” z § 2 ust. 1 pkt 2 rozporządzenia. Można próbować nawet dopatrzeć się pewnej analogii z definicją „rzecz ruchoma” zawartą w art. 115 § 9 k.k. („Rzeczą ruchomą lub

³ www.sjp.pwn.pl, dostęp w dniu 17 lipca 2020.

⁴ Dz. U. z 2002 r., Nr 172, poz. 1404.

przedmiotem jest także polski albo obcy pieniądź lub inny środek płatniczy, środek pieniężny zapisany na rachunku (...)). Chociaż elektroniczny pieniądź bankowy na gruncie Kodeksu karnego odpowiada legalnej definicji „rzeczy ruchomej/przedmiotu”, to definicja ta nie znajduje przełożenia do nomenklatury zastosowanej w ustawie regulującej czynności operacyjno-rozpoznawcze, tj. art. 30 ust. 1 uABW.

Z treści rozporządzenia w sprawie sposobu przeprowadzania i dokumentowania przez Agencję Bezpieczeństwa Wewnętrznego niejawnego nadzorowania wynika ponadto, że nadzoruje się elementy świata materialnego poprzez analizę bodźców widzenia i receptorów zmysłu dotyku: § 2 ust. 2 pozwala na „otwieranie /przesyłki/ celem sprawdzenia i oceny zawartości, oznakowania, usunięcia przedmiotów przestępstwa”, „zastępowanie” jednych przedmiotów innymi przedmiotami, „ujawnianie i zabezpieczanie śladów kryminalistycznych” związanych z przesyłką, „zamykanie przesyłki i innych rzeczy po otwarciu”. Zgodnie z § 2 ust. 4 rozporządzenia: „Sprawdzenia i oceny zawartości przesyłek i innych rzeczy dokonuje się metodą organoleptyczną lub w razie potrzeby pobiera próbki do badań właściwości fizykochemicznych lub innych cech identyfikacyjnych (...)”. Nawet, jeśli „obserwowanie” może być prowadzone m.in. przy użyciu urządzeń technicznych bez utrwalania dźwięku lub obrazu, w tym przez ustalanie położenia osób lub przedmiotów (§ 2 ust. 3 rozporządzenia), to nadal chodzi o nadzorowanie „rzeczy” (np. za pomocą sygnału nawigacji GPS) w potocznym tego słowa znaczeniu, a nie śledzenie zmian w zapisie kodu binarnego w systemach informatycznych i teleinformatycznych instytucji finansowych.

W art. 30 ust. 3 uABW wskazano podmioty, które są zobowiązane dopuścić do dalszego przewozu przesyłki zawierającej przedmioty przestępstwa: „urzędy, instytucje i podmioty prowadzące działalność w dziedzinie poczty i transportu, organy celne oraz organy Straży Granicznej”. Chodzi więc o transport i kontrolę transportu rzeczy, a nie transmisję danych cyfrowych. Przepis art. 30 ust. 3 uABW nie wspomina o śledzeniu wspomnianych danych. To kolejny argument przemawiający za tym, że instytucja przesyłki niejawnie nadzorowanej znajduje zastosowanie tylko do rzeczy ruchomych w rozumieniu art. 45 Kodeksu cywilnego⁵ („Rzeczami (...) są tylko przedmioty materialne”). Chodzi o przesyłkę dystrybuowaną (przesuwaną, przewożoną, dostarczaną) za pomocą siły fizycznej pracy ludzkiej, a nie dane binarne przetwarzane przy użyciu odpowiedniego algorytmu komputerowego.

Ostatecznie, gdyby nawet podjąć kontrowersyjną próbę wykładni rozszerzającej i zaliczyć do kategorii „przedmiot przestępstwa”, o którym mowa w art. 30 ust. 1 uABW, nielegalnie uzyskany pieniądź elektroniczny, to na drodze do niejawnego nadzorowania przez Agencję przemieszczania się

⁵ Dz. U. z 2019 r., poz. 1145 z późn zm.

w systemach bankowych danych binarnych utożsamiających taki pieniądz, stoi jeszcze jedna przeszkoda – dane takie stanowią tajemnicę bankową. Dostęp do nich limitowany jest zatem zgodą sądu.

III. Charakter prawny informacji i danych statuujących pieniądz bezgotówkowy

W obowiązującym stanie prawnym możliwość korzystania przez ABW z informacji objętych tajemnicą bankową w ramach czynności operacyjno-rozpoznawczych reguluje art. 34a uABW. Jego ust. 1 stanowi: „Jeżeli jest to konieczne do skutecznego zapobieżenia przestępstwom określonym w art. 5 ust. 1 pkt 2 lub ich wykrycia albo ustalenia sprawców i uzyskania dowodów, a także wykrycia i identyfikacji przedmiotów i innych korzyści majątkowych pochodzących z tych przestępstw albo ich równowartości, ABW może korzystać z przetwarzanych przez banki informacji stanowiących tajemnicę bankową (...)”. Cytowany przepis zezwala ponadto na pozyskiwanie przez Agencję informacji dotyczących umów o rachunek papierów wartościowych, umów o rachunek pieniężny, umów ubezpieczenia lub innych umów dotyczących obrotu instrumentami finansowymi, świadczenia usług płatniczych lub zawieranych z uczestnikami funduszy inwestycyjnych, a w szczególności z przetwarzanych przez uprawnione podmioty danych osób, które zawarły takie umowy. Regulację tę stosuje się odpowiednio do innych podmiotów szeroko rozumianego rynku finansowego w tym m.in. instytucji obowiązanych w rozumieniu przepisów ustawy o przeciwdziałaniu praniu pieniędzy oraz finansowaniu terroryzmu⁶, podmiotów wykonujących działalność na podstawie ustawy z dnia 19 sierpnia 2011 r. o usługach płatniczych oraz do spółdzielczych kas oszczędnościowo-kredytowych.

Rozwiązanie zawarte w art. 34a ust. 1 uABW umożliwia dostęp do szerokiego spektrum informacji, które są niezbędne do ustalenia aktywów finansowych pochodzących z przestępstwa. Jego wadą w praktyce jest to, że procedura uzyskiwania takiej wiedzy trwa stosunkowo długo: od momentu złożenia przez Szefa ABW do sądu wniosku o wyrażenie zgody na udostępnienie informacji i danych, aż do ich wydania przez bank upływa zbyt wiele czasu (bank nie jest ograniczony konkretnym terminem zobowiązującym go do realizacji postanowienia sądu). Co więcej, pierwotnie uzyskane dane mogą determinować konieczność wystąpienia z kolejnymi wnioskami na podstawie art. 34a ust. 1 uABW, co znowu wydłuża ustalenie wszystkich okoliczności związanych z transakcjami. Istnieją co prawda jeszcze inne „kanały” raportowania

⁶ Katalog instytucji obowiązanych w zakresie przeciwdziałania praniu pieniędzy określa ustawa z dnia 1 marca 2018 r. o przeciwdziałaniu praniu pieniędzy oraz finansowaniu terroryzmu (Dz. U. z 2020 r., poz. 971, 1086).

Służbie o „podejrzanych” operacjach, jak np. Generalny Inspektor Informacji Finansowej, ale nie rozwiązuje to problemu. W rezultacie traci na tym efektywność pracy operacyjnej poprzez m.in. niebezpieczeństwo utraty możliwości zajęcia mienia pochodzącego z przestępstwa: w czasie realizacji przez ABW czynności na podstawie art. 34a nielegalne aktywa mogą zostać przetransferyowane w trudne do ustalenia miejsca lub wypłacone w formie gotówki. Wynika z tego, że obowiązująca instytucja zwolnienia z tajemnicy bankowej jest potrzebna szczególnie w sprawach, gdzie przestępstwo i związane z nim transfery środków zostały dokonane jakiś czas temu i teraz należy odtworzyć *modus operandi* sprawcy. Jednak w przypadku operacji specjalnych, dotyczących zdarzeń „tu i teraz” obowiązujące procedury są mało efektywne, a nawet nieprzydatne. Dlatego postuluje się kontrolę transferów elektronicznych środków płatniczych w czasie rzeczywistym, jako nową formę czynności operacyjno-rozpoznawczych. W pierwszej kolejności powinny one dotyczyć rachunków.

Pojęcie „rachunek” zawiera w sobie rachunki bankowe, płatnicze i techniczne. Pierwszy z wymienionych prowadzony jest w celu rejestracji wpłat, udzielanych kredytów, rozliczeń bezgotówkowych, wypłat i stanów wkładów pieniężnych wniesionych do banku przez klienta. Rachunki płatnicze to kategoria szersza niż rachunki bankowe. Chodzi o urządzenie księgowe służące do ewidencjonowania należności między stronami relacji prawnej: bankiem i posiadaczem rachunku. Należności te powstają w wyniku realizacji wpłat, transferów i wypłat pieniędzy, a wpis na rachunku płatniczym polega na dokonaniu technicznej operacji zmieniającej stan należności: jego zwiększeniu (uznaniu) albo zmniejszeniu (obciążeniu). Rachunek płatniczy służy zatem do ewidencjonowania należności, jakie przysługują posiadaczowi wobec banku: gdy występują takie należności, saldo jest dodatnie, a gdy księguje się należności banku wobec posiadacza, to powstaje saldo ujemne (debet)⁷. Rachunek techniczny z kolei posiada funkcje wyłącznie pomocnicze, np. służy do spłaty kredytu z wyłączeniem możliwości swobodnego dokonywania innych transakcji płatniczych. Wirtualne rachunki prowadzone przez kantory internetowe dla swoich klientów, wykorzystywane często do prania pieniędzy, uznać należy za rachunki, które mogą być kwalifikowane, jako płatnicze w rozumieniu ustawy z 2011 r. o usługach płatniczych⁸.

Jeśli przyjąć, że prawo do kontrolowania transferów „online” dotyczyłoby wszystkich rodzajów ww. rachunków, to kolejne pytanie brzmi: czy indywidu-

⁷ T. Czech, Wpis na rachunek płatniczy, *Monitor Prawa Bankowego* 2019, nr 10, s. 48. Zgodnie z art. 1 ust. 2 pkt 25 ustawy o usługach płatniczych rachunek płatniczy, to rachunek prowadzony dla jednego lub większej liczby użytkowników służący do wykonywania transakcji płatniczych, przy czym przez rachunek płatniczy rozumie się także rachunek bankowy oraz rachunek członka spółdzielczej kasy oszczędnościowo-kredytowej, jeżeli rachunki te służą do wykonywania transakcji płatniczych.

⁸ K. Wojdło, Nadzór nad kantorami internetowymi, *Monitor Prawa Bankowego* 2013, nr 3, s. 66.

alizacja kontroli miałyby charakter przedmiotowy, czy podmiotowy? Pierwsze podejście zakłada, że Agencja otrzymywałaby na bieżąco informacje o wszystkich transferach dokonywanych na kontrolowanych środkach niezależnie od tego, czyje rachunki płatnicze były zaangażowane w operacje. Kontrola bezpośrednio podążałaby więc „za pieniądzem”, a nie „za osobą”. W drugim rozwiązaniu natomiast kontrola obejmuje tylko rachunki przypisane w systemie bankowym do figuranta, co byłoby mniej efektywne. Pranie pieniędzy polega bowiem na zaciemnianiu śladu pochodzenia środków, a więc ich „przepuszczaniu” pomiędzy kontami należące do różnych podmiotów, najczęściej funkcjonujących w charakterze tzw. słupów. Warto zatem zbudować instrument w katalogu czynności operacyjno-rozpoznawczych, którego działanie nie będzie ograniczone formalnym statusem właścicielskim konta, ale decydować będzie faktyczne przeznaczenie konkretnych rachunków do popełnienia przestępstw. W zależności od przyjętego rozwiązania, Agencja Bezpieczeństwa Wewnętrznego może być zatem uprawniona do otrzymywania informacji o:

- wszystkich rachunkach, które zostały zaangażowane do transferowania środków objętych operacją specjalną,
- tylko niektórych z nich (np. znajdujących się w posiadaniu z góry ustalonych osób) lub
- jedynie o ostatnim koncie, na którym docelowo znalazły się „śledzone” pieniądze i zostały np. wypłacone w formie gotówki.

Z kolei pojęcie „otrzymywane przez ABW informacje” mieści w sobie różne zbiory danych: poczynając od samego numeru rachunku, nazwy jego posiadacza, wysokości salda, a kończąc na szczegółach historii wszystkich operacji dokonanych w określonym czasie. Transakcja bankowa wiąże się ponadto z takimi parametrami, jak: adres IP, z którego wykonano dyspozycję przelewu lub inne dane indywidualizujące urządzenie wykorzystane do realizacji transferu (np. bankomat i jego usytuowanie), podany do weryfikacji operacji numer telefonu (odbierający kody autoryzacyjne) lub adres e-mail, numer karty płatniczej przypisanej do rachunku itp. Z punktu widzenia efektywności rozpracowania najkorzystniejsze są rozwiązania oferujące organom ochrony prawa dostęp do jak największego pakietu danych o wszystkich rachunkach zaangażowanych w przestępstwo. Jednak ustawodawca, podejmując próbę wprowadzenia nowych rozwiązań, musiałby zapewne kierować się zasadą proporcjonalności i ważyć pomiędzy ograniczeniem praw obywatelskich, a możliwością osiągnięcia oczekiwanych celów na podstawie niejawnego kontrolowania transferów elektronicznych środków płatniczych w czasie rzeczywistym.

Dotychczas mowa była tylko o kontroli bankowego pieniądza bezgotówkowego, ale przestępcy wykorzystują także inne aktywa cyfrowe. Chodzi m.in. o kryptowaluty z których najpopularniejszy jest bitcoin. Rozwiązanie idealne to sytuacja, kiedy oprócz ww. pieniądza nowe narzędzie pozwalałoby także „łapać

w locie” transfery dokonywane walutami wirtualnymi oraz innymi tokenami cyfrowymi. Na chwilę obecną jest to zadanie zapewne jeszcze trudniejsze aniżeli kontrola transakcji dokonywanych z wykorzystaniem rachunków bankowych.

IV. Charakter techniczny informacji i danych statuujących pieniądz bezgotówkowy

Zagadnienie możliwości technicznych realizacji kontroli jest skomplikowane i ostateczne udzielenie odpowiedzi na pytanie: „Czy i w jaki sposób możliwe jest śledzenie transferów?” wymagałoby konsultacji eksperckich z przedstawicielami instytucji finansowych. Najogólniej rzecz biorąc chodzi o takie kwestie, jak przepływ informacji o dokonanych operacjach w systemach bankowych i możliwość ich ogniskowania w alercie zbudowanym na potrzeby prowadzonych działań operacyjno-rozpoznawczych przez ABW. Faktem jest, że cały system płatniczy jest w dzisiejszych czasach zinformatyizowany, a jego poszczególne elementy tworzą jedną całość. Przykładowo, na stronie Narodowego Banku Polskiego⁹ w zakładce „system płatniczy” pod hasłem „Infrastruktura systemu płatniczego” objaśniono, że w Polsce funkcjonują systemy: płatności wysokokwotowych, detalicznych i rozrachunku papierów wartościowych. Do systemu płatności wysokokwotowych należy SORBNET2 i TARGET2. Pierwszy z wymienionych, to najważniejszy krajowy mechanizm płatności dla rachunków bieżących. Dzięki niemu dokonywany jest rozrachunek międzybankowy dla płatności w złotych: rozliczane są operacje polityki pieniężnej, transakcje międzybankowe z rynku finansowego i wysokokwotowe zlecenia klientowskie, a także odbywa się rozrachunek innych systemów płatności. SORBNET2 kwalifikuje się jako system typu RTGS (ang. *Real Time Gross Settlement*), a więc realizuje rozrachunki w czasie rzeczywistym (przetwarzanie zleceń dokonuje się na bieżąco w ciągu dnia, a nie tylko w wyznaczonych momentach) i opiera się na rozwiązaniach oferowanych przez międzynarodową sieć telekomunikacyjną SWIFT. Jego uczestnikami są: Narodowy Bank Polski, 44 banki komercyjne, Krajowa Spółdzielcza Kasa Oszczędnościowo-Kredytowa (pełniąca funkcję związku rewizyjnego zrzeszającego wszystkie SKOK-i), Krajowa Izba Rozliczeniowa S.A. oraz Krajowy Depozyt Papierów Wartościowych S.A. (rozlicza m.in. transakcje zawierane na rynku regulowanym związanym z obrotem instrumentami finansowymi). W 2019 r. w systemie SORBNET2 zrealizowano ogółem 4 mln 402 tys. zleceń (średnio 17 539 na dzień) o łącznej wartości 79,3 bln zł (średnie dzienne obroty to 315,9 mld zł).

⁹ <https://www.nbp.pl/home.aspx?f=/systemplatniczy/infrastruktura.html>, dostęp w dniu 17 lipca 2020.

TARGET2 umożliwia natomiast rozliczenia między bankami z różnych krajów wzmacniając płynność europejskiego systemu finansowego i powoduje scentralizowane zarządzanie płatnościami. Oprócz Narodowego Banku Polskiego uczestnikami bezpośrednimi systemu TARGET2 zostały trzy inne banki: ABN AMRO Bank (Polska) S.A., Bank Zachodni WBK S.A. oraz Powszechna Kasa Oszczędności Bank Polski S.A. Za pośrednictwem NBP, dostęp do rozliczeń przez ten system uzyskały ponadto 24 polskie banki, Krajowa Izba Rozliczeniowa S.A. oraz Krajowy Depozyt Papierów Wartościowych S.A. W 2019 r. w systemie TARGET2-NBP zrealizowano ogółem 1 mln 677 tys. transakcji, o łącznej wartości około 1,7 bln euro; średni dobowy wolumen wykonanych zleceń wyniósł 6 577, a dzienne obroty oscylowały w granicach 6,7 mld euro.

Wyżej przedstawiono tylko dwa cyfrowe systemy rozliczeń transakcji finansowych, ale w rzeczywistości funkcjonuje ich więcej na różnych poziomach zarządzania. W każdym banku np. działają specjalne zespoły zajmujące się bezpieczeństwem transakcji, a więc siłą rzeczy „śledzą” realizowane płatności w celu zwalczania nadużyć. Banki i instytucje kartowe dysponują procedurami monitorowania transakcji bezgotówkowych, co wpisuje się w politykę bezpieczeństwa korporacyjnego, bez której nie sposób dzisiaj funkcjonować dużym firmom na rynku. Bezpieczeństwo i ochrona dotyczą wszystkich kontaktów klienta z bankiem i mają charakter długofalowy, wymagający zastosowania nowoczesnych rozwiązań odnośnie infrastruktury technologicznej i teleinformatycznej. Chodzi m.in. o wyrafinowane detektory wykrywania oszustw, których zadaniem jest ocena transakcji w czasie niemal rzeczywistym pod kątem istniejących scenariuszy nadużyć oraz procedury związane z przetwarzaniem przepływu danych. Konkretnie rozwiązania wewnętrznej ochrony transakcji dotyczą „czynnika ludzkiego” i algorytmów komputerowych, a oba komponenty są ściśle ze sobą powiązane. W bankach funkcjonuje tzw. policja bankowa, a więc stałe, kilku- lub kilkunastoo-sobowe zespoły monitorujące transakcje, zbierające i analizujące informacje pod kątem ewentualnych nadużyć (komórkami takimi są np. PKO Bank Polski S.A. Centrum Kart Kredytowych i Operacji Kartowych, Bank Polska Kasa Opieki S.A. Centrum Rozliczeń Back Office Biuro Monitoringu i Windykacji, GETIN Bank S.A. Departament Bezpieczeństwa i Ryzyka Operacyjnego). Zespoły ludzkie nie mogłyby skutecznie działać bez rozwiązań opartych na programach komputerowych, gdyż zagrożenia związane z „podejrzany” transakcjami należą do szerzej definiowanych zagrożeń systemów informatycznych w bankowości. Najprostsze systemy monitoringu (ang. *fraud detection system* – FDS) wykorzystują różnego rodzaju reguły, których naruszenie (przez transakcję lub grupę transakcji) generuje komunikat alarmujący (tzw. alert). Algorytmy służą m.in. do weryfikacji zachowania klientów w trybie online, identyfikacji instrumentu płatniczego, detekcji przypadków wielokrot-

nego użycia w jednym bankomacie w krótkim czasie tej samej karty, zaprogramowania funkcji „szukania” konkretnej operacji¹⁰. Z kolei najnowsze metody *data mining* opierają się na sztucznych sieciach neuronowych, metodzie wektorów nośnych, wnioskowaniu na bazie przykładów czy regresji logistycznej. W ramach zintegrowanych systemów wykrywania przestępstw zastosowanie znajdują sztuczne sieci neuronowe należące do grupy produktów tzw. sztucznej inteligencji. Wspomniane sieci pozwalają na podstawie analizy i kojarzenia wielu przesłanek segmentować transakcje, grupować je w podobne skupiska oraz „wyłapywać” zachowania nietypowe, o podwyższonym ryzyku, niepasujące do profilu behawioralnego konkretnego konsumenta¹¹.

Wynika z tego, że istnieje już „baza” do realizacji kontroli operacyjnej transakcji płatniczych. Nawet, jeśli nie byłoby to możliwe za pomocą specjalnej aplikacji z interfejsem dedykowanym Agencji Bezpieczeństwa Wewnętrznego, to można różnymi sposobami zorganizować dostęp do bieżących informacji bankowych. Chociaż kontrola operacyjna i niejawni nadzór kojarzą się z przechwytywaniem danych „w locie”, to nie powinno się z góry wykluczać innych metod uzyskiwania przez ABW bieżących rekordów, adekwatnie do możliwości faktycznych i technicznych instytucji finansowych. Można wyobrazić sobie sytuację, że bank na podstawie decyzji sądu będzie zobowiązany poinformować Agencję o zleceniu lub wykonaniu transakcji płatniczej. Realizację czasową wspomnianego obowiązku da się ustawowo określić na różne sposoby w zależności od faktycznego potencjału instytucji obowiązanych, tj. powinny przekazywać dane „niezwłocznie” lub „bez zbędnej zwłoki” lub „w ciągu 24 godzin” od momentu, gdy nastąpiło przemieszczenie się środków w systemach bankowych (np. powiększyło się lub pomniejszyło saldo na rachunku). Teoretycznie informacja taka mogłaby być dostarczona na piśmie, ale praktyczniejsze i efektywniejsze rozwiązanie polega na budowie bezpiecznego kanału komunikacji elektronicznej i wysyłaniu pakietów danych za pomocą dedykowanej do tego, bezpiecznej aplikacji.

V. Śledzenie transferów pieniądza bezgotówkowego w ramach instytucji przesyłki niejawnie nadzorowanej

Poczynione ustalenia wskazują, że na gruncie obowiązujących przepisów nie można zarządzić kontroli transferów elektronicznych środków płatniczych w czasie rzeczywistym w ramach instytucji przesyłki niejawnie nadzorowa-

¹⁰ P. Opitek (2017), *Skimming – aspekty kryminalistyczne. Cyberprzestępczość w bankowości elektronicznej*, Monografie Prawnicze, Wydawnictwo C.H. Beck, s. 227 i nast.

¹¹ F. Burelli, R. Clarke, M. Weston, C. Palmer, R. Courtneidge, S. Moore, W. Lloyd (July 2013), *Financial fraud: a protean threat*, Value Partners Management Consulting Ltd., London, zbiory własne autora, s. 31.

nej. Aby tak się stało, proponowana konstrukcja prawna powinna zawierać (co najmniej) dwa nowe elementy: określać przedmiot nadzoru w postaci środków pieniężnych zapisanych na rachunku oraz wprowadzić zgodę sądu na prowadzenie takich działań¹². Art. 30a uABW mógłby uzyskać brzmienie:

- „ust. 1. W sprawach o przestępstwa, o których mowa w art. 5 ust. 1 pkt 2, w ramach czynności operacyjno-rozpoznawczych zmierzających do udokumentowania tych przestępstw albo ustalenia tożsamości osób uczestniczących w tych przestępstwach lub korzyści pochodzących z przestępstwa, Sąd Okręgowy w Warszawie na wniosek Szefa ABW po uzyskaniu zgody Prokuratora Generalnego może, przed wszczęciem postępowania karnego, zarządzić niejawne nadzorowanie w systemach bankowych bezgotówkowych transakcji płatniczych dotyczących środków pochodzących z przestępstwa.
- ust. 2. O zarządzeniu, przebiegu i wynikach czynności podjętych w trybie ust. 1 Szef Agencji Bezpieczeństwa Wewnętrznego niezwłocznie zawiadamia Prokuratora Generalnego, który może nakazać ich zaniechanie.
- ust. 3. Stosownie do zarządzenia, o którym mowa w ust. 1, urzędy, banki (ewentualnie: instytucje i podmioty prowadzące działalność w dziedzinie usług finansowych) są obowiązane dopuścić do transferu środków objętych nadzorem i niezwłocznie informować Szefa ABW o zleconych i wykonanych transakcjach płatniczych dokonanych z zaangażowaniem tych środków.
- ust. 4. W przypadku potwierdzenia informacji o przestępstwie Szef Agencji Bezpieczeństwa Wewnętrznego przekazuje Prokuratorowi Generalnemu wszystkie materiały zgromadzone w wyniku wykonywania czynności. W postępowaniu przed sądem, w odniesieniu do tych materiałów, stosuje się odpowiednio art. 393 § 1 zdanie pierwsze Kodeksu postępowania karnego.
- ust. 5. Prezes Rady Ministrów określi, w drodze rozporządzenia, sposób przeprowadzania i dokumentowania czynności, o których mowa w ust. 1”.

¹² Analiza podanej definicji prowadzi do interesującej konkluzji: przepis art. 30 ust. 1 uABW w obecnym kształcie pozwala *de facto* nadzorować przemieszczanie się pieniądza, jeśli występuje on w formie elektronicznych impulsów zapisanych na magnetycznym lub elektronicznym nośniku informacji. Chodzi o różnego rodzaju przedmioty o funkcjonalności karty płatniczej: kredytowej, debetowej, przedpłaconej, które mieszczą się w pojęciu „przedmiot”. Chociaż z drugiej strony pieniądz taki może być zdalnie wytransferowany z nośnika np. poprzez użycie aplikacji mobilnej i wypłatę środków z rachunku bankowego. W proponowanej nowelizacji chodzi natomiast o pieniądz rozumiany jako tzw. pieniądz sieciowy. Ma on postać pliku zapisanego w systemie teleinformatycznym instytucji upoważnionej do wydawania i zarządzania takimi aktywami.

Legalna definicja transakcji płatniczej znajduje się w art. 2 pkt 29 ustawy z dnia 19 sierpnia 2011 r. o usługach płatniczych¹³ i oznacza „zainicjowaną przez płatnika lub odbiorcę wpłatę, transfer lub wypłatę środków pieniężnych”. W pierwszej zaproponowanej wersji art. 30a ust. 1 uABW chodzi o rozliczenia finansowe, w których środki pieniężne są przenoszone z jednych rachunków bankowych na inne bez posługiwania się tradycyjną gotówką, a jedynie w formie zapisów na kontach bankowych rozliczających się stron. Z kolei szerszy nadzór nad przesyłką prowadzony na podstawie ust. 1 art. 30a uABW determinowałby następującą treść tego przepisu:

„W sprawach o przestępstwa, o których mowa w art. 5 ust. 1 pkt 2, w ramach czynności operacyjno-rozpoznawczych zmierzających do udokumentowania tych przestępstw albo ustalenia tożsamości osób uczestniczących w tych przestępstwach lub korzyści pochodzących z przestępstwa, Sąd Okręgowy w Warszawie na wniosek Szefa Agencji Bezpieczeństwa Wewnętrznego po uzyskaniu zgody Prokuratora Generalnego może, przed wszczęciem postępowania karnego, zarządzić niejawne nadzorowanie w systemach finansowych bezgotówkowych transakcji płatniczych dotyczących środków pochodzących z przestępstwa”.

W art. 30a ust. 1 uABW mowa jest o systemie bankowym lub finansowym państwa. Drugi termin nie został zdefiniowany w prawie i jest wieloznaczny. W zaproponowanym przepisie nadaje się mu znacznie funkcjonalne i oznacza sieć rynków i pośredników finansowych oraz innych instytucji zapewniającą różne sposoby transferu środków ekonomicznych w czasie i przestrzeni oraz dedykowane im metody rozliczania i dokonywania płatności¹⁴. Na system finansowy państwa składają się zatem wzajemne powiązania tworzących go instytucji z wykorzystaniem odpowiednich procedur prawnych i infrastruktury technicznej (logistycznej). Węższym pojęciem jest „system bankowy”, rozumiany jako zorganizowany zespół powiązań i elementów pomiędzy różnymi instytucjami bankowymi uczestniczącymi w organizacji i obsłudze obiegu pieniądza. W Polsce działa 30 krajowych banków komercyjnych, 535 banków spółdzielczych i 33 oddziały instytucji kredytowych (dane na dzień 31 maja 2020 r.¹⁵). Ponieważ trudno przyjąć, że wszystkie profesjonalne podmioty działające na rynku dałoby się objąć obowiązkami raportowania o nadzorowanych/kontrolowanych transferach płatniczych, to obecnie bardziej adekwatny dla celów art. 30a uABW jest zwrot „w systemach bankowych” aniżeli „w systemach finansowych”.

Treść proponowanej regulacji daje się modyfikować w jeszcze innym kierunku. Warto zastanowić się np., czy nie zawęzić przedmiotowo jej stosowa-

¹³ Dz. U. z 2020 r., poz. 794.

¹⁴ Zob. A. Matyszek-Jędrzych, System finansowy – definicja i funkcje, Bank i kredyt 2017, s. 39 i nast.

¹⁵ https://www.knf.gov.pl/?articleId=56224&p_id=18, dostęp w dniu 17 lipca 2020 r.

nia tylko do przestępstw z art. 299 k.k., godzących jednocześnie w podstawy ekonomiczne państwa. Z drugiej strony jednak szereg nielegalnych działań innych aniżeli pranie pieniędzy, związanych jest z uzyskiwaniem przez sprawców znacznych korzyści finansowych i lokowaniu ich w systemie bankowym; chodzi m.in. o malwersacje podatkowe, czy „łapówki” przekraczające wysokością „mienie znacznej wartości”, o którym mowa w art. 115 § 5 k.k. W takich sprawach także warto śledzić „w locie” przepływy, podobne, jak w przypadku czynności operacyjno-rozpoznawczych związanych z finansowaniem terroryzmu i działalnością ekstremistyczną.

Warto także zastanowić się nad dopuszczalnym okresem prowadzenia nowej formy czynności operacyjno-rozpoznawczych w ramach przesyłki niejawnie nadzorowanej. Obowiązujący art. 30 uABW nie przewiduje w tym zakresie ograniczeń, jednak w przypadku zastosowania art. 30a uABW za zgodą sądu okresy śledzenia przemieszczania się pieniądza elektronicznego powinny być limitowane, być może w taki sam sposób, jak dzieje się to w przypadku kontroli operacyjnej na gruncie pozostałych ustaw.

Istotnym elementem odróżniającym proponowane rozwiązanie od tradycyjnej instytucji przesyłki niejawnie nadzorowanej jest to, że na podstawie art. 30 uABW „śledzi się” rzeczy oznaczone co do tożsamości, natomiast w art. 30a uABW chodzi o rzeczy oznaczone co do gatunku. Przykładowo funkcjonariusze Agencji mogą dowiedzieć się, że w danym miejscu spotkają się figuranci, jeden z nich przekaże drugiemu pieniądze pochodzące z czynu zabronionego i konieczne stanie się ustalenie ostatecznego beneficjenta tych środków. Przedmiotem niejawnego nadzoru będzie zatem przemieszczanie się „papierowych” środków płatniczych, czyli *de facto* osób w których posiadaniu znajdują się pieniądze, i utrwalenie tych czynności m.in. przy użyciu urządzeń rejestrujących obraz i dźwięk. W przypadku kontroli pieniądza bezgotówkowego sytuacja wygląda inaczej, bowiem dokumentuje się zapis w bankowych systemach informatycznych odzwierciedlający zmianę salda rachunków lub inne parametry związane z kontem (np. ustanowienie nowego pełnomocnika do rachunku lub wydanie karty płatniczej do jego obsługi). W grę wchodzi różne scenariusze, co generuje kolejne trudności techniczne i prawne w realizacji nowej formy pracy operacyjnej. W typowym zdarzeniu figurant wpłaci na konto środki pochodzące z przestępstwa i istotne stanie się ustalenie, jaką drogę pokonają one w systemie bankowym i kto ostatecznie podejmie pieniądze np. realizując wypłatę w bankomacie. W praktyce jednak sytuacja może się skomplikować z kilku powodów. Niekiedy „podejrzany” rachunek zasilą wpłaty pochodzące z różnych, także legalnych źródeł lub przedmiot kontroli zostanie transferowany poza granicę Polski. W innym scenariuszu saldo rachunku będzie „na plusie” jeszcze przed dokonaniem nadzorowanej wpłaty i „wymiesza się” ona z innymi pieniędzmi. Sprawa wydaje się najprostsza, gdy po zasileniu konta przez figu-

ranta, kolejne zlecenie obciążenia jego rachunku opiewa na identyczną sumę, jak pierwotny przedmiot nadzoru. Jednak w praktyce następujące po sobie transfery mogą dotyczyć sum większych lub mniejszych, kierowanych dodatkowo na różne konta bankowe, a nawet transferowanych do innych podmiotów finansowych aniżeli banki (np. na giełdy kryptowalutowe lub na rachunki kantorów wymiany walut). Najbezpieczniejsza dla ABW jest kontrola składanych zleceń płatniczych online, kiedy można przeciwdziałać bezpowrotnej utracie środków poprzez ich natychmiastową blokadę.

Wynika z tego, że zastosowanie art. 30a uABW wymagałoby ustalenia, a przynajmniej uprawdopodobnienia, że pod względem technicznym istnieje możliwość nadzorowania przepływu pieniędzy w konkretnej sprawie. Służba powinna uwzględnić przy tym jeszcze inne przesłanki wynikające z treści zaproponowanego art. 30a uABW; chodzi m.in. o uprawnienie Prokuratora Generalnego do uzyskiwania informacji o przebiegu czynności w każdym momencie jej realizacji. Na Szefie ABW ciążyłby obowiązek odpowiedniego dokumentowania podjętych działań na każdym etapie niejawnego nadzoru. Jak już wspomniano, gromadzenie aktualnych danych o miejscu lokalizacji środków stanowi poważne wyzwanie, skoro mogą one dość swobodnie przemieszczać się pomiędzy serwerami różnych banków. Rzetelne dokumentowanie czynności operacyjno-rozpoznawczych ma tymczasem kapitalne znaczenie pod kątem możliwości i jakości uzyskanych dowodów, a następnie ich (ewentualnego) wykorzystania w procesie karnym.

Powyższe rozważania prowadzą do wniosku, że w przypadku aktywów cyfrowych, termin „nadzorować” należy rozumieć nieco inaczej, aniżeli ma to miejsce na gruncie art. 30 ust. 1 uABW. Pieniądz elektroniczny ma postać kodu zero-jedynkowego zapisanego w systemie informatycznym banku. W przypadku art. 30a uABW będzie chodziło zatem o nadzór rozumiany jako bieżące uzyskiwanie informacji o tym, że cyfrowe aktywa zapisane w księdze „A” w wyniku transferu danych zostały zaksięgowane w repetytorium „B”. Pojęcie „księgi”, to saldo na rachunku bankowym, a „transfer” oznacza przesunięcie środków w wyniku przelewu dokonywanego za pomocą różnych metod: zlecenia stałego, polecenia zapłaty itp. Teoretycznie rzecz biorąc, niejawne nadzorowanie pod względem technicznym może być prowadzone na dwa sposoby: poprzez wgląd „online” w system informatyczny i teleinformatyczny, w którym funkcjonują pozostające w zainteresowaniu organów ścigania środki lub w formie przekazywania ABW przez instytucję wskazaną w postanowieniu sądu aktualnych informacji o statusie aktywów.

Wspomniano już, że idealna sytuacja zakłada bieżące śledzenie zleceń płatniczych. Jeśli uzyskiwanie informacji „w locie” jest niemożliwe, to w grę wchodzi monitorowanie transferów z pewnym opóźnieniem. Bardziej realne wydaje się to drugie rozwiązanie, tj. na podstawie dostarczonego przez ABW postanowienia sądu o niejawnym nadzorze instytucje finansowe po-

winny bezzwłocznie informować Agencję o każdej operacji, a nawet jeszcze wcześniej – o zleceniu jej wykonania przez dysponenta środków objętych sądową decyzją. Idealne byłoby rozwiązanie w postaci udostępnienia Agencji Bezpieczeństwa Wewnętrznego panelu aplikacji z dostępem do nadzorowanych danych lub innego, bezpiecznego elektronicznego kanału przesyłania informacji. Specjalne oprogramowanie powinno generować alerty o zdarzeniach, które należy raportować. Patrząc od strony instytucji zobowiązanych do współpracy z Agencją, podstawowego znaczenia nabiera zbudowanie sprawnego narzędzia informującego bank, że znajdujące się w jego posiadaniu środki są objęte nadzorem. Ponieważ takie środki można w krótkim czasie dzielić na wiele mniejszych transferów, księgowanych dodatkowo w różnych bankach oraz łączyć z innymi aktywami, to efektywność wspomnianego narzędzia miałaby podstawowe znaczenie dla realizacji operacji specjalnej.

VI. Śledzenie transferów pieniądza bezgotówkowego w ramach instytucji kontrolnej operacyjnej

Wydawać by się mogło, że instytucja przesyłki niejawnie nadzorowanej stanowi naturalną „bazę” do tworzenia regulacji pozwalających kontrolować „w locie” transfery pieniądza bezgotówkowego. Jednak szczegółowa analiza problemu dowodzi, że proponowane działania mają dużo cech wspólnych z kontrolą operacyjną, o której mowa w art. 27 uABW. „Śledzenie” operacji płatniczych to coś więcej aniżeli niejawni nadzór z art. 30 uABW przede wszystkim dlatego, że dotyczy danych i informacji do których dostęp reglamentowany jest zgodą sądu. Można rozważyć zatem nowelizację obowiązującego art. 27 uABW poprzez dodanie do ust. 6 nowej formy kontroli:

„Art. 27 ust. 6. Kontrola operacyjna prowadzona jest niejawnie i polega na:

(...)

6) uzyskiwaniu danych o bezgotówkowych transakcjach płatniczych w systemach bankowych”

lub szerzej:

„6) uzyskiwaniu danych o transakcjach płatniczych w systemach informatycznych i teleinformatycznych instytucji finansowych”.

Najszerzej zakreślona i dostarczająca najwięcej cennych informacji, ale też praktycznie najtrudniejsza w realizacji, kontrola operacyjna dotyczyłaby usług płatniczych. Wspomniany termin nie doczekał się definicji legalnej, ale w ustawie o usługach płatniczych znajduje się zamknięty katalog określonych rodzajów działalności, którą należy traktować jako takie usługi. Polegają one na:

1) przyjmowaniu wpłat gotówki i dokonywaniu wypłat gotówki z rachunku płatniczego oraz wszelkich działań niezbędnych do prowadzenia rachunku;

- 2) wykonywaniu transakcji płatniczych, w tym transferu środków pieniężnych na rachunek płatniczy u dostawcy użytkownika lub u innego dostawcy:
 - przez wykonywanie usług polecenia zapłaty, w tym jednorazowych poleceń zapłaty,
 - przy użyciu karty płatniczej lub podobnego instrumentu płatniczego,
 - przez wykonywanie usług polecenia przelewu, w tym stałych zleceń;
- 3) wykonywaniu transakcji płatniczych w ciężar środków pieniężnych udostępnionych użytkownikowi z tytułu kredytu;
- 4) wydawaniu instrumentów płatniczych;
- 5) umożliwianiu wykonania transakcji płatniczych, zainicjowanych przez akceptanta lub za jego pośrednictwem, instrumentem płatniczym płatnika, w szczególności na obsłudze autoryzacji, przesyłaniu do wydawcy karty płatniczej lub systemów płatności, zleceń płatniczych płatnika lub akceptanta, mających na celu przekazanie akceptantowi należnych mu środków;
- 6) świadczeniu usługi przekazu pieniężnego;
- 7) wykonywaniu transakcji płatniczych, w przypadku których zgoda płatnika na wykonanie transakcji udzielana jest przy użyciu urządzenia telekomunikacyjnego, cyfrowego lub informatycznego, a płatność przekazywana jest dostawcy usług telekomunikacyjnych, cyfrowych lub informatycznych, działającemu jedynie jako pośrednik pomiędzy użytkownikiem zlecającym transakcję płatniczą a odbiorcą¹⁶.

Przyjęcie któregośkolwiek z proponowanych rozwiązań implikowałoby konieczność nowelizacji pozostałych zapisów art. 27 uABW, m.in.:

- ust. 7 poprzez dodanie pkt 6: „Wniosek Szefa Agencji Bezpieczeństwa Wewnętrznego, o którym mowa w ust. 1, powinien zawierać w szczególności: (...) 6) określenie pieniądza bezgotówkowego (lub elektronicznych środków płatniczych lub usług płatniczych), których ma dotyczyć kontrola”,
- ust. 12.: „Przedsiębiorca telekomunikacyjny, operator pocztowy, usługodawca świadczący usługi drogą elektroniczną oraz bank (ewentualnie: instytucja finansowa) są obowiązani do zapewnienia na własny koszt warunków technicznych i organizacyjnych umożliwiających prowadzenie przez ABW kontroli operacyjnej”.

Podobnie, jak dotyczyło to art. 30a uABW, także i tutaj pojawia się problem przechwytywania informacji „w locie”. Jest to możliwe w przypadku uzyskiwania i utrwalania treści rozmów prowadzonych przy użyciu środków technicznych, w tym za pomocą sieci telekomunikacyjnych (art. 27 ust. 6 pkt 1 uABW). Chociaż realizacja kontroli operacyjnej w postaci bezpośredniego przechwytu danych jest siłą rzeczy najefektywniejsza, to jednak zawarta w art. 27 uABW instytucja nie wprowadza konieczności śledzenia przepły-

¹⁶ https://www.knf.gov.pl/dla_ryнку/procesy_licencyjne/platniczy/informacje_ogolne/zakres_uslug_platniczych, dostęp w dniu 17 lipca 2020 r.

wów „online” jako warunku *sine qua non* prowadzenia działań. Przepis art. 27 ust. 6 pkt 2 uABW pozwala np. na uzyskiwanie i utrwalanie obrazu lub dźwięku osób z pomieszczeń, środków transportu lub miejsc innych niż miejsca publiczne i nie ma przeszkód, aby obraz i dźwięk został najpierw zarejestrowany, a później odtworzony, jeśli jego bieżący podgląd z przyczyn technicznych byłby niewykonalny. Można w ramach nowej formy pracy operacyjnej zobowiązać banki (lub szerzej: instytucje finansowe) do bieżącego informowania Agencji, w miarę możliwości, o transferach środków objętych kontrolą. Do ustalenia pozostaje, jaki reżim czasowy przekazu powinien zostać narzucony instytucjom zobowiązanym do ich udzielenia. Stanowiłby o tym nowy art. 27 ust. 12b:

„W przypadku kontroli, o której mowa w ust. 6 pkt 6, informacje o transakcjach powinny być przekazywane przez instytucje zobowiązane niezwłocznie”.

Kontrolę operacyjną w dotychczasowej postaci stosuje się zawsze co do konkretnej osoby. W pierwszej kolejności należy dążyć do ustalenia jej danych osobowych, a jeśli – pomimo realizacji niezbędnych czynności – nie jest to możliwe, postanowienie sądu dotyczy figuranta o nieustalonym imieniu i nazwisku (tzw. NN). Punkt wyjścia do śledzenia transferów pieniądza bezgotówkowego w systemach bankowych stanowiłoby ustalenie, kogo transfery dotyczą i co konkretnie należy śledzić.

VII. Podsumowanie i wnioski

Przepisy prawa i praktyka jego stosowania powinny nadążać za zmieniającymi się formami popełniania przestępstw, co wymusza przede wszystkim rozwój nowych technologii cyfrowych. Autor niniejszego opracowania jest zwolennikiem w pierwszej kolejności dostosowywania obowiązujących regulacji do zmieniającej się rzeczywistości poprzez odpowiednią, niekiedy precedensową i nowatorską, ich wykładnię. Dopiero potem, gdy proces interpretacji nie wystarcza, należy rozważyć wprowadzenie nowych rozwiązań. Z taką sytuacją ma się do czynienia w przypadku dążenia do kontroli transferów bezgotówkowych środków płatniczych w czasie rzeczywistym jako innowacyjnej formy czynności operacyjno-rozpoznawczych.

Przeprowadzona analiza wskazuje, że główne problemy do rozwiązania w przypadku wprowadzenia proponowanej formy czynności dotyczą:

- możliwości technicznych nieprzerwanego śledzenia przez banki transferów pieniądza bezgotówkowego lub innych środków płatniczych (zagadnienie techniczne),
- metody komunikacji o statusie środków na linii Agencja Bezpieczeństwa Wewnętrznego–banki w tym przede wszystkim przekazywania informacji „w locie” (zagadnienie techniczne),

- przeniesienie ciężaru kontroli z podmiotowej, tj. ukierunkowanej na konkretną osobę, na przedmiotową, a więc skupiającą się bardziej na pieniądzu w sposób do zaakceptowania przez Prokuratora Generalnego i sąd (zagadnienie prawne).

Zaproponowany w artykule kształt nowych regulacji może stanowić punkt wyjścia do działań nad nowelizacją ustawy o Agencji Bezpieczeństwa Wewnętrznego i (ewentualnie) podobnych rozwiązań zamieszczonych w innych ustawach „branżowych”. Zdaniem Autora wspomnianą nowelizację powinny poprzedzać prace specjalnego zespołu składającego się z funkcjonariuszy-praktyków stosujących kontrolę operacyjną, a także prokuratorów m.in. biorących udział w procedurach jej zarządzania i nadzorowania. Konieczna okazałaby się analiza orzecznictwa Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej i Europejskiego Trybunału Praw Człowieka w zakresie niejawnego gromadzenia i analizy danych cyfrowych, gdyż śledzenie pieniędzy, o jakim mowa w artykule, odznacza się bardziej rozproszonym charakterem i dotyczy potencjalnie większej ilości osób aniżeli działania skoncentrowane na konkretnym figurancie. Niezbędne są konsultacje z przedstawicielami sektora bankowego na temat technicznych możliwości detekcji danych „w locie”. Wnikliwa dyskusja nad kształtem nowych rozwiązań powinna bazować także na ocenie prawnoporównawczej, czy podobne metody działań operacyjno-rozpoznawczych stosowane są już w innych krajach Unii Europejskiej. Pomocna okazałaby się zapewne wiedza organizacji kartowych takich, jak MasterCard i Visa – wskazane korporacje dysponują rozbudowaną infrastrukturą i najnowocześniejszym oprogramowaniem dotyczącym transakcji „plastikowym pieniądzem”.

Dopiero tak szczegółowe rozpoznanie problemu może dać asumpt do podjęcia inicjatywy nowelizacji obowiązujących przepisów prawa lub też prowadzić do konkluzji, że nowa forma pracy operacyjnej jest niemożliwa do realizacji pod względem technicznym lub prawnym. Niezależnie jednak od tego, jak zakończyłaby się działalność zespołu, to jego dorobek byłby „kamieniem milowym” w rozpoznaniu przez prokuraturę i organy ochrony prawa możliwości stosowania nowoczesnych metod działań operacyjnych w cyberprzestrzeni. Nie ulega wątpliwości, że taka wiedza prędzej czy później stanie się konieczna do uaktualnienia form i metod czynności operacyjno-rozpoznawczych w perspektywie nowych wyzwań w zwalczaniu przestępczości XXI wieku.

Akty prawne

1. Ustawa z dnia 23 kwietnia 1964 r. Kodeks cywilny (Dz. U. z 2019 r., poz. 1145 z późn. zm.).

2. Ustawa z dnia 6 czerwca 1997 r. Kodeks karny (Dz. U. z 2019 r., poz. 1950 z późn. zm.).
3. Ustawa z dnia 29 sierpnia 1997 r. Prawo bankowe (Dz. U. z 2020 r., poz. 27).
4. Ustawa z dnia 24 maja 2002 r. o Agencji Bezpieczeństwa Wewnętrznego oraz Agencji Wywiadu (Dz. U. z 2020 r., poz. 794).
5. Ustawa z dnia 19 sierpnia 2011 r. o usługach płatniczych (Dz. U. z 2019 r., poz. 2357).
6. Ustawa z dnia 1 marca 2018 r. o przeciwdziałaniu praniu pieniędzy oraz finansowaniu terroryzmu (Dz. U. z 2020 r., poz. 971, 1086).
7. Rozporządzenie Prezesa Rady Ministrów z dnia 7 października 2002 r. w sprawie sposobu przeprowadzania i dokumentowania przez Agencję Bezpieczeństwa Wewnętrznego niejawnego nadzorowania wytwarzania, przemieszczania, przechowywania i obrotu przedmiotami przestępstwa (Dz. U. z 2002 r., Nr 172, poz. 1404).

Bibliografia

1. Burelli F., Clarke R., Weston M., Palmer C., Courtneidge R., Moore S., Lloyd W., Financial fraud: a protean threat, Value Partners Management Consulting Ltd., London 2013, zbiory własne autora.
2. Czech T., Wpis na rachunek płatniczy, Monitor Prawa Bankowego 2019, nr 10.
3. Matysek-Jędrych A., System finansowy – definicja i funkcje, Bank i kredyt 2017.
4. Opitek P., Skimming – aspekty kryminalistyczne. Cyberprzestępczość w bankowości elektronicznej, Monografie Prawnicze, Wydawnictwo C. H. Beck.
5. Wojdyło K., Nadzór nad kantorami internetowymi, Monitor Prawa Bankowego 2013, nr 3.

Źródła internetowe

1. https://www.knf.gov.pl/?articleId=56224&p_id=18, dostęp w dniu 17 lipca 2020 r.
2. <https://www.nbp.pl/home.aspx?f=/systemplatniczy/infrastruktura.html>, dostęp w dniu 17 lipca 2020 r.
3. www.sjp.pwn.pl, dostęp w dniu 17 lipca 2020 r.
4. https://www.knf.gov.pl/dla_rynku/procesy_licencyjne/platniczy/informacje_ogolne/zakres_uslug_platniczych, dostęp w dniu 17 lipca 2020 r.

Real-time tracking of electronic money transfers as a new form of operational reconnaissance based on examples from the Act on Internal Security Agency (demands with a view to the future law)

Abstract

This paper explores the possibility to covertly track electronic money movements in banking systems as part of operational reconnaissance. The issue is essential to crime combating as financial institutions are too often used for money laundering and other frauds. The first section of this paper provides a general overview of the topic. Then current legislation is examined for the possibility to use covert surveillance to trace money movements in IT and ICT systems of banks. The next two sections define the technical and legal nature of electronic money and describe the infrastructure for electronic money management. Then the paper proposes new legal provisions that are believed to be necessary in the Act on the Internal Security Agency for real-time tracking of electronic money transfers as part of new tasks within operational reconnaissance. Finally, it is demanded that a dedicated team should be set up to work on details of new regulations in Polish law.

Key words

Interception, undisclosed parcel tracking, electronic money, money laundering, crime, bank, payment.

GLOSY

Jerzy Duży

Glosa do wyroku Sądu Apelacyjnego w Katowicach z dnia 8 marca 2018 r., sygn. II AKa 590/17¹

Streszczenie

Autor podziela pogląd Sądu Apelacyjnego zawarty w glosowanym orzeczeniu, że możliwe jest dookreślenie (doprecyzowanie) opisu czynu z art. 299 § 1 k.k. w postępowaniu ponownym w sytuacji, w której nie wniesiono środka odwoławczego na niekorzyść oskarżonego poprzez wskazanie, że przedmiotem czynności wykonawczych tego przestępstwa były środki stanowiące korzyści z obrotu paliwami, od których nie zapłacono należnego podatku akcyzowego (a zatem dookreśleniu w ten sposób przestępstwa bazowego). Nie sprzeciwia się temu pośredni zakaz reformationis in peius, który nie może być interpretowany w sposób niezgodny ze sprawiedliwością materialną i formalną. Autor uważa, że orzeczenie Sądu Apelacyjnego jest tym cenniejsze, że dotyczy skomplikowanej prawnie sprawy dotyczącej typu czynu zabronionego (art. 299 § 1 k.k.), który jak podkreślano w literaturze z samej swojej istoty nie poddaje się regułom ostrej typizacji.

Teza: dookreśleniu (doprecyzowaniu) opisu czynu z art. 299 § 1 k.k. poprzez wskazanie, że przedmiotem czynności wykonawczych tego przestępstwa były środki stanowiące korzyści z obrotu paliwami, od których nie zapłacono należnego podatku akcyzowego (a zatem dookreśleniu w ten sposób przestępstwa bazowego), nie sprzeciwia się

¹ LEX nr 2480867.

pośredni zakaz *reformationis in peius* albowiem nie skutkuje to naruszeniem tożsamości czynu, jak również nie wiąże się z poczynieniem nowych, niekorzystnych dla oskarżonych ustaleń faktycznych, gdyż tego rodzaju ustalenia zostały już poczynione w pierwszym postępowaniu głównym.

W praktyce procesowej stosunkowo często pojawiają się sprawy, w których Sąd odwoławczy staje przed dylematem czy wolno sądowi orzekającemu *a quo* w postępowaniu ponownym w kontekście pośredniego zakazu *reformationis in peius* uzupełnić opis czynu, jeżeli nie w pełni lub niedokładnie odpowiada on ustawowemu opisowi typu czynu zabronionego w sytuacji, w której nie było to przedmiotem apelacji oskarżyciela publicznego. Kwestia ta tylko pozornie wydaje się mało istotna w kontekście faktu, że przecież autorami aktów oskarżeń i wyroków skazujących są profesjonaliści. Pomijając zwykle przeoczenie znamienia czynu zabronionego, w sprawach czy to opisujących skomplikowane stany faktyczne, czy też odnoszących się do wiedzy specjalnej problem jest daleko bardziej złożony. Nic zatem dziwnego, że w ostatnich latach kwestia ta była przedmiotem licznych orzeczeń i żywego zainteresowania doktryny². Na tle wypowiedzi tak judykatury jak i przedstawicieli nauki można wyodrębnić dwa rysujące się stanowiska – uznające niemożność uzupełnienia opisu czynu w postępowaniu ponownym jako naruszający zasadę pośredniego zakazu *reformationis in peius* jak i dopuszczające taką możliwość – pod warunkiem zachowania tożsamości czynu i nieczynienia nowych, niekorzystnych dla oskarżonego ustaleń faktycznych. Przewaga jednak jednego lub drugiego stanowiska w praktyce wydaje się być silnie uzależniona od rodzaju przestępstwa, którego problem w danej sprawie dotyczy.

W orzecznictwie sądowym można zaobserwować następującą prawidłowość. W sprawach, w których przedmiotem procesu jest odpowiedzialność oskarżonego za najczęściej popełniane, pospolite przestępstwa, bądź takie, które budzą szczególne zainteresowanie opinii publicznej, sądy nie stosują rozszerzającej wykładni art. 443 k.p.k. Trudno bowiem byłoby wytłumaczyć społeczeństwu dlaczego z powodu niezaskarżenia wyroku przez prokuratora miałby nie ponieść odpowiedzialności karnej ewidentnie winny popełnienia przestępstwa paser czy nietrzeźwy kierowca, względnie nie wskazano by

² Patrz szerzej Z. Łuczyński, Zakaz *reformationis in peius* w kontekście niektórych zasad procesu karnego, Państwo i Prawo 2013, nr 10; M. Szewczyk, Glosa do postanowienia Sądu Najwyższego z dnia 11 października 2016 r., sygn. III k.k. 123/16, Prokuratura i Prawo 2019, nr 7–8; J. Duży, Pośredni zakaz *reformationis in peius* a podstawowy cel procesu karnego, Państwo i Prawo 2016, nr 5; P. Pratkaniec, O możliwości pociągnięcia sprawy do odpowiedzialności karnej pomimo wadliwego opisu czynu w wyroku skazującym, Przegląd Sądowy 2020, nr 11–12.

w skazującym wyroku na rzeczywisty mechanizm przestępstwa w sprawie bulwersującej opinię publiczną (*vide* sprawa Lwa R. w kontekście dokonanych ustaleń dotyczących jego działania w interesie „grupy trzymającej władzę”)³. W sprawach, mniej „czytelnych”, zwłaszcza dotyczących typów przestępstw z abstrakcyjnego narażenia na niebezpieczeństwo, o skomplikowanym układzie znamion jak np. w typie przestępstwa prania pieniędzy zwykle dzieje się inaczej. Sądy w takich przypadkach nader często stosują rozszerzającą wykładnię art. 443 k.p.k. uważając, że sąd w postępowaniu ponownym nie ma prawa do modyfikacji niepełnego opisu czynu, o ile wyrok nie został zaskarżony przez oskarżyciela. Tak więc, na tle tej samej instytucji procesowej, w zależności od kategorii sprawy skrajnie odmiennie interpretowany jest pośredni zakaz *reformationis in peius*. Przykładem orzeczenia, które pozytywnie przełamuje te schematy jest wyrok Sądu Apelacyjnego w Katowicach z dnia 8 marca 2018 r., sygn. II AKa 590/17.

Głosowany wyrok zapadł w konsekwencji rozpoznania apelacji od wyroku Sądu Okręgowego w Częstochowie z dnia 27 września 2017 r., sygn. II K 82/16, w którym Sąd Okręgowy w Częstochowie uniewinnił oskarżonego od zarzucanych mu czynów z art. 299 § 1 k.k. Powodem uniewinnienia było powołanie się przez Sąd Okręgowy w Częstochowie ponownie rozpoznający sprawę na niedopuszczalność w postępowaniu ponownym zmiany opisu czynu przypisanego oskarżonym w pierwszym wyroku Sądu Okręgowego w Częstochowie zapadłym w dniu 22 kwietnia 2013 r., zaskarżonym jedynie na korzyść oskarżonych.

Apelację od powyższego wyroku wniósł Prokurator Okręgowy w Częstochowie, który zaskarżył wyrok w całości na niekorzyść oskarżonych zarzucając obrazę przepisów postępowania, tj., art. 443 k.p.k. przez Sąd uznający, że niedopuszczalna jest w ponownym postępowaniu sądowym zmiana opisu czynu przyjęta w pierwszym wyroku skazującym Sądu Okręgowego w Częstochowie z dnia 22 kwietnia 2013 r. zaskarżonym jedynie na korzyść oskarżonych poprzez dookreślenie tego opisu w postępowaniu ponownym i tym samym błędne przyjęcie, że dookreślenie opisu prowadziłoby do wydania orzeczenia surowszego dla oskarżonych i naruszałoby zakaz *reformationis in peius*, podczas gdy prawidłowa interpretacja art. 443 k.p.k. przemawia za stanowiskiem, że podstawą wyrokowania jest wyłącznie określone aktem oskarżenia zdarzenie faktyczne.

W realiach rozpoznawanej sprawy Sąd Okręgowy w Częstochowie w pierwszym wyroku powielił w wyroku przypisując sprawstwo oskarżonym opis czynów z art. 299 § 1 k.k. zawartych w akcie oskarżenia, w którym opis

³ Patrz szerzej J. Duży, Konsekwencje nadinterpretacji pośredniego zakazu *reformationis in peius*, (w:) *Doprawdy litość to zbrodnia*, pod red. B. Hołysta, J. Dużego, P. Grzegorzcyka, Z. Wardaka, D. Wąsika, Łódź 2018, s. 241–244 i przywołane tam orzecznictwo.

zabronionych zachowań sprowadzał się do wskazania dokonywania przez oskarżonych wpłat na rachunki bankowe firm kwot pieniędzy uzyskanych z tytułu fikcyjnych transakcji zakupów paliwa, a następnie podejmowaniu czynności mających na celu udaremnianie stwierdzenia przestępczego pochodzenia osiąganych przez firmy wymienione w zarzutach korzyści związanych z nielegalnym obrotem paliwami płynnymi.

Sąd Apelacyjny w Katowicach w głosowanym orzeczeniu wskazał, że w opisie czynów przypisanych oskarżonym podczas pierwszego rozpoznania sprawy Sąd Okręgowy w Częstochowie ujął znamię przestępstwa prania brudnych pieniędzy w postaci pochodzenia wartości majątkowych stanowiących przedmiot czynności wykonawczych tego przestępstwa przez wskazanie, że wartości te pochodziły z działalności polegającej na „nielegalnym obrocie paliwami płynnymi”. Zdaniem Sądu nie mamy tu do czynienia z dekompletacją znamion czynu zabronionego, a jedynie z niedookreśleniem (niedoprecyzowaniem) znamienia w opisie czynu przypisanego. Sąd Apelacyjny uznał, że znamię czynu z art. 299 § 1 k.k. zostało w opisie czynu przypisanego ujęte, a jedynie uczyniono to w sposób nieprecyzyjny, w szczególności taki, który w realiach niniejszej sprawy mógł odnosić się do działań mogących realizować znamiona różnych przestępstw. Sąd Apelacyjny odwołał się przy tym do uzasadnienia postanowienia Sądu Najwyższego z dnia 11 października 2016 r., sygn. III K 123/16⁴, w którym Sąd Najwyższy wskazał, że pomimo zmiany w postępowaniu ponownym opisu czynu nie dochodzi do złamania pośredniego zakazu *reformationis in peius*, o ile zostanie zachowana tożsamość czynu, choćby czyn przypisany uchylonym wyrokiem nie w pełni odpowiadał ustawowemu opisowi typu czynu zabronionego, byleby tylko nie był surowiej kwalifikowany lub nie zawierał okoliczności wpływających na zwiększenie reakcji karnej. W konsekwencji uchylił zaskarżony wyrok uniewinniający Sąd Okręgowy w Częstochowie i przekazał sprawę do ponownego rozpoznania.

Pogląd prawny Sądu Apelacyjnego wyrażony w głosowanym wyroku zasługuje na aprobatę. Znajduje też od dawna potwierdzenie w orzecznictwie, które odnosi się do typów przestępstw, w których znamię czynności wykonawczej obejmuje alternatywnie dwie lub więcej postaci. W uchwale Sądu Najwyższego z dnia 7 czerwca 2002 r., sygn. I KZP 16/02⁵ Sąd Najwyższy rozstrzygając zagadnienie prawne wymagające zasadniczej wykładni ustawy: „czy jest naruszeniem zasady przyjętej w przepisie art. 443 k.p.k. ustalenie, że sprawca dopuścił się czynu zarzucanego mu w postaci innej czynności sprawczej niż to przyjął sąd rozpoznający sprawę po raz pierwszy w sytuacji, gdy poprzedni wyrok został uchylony, a sprawę przekazano do po-

⁴ LEX nr 2177091.

⁵ OSNKW 2002, nr 7–8, poz. 51.

nownego rozpoznania na skutek apelacji wniesionej na korzyść oskarżonego”, stwierdził, że „jeżeli w dyspozycji normy określającej typ przestępstwa znamię czynności wykonawczej obejmuje alternatywnie dwie lub więcej postaci, to fakt, iż dokonano pierwotnie ustaleń faktycznych odpowiadających jednej z nich, i tylko w opisie czynu przyjęto błędnie inną postać czynności sprawczej, a nawet określono tę czynność pojęciem pozaustawowym, nie prowadzi do naruszenia zakazu wynikającego z art. 443 k.p.k. z tego tylko powodu, że w wyniku ponownego rozpoznania sprawy prawną ocenę czynności sprawczej wyrażono pojęciem ustawowym odpowiadającym dokonanym uprzednio ustaleniom faktycznym.” Przytoczona wyżej uchwała wydaje się mieć znaczenie uniwersalne także i wobec innych typów przestępstw aniżeli o alternatywnym określeniu znamion czynności wykonawczej. Jej podstawą (niedopowiedzianą) jest bowiem to, że przedmiotem orzekania są czyny rozumiane jako zdarzenia historyczne, czego nie zmienia instytucja procesowa określona w art. 443 k.p.k.

Głosowane orzeczenie Sądu Apelacyjnego w Katowicach pomimo, że odwołuje się do szeroko uzasadnionego orzeczenia Sądu Najwyższego z dnia 11 października 2016 r., sygn. III K 123/16, które było szeroko komentowane przez doktrynę⁶ z całą pewnością zasługuje na to, by być przedmiotem szerszego komentarza. O ile bowiem, co trafnie zauważył Sąd Apelacyjny odwołując się do tego postanowienia Sądu Najwyższego z dnia 11 października 2016 r., zapadło ono w podobnej w aspekcie prawnym sprawie należy zauważyć, że dotyczy jednak bardzo specyficznego typu czynu zabronionego oraz całkowicie odmiennego rodzajowo stanu faktycznego. Przedmiotem postanowienia Sądu Najwyższego z dnia 11 października 2016 r., sygn. III K 123/16 była kwestia możliwości pociągnięcia do odpowiedzialności za błąd w sztuce medycznej, wskutek którego doszło do wyczerpania znamion czynu zabronionego określonego w art. 155 k.k., w sytuacji, w której w ponownym postępowaniu przed Sądem pierwszej instancji Sąd ten zmienił opis czynności sprawczej prowadzącej do śmierci małoletniego pacjenta. Zdaniem Sądu odwoławczego było to niedopuszczalne, ponieważ oskarżonemu „dopisano popełnienie alternatywnej czynności sprawczej”. Sąd Najwyższy w konsekwencji rozpoznania kasacji uchylił zaskarżony wyrok sądu odwoławczego i przekazał sprawę do ponownego rozpoznania uznając, że „tak długo jak orzeczenie skazujące sądu orzekającego w postępowaniu ponownym odnosi się do tego samego czynu rozumianego jako zdarzenie historyczne, nie łamie pośredniego zakazu *reformationis in peius* skazanie oskarżonego w postępowaniu ponownym, chociażby czyn przypisany uchylonym wyrokiem nie w pełni literalnie odpowiadał ustawo-

⁶ Patrz szerzej M. Szewczyk, Glosa do postanowienia Sadu Najwyższego z dnia 11 października 2016 r., sygn. III k.k. 123/16, Prokuratura i Prawo 2019, nr 7–8.

wemu opisowi typu czynu zabronionego, byleby tylko nie był surowiej kwalifikowany, niż przypisany uchylonym wyrokiem, lub nie zawierał okoliczności wpływających na zwiększenie reakcji karnej”.

Przedmiotem natomiast wyrokowania Sądu Apelacyjnego w Katowicach była kwestia możliwości pociągnięcia do odpowiedzialności w postępowaniu ponownym mimo obowiązującego zakazu pośredniego *reformationis in peius*, co wymagałoby dookreślenia przez sąd ponownie rozpoznający sprawę opisu zabronionego za zachowania polegające na praniu pieniędzy. Należy zauważyć, że pomiędzy typami przestępstw, których czynności sprawcze na tle konkretnych stanów faktycznych są przedmiotem obu orzeczeń zachodzą diametralne różnice.

Czyn stypizowany w art. 155 k.k. będący przedmiotem orzeczenia Sądu Najwyższego należy do grupy przestępstw przeciwko życiu i zdrowiu. Taki typ czynu zabronionego chroni najistotniejsze z punktu widzenia jednostek dobro – życie.

Przedmiot ochrony czynu stypizowanego w art. 299 § 1 k.k. stanowi dobro abstrakcyjne – prawidłowość obrotu gospodarczego. W przypadku dóbr chronionych o abstrakcyjnym charakterze zdecydowanie łatwiej o pewien zakres tolerancji społecznej dla dokonywanych na nie zamachach. Nie ulega wątpliwości, że naruszenie takich konkretnych dóbr jak zdrowie, życie czy mienie spotka się zawsze z szerokim potępieniem społecznym. W konsekwencji, w przypadku zamachu na te dobra, jeżeli do uniewinnienia miałyby dojść wskutek ograniczeń procesowych, a nie wskutek niepopelnienia zarzucanego czynu, konkretne orzeczenie mogłoby spotkać się nie tylko z krytyką, ale niekiedy wręcz ze społecznym potępieniem. Inna sytuacja zapewne miałaby miejsce w przypadku czynów godzących w abstrakcyjne dobra.

Problem prawny jest jednak dokładnie tożsamy. Nie ma żadnych powodów, by inaczej traktować wpływ instytucji pośredniego zakazu *reformationis in peius* na rozstrzygnięcie sądu co do przestępstw przeciwko życiu i zdrowiu – wywołujących żywe reakcje społeczne i nakazujących stawiać pytanie o elementarną sprawiedliwość orzeczenia w przypadku szerokiego rozumienia tego zakazu – od rozstrzygnięcia dotyczącego typu przestępstwa godzącego w dobro abstrakcyjne, jak prawidłowość obrotu gospodarczego będącego przedmiotem ochrony przestępstwa prania pieniędzy, a co za tym idzie niewywołującego tak silnych emocji społecznych.

Przypomnijmy, że ustawodawca w opisie typu czynu zabronionego polegającego na praniu pieniędzy w art. 299 § 1 k.k. posługuje się pojęciem „korzyści związanych z popełnieniem czynu zabronionego”. Z brzmienia art. 299 § 1 k.k. wynika, że przedmiotem czynności wykonawczych są środki płatnicze, papiery wartościowe lub inne wartości dewizowe, prawa majątkowe lub mienie ruchome, które mają pochodzić nie tyle z czynu zabronionego co z korzyści związanych z jego popełnieniem. Znamię „korzyści związanych

z popełnieniem czynu zabronionego” powoduje konieczność udowodnienia tylko ciągu zdarzeń, w których został popełniony czyn zabroniony, a nie pochodzenia wartości podlegających praniu z czynu zabronionego⁷. W tym kontekście dopuszczenie przez sąd odwoławczy możliwości uzupełnienia opisu czynu w postępowaniu ponownym przez sąd I instancji poprzez doprecyzowanie przestępstwa bazowego, z którego miały pochodzić korzyści jawi się jako w pełni uprawnione, nienaruszające przy tym tożsamości czynu i wynikające z ustalonego w postępowaniu przed sądem pierwszej instancji stanu faktycznego.

Poza argumentami odwołującymi się do wykładni znamienia „korzyści związanych z popełnieniem czynu zabronionego” jakie użyto w art. 299 § 1 k.k., argumentem nienaruszenia tożsamości czynu oraz niedokonywania nowych ustaleń faktycznych za trafnością rozstrzygnięcia przez Sąd Apelacyjny w Katowicach świadczą nade wszystko argumenty logiczne. Otóż nawet przyjmując wadliwość proceduralną pierwszego wyroku skazującego Sądu Okręgowego wyrażającego się w nieprecyzyjnym, niepełnym opisie czynu to i tak należy postawić fundamentalne pytanie: czy w świetle art. 440 k.p.k. rażąco niesprawiedliwym byłoby utrzymanie w mocy wyroku uniewinniającego wydanego w postępowaniu ponownym Sądu Okręgowego w Częstochowie, czy przeciwnie. Wydaje się oczywistym, że rażąco niesprawiedliwe byłoby wydanie wyroku utrzymującego w mocy wyrok uniewinniający z uwagi na rzekome konsekwencje płynące z przepisu art. 443 k.p.k. Niezależnie bowiem od tego, jak ocenić działanie pośredniego zakazu *reformatio in peius* nie może on prowadzić do takiego orzekania przez sąd odwoławczy, które wykracza poza dyspozycję art. 440 k.p.k. Wiele uwagi zagadnieniu temu poświęcił P. Pratkowiecki. Autor ten słusznie zauważa na tle rozważań o możliwości pociągnięcia sprawcy do odpowiedzialności karnej pomimo wadliwego opisu czynu w wyroku skazującym, że omawiany przepis art. 440 k.p.k. wymaga od sądu odwoławczego uruchomienia szczególnego rodzaju wyobraźni. Nakazuje bowiem wstrzymać się od wydania orzeczenia o utrzymaniu w mocy zaskarżonego wyroku, gdyby taki rezultat postępowania apelacyjnego był rażąco niesprawiedliwy. Przepis artykułu 440 k.p.k. nie może bowiem prowadzić do tego, by wyrok sądu *ad quem* dotknięty został chorobą, o wiele bardziej poważniejszą niż ta, na którą cierpi wyrok sądu *a quo*⁸. Gdyby zatem Sąd Apelacyjny w Katowicach podjął w sprawie inne rozstrzygnięcie i utrzymał w mocy uniewinniające orzeczenie Sądu Okręgowego w Częstochowie, to wówczas właśnie jego orzeczenie należałoby uznać za rażąco niesprawiedliwe. Takie orzeczenie prowadziłoby

⁷ J. Skorupka, Pojęcie brudnych pieniędzy w prawie karnym, Prokuratura i Prawo 2006, nr 11, s. 42.

⁸ P. Pratkowiecki, O możliwości pociągnięcia sprawcy do odpowiedzialności karnej pomimo wadliwego opisu czynu w wyroku skazującym, Przegląd Sądowy 2020, nr 11–12, s. 115.

bowiem do faktycznego zniesienia karalności czynu ewidentnie stanowiącego przestępstwo, który tylko został w niepełny sposób opisany w wyroku skazującym. Instytucja czysto procesowa nie może prowadzić do tak daleko idącego faworyzowania oskarżonego w procesie. Pośredni zakaz *reformationis in peius* ma służyć niepogarszaniu jego sytuacji procesowej, a nie nieuzasadnionemu jej polepszaniu wbrew ewidentnej sprawiedliwości orzeczenia. Tak rozumiany pośredni zakaz *reformationis in peius* jest nie do pogodzenia zarówno ze sprawiedliwością rozumianą w sposób materialny jak i formalny. Tak daleko idący skutek byłby charakterystyczny dla znanych z historii form procesu formułkowego i jest nie do przyjęcia w nowożytnym procesie karnym. Przepis art. 443 k.p.k. nie może stać się swoistą klauzulą bezkarności dla sprawcy w każdym przypadku, w którym z jakichś względów doszło do nieprawidłowości w opisie czynu przypisanego mu wyrokiem, a który nie został z tego powodu zaskarżony. Niestety, w praktyce nierzadko nią bywa. Takie jednak postrzeganie konsekwencji art. 443 k.p.k. prowadzi do wniosku, że aby uchronić się przed potencjalną możliwością skutecznego zaskarżenia orzeczenia i konsekwencją braku możliwości modyfikacji orzeczenia w postępowaniu ponownym prokuratorzy powinni zaskarżać z ostrożności procesowej absolutnie każdy wyrok. Po części taka praktyka z obawy przed konsekwencjami pośredniego zakazu *reformationis in peius* już w sprawach charakteryzujących się bardzo złożonymi zarzutami np. dotyczącymi nadużyć mechanizmów podatkowych i towarzyszącym im przestępstwom prania pieniędzy staje się faktem w praktyce orzeczniczej. W konsekwencji prowadzić to może do ukształtowania się negatywnej praktyki procesowej polegającej na składaniu środków odwoławczych od wyroków ze skomplikowanymi opisami przypisanych czynów „na wszelki wypadek”, asekuracyjnie, gdyby w ocenie sądu odwoławczego opis ten mógł zawierać wady, które należałoby w postępowaniu ponownym wyeliminować.

W obliczu powyższych uwag na aprobatę zasługuje orzeczenie Sądu Apelacyjnego w Katowicach, który w skomplikowanej prawnie sprawie dotyczącej typu czynu zabronionego, który jak podkreślano w literaturze z samej swojej istoty nie poddaje się regułom ostrej typizacji⁹, potrafił zarówno dokonać prawidłowej analizy wyczerpania znamion art. 299 § 1 k.k. przez sprawców w kontekście opisu przypisanego im czynu i dostrzec oczywiste podobieństwo prawne rozpoznawanej przez siebie sprawy do sprawy będącej przedmiotem rozpoznania przez Sąd Najwyższy postanowieniem z dnia 11 października 2016 r. Argumentację prawną Sądu Apelacyjnego, która stanowiła podstawę wydania głosowanego rozstrzygnięcia, że dookreśleniu (doprecyzowaniu) opisu czynu z art. 299 § 1 k.k. poprzez wskazanie, że

⁹ Tak O. Górniok, Z problematyki prawnokarnej prania pieniędzy, Przegląd Sądowy 2002, nr 4, s. 29.

przedmiotem czynności wykonawczych tego przestępstwa były środki stanowiące korzyści z obrotu paliwami, od których nie zapłacono należnego podatku akcyzowego (a zatem dookreśleniu w ten sposób przestępstwa bazowego), nie sprzeciwia się pośredni zakaz *reformationis in peius*, albowiem nie skutkuje to naruszeniem tożsamości czynu, jak również nie wiąże się z poczynieniem nowych, niekorzystnych dla oskarżonych ustaleń faktycznych, gdyż tego rodzaju ustalenia zostały już poczynione w pierwszym postępowaniu głównym, należy w pełni podzielić.

Commentary to the judgment issued by the Court of Appeal in Katowice on 8 March 2018, ref. no. II AKa 590/17

Abstract

The commentator shares the view the Court of Appeal included in their judgment that the description of the act under Article 299, section 1 of the Penal Code may be put in a more precise way (clarified) during re-examination where no appeal has been lodged against a defendant, by indicating that an object of an offence concerned is money derived from trading in fuels on which no excise tax due has been paid (so by describing a predicate offence in a more precise way). The indirect prohibition of reformatio in peius does not apply as it cannot be construed contrary to substantive and formal justice. The commentator believes that the judgment of the Court of Appeal is all the more valuable as it addresses a legally complex issue of the prohibited act (Article 299, section of the Penal Code) which, as emphasised in the literature, by its very nature escapes any strict type classification.

Wiadomości dla Autorów i Czytelników

Redakcja uprzejmie zawiadamia, że – zgodnie z § 32 rozporządzenia Ministra Nauki i Szkolnictwa Wyższego z dnia 12 grudnia 2016 r. w sprawie przyznawania kategorii naukowej jednostkom naukowym i uczelniom, w których zgodnie z ich statutami nie wyodrębniono podstawowych jednostek organizacyjnych (Dz. U. z 2016 r., poz. 2154) – został opracowany i ogłoszony w formie komunikatu Ministra Nauki i Szkolnictwa Wyższego z dnia 26 stycznia 2017 r., składający się z 3 części (A., B., C.), wykaz czasopism naukowych, zawierający historię czasopisma z publikowanych wykazów za lata 2013–2016.

Za publikacje naukowe w każdym z tych czasopism przyznano najwyższą liczbę punktów spośród określonych w poszczególnych wykazach z okresu 2013–2016.

Czasopismo „Prokuratura i Prawo” zamieszczone zostało w części B., pod pozycją 2045, a za publikację na jego łamach przyznano najwyższą liczbę **6 punktów**.

Z uwagi na zmianę w procesie ewaluacji czasopism naukowych prowadzonej przez Ministerstwo Nauki i Szkolnictwa Wyższego Redakcja czasopisma uprzejmie informuje, że za publikację artykułów w czasopiśmie „Prokuratura i Prawo” w latach 2017–2018 autorom przysługuje 6 punktów. Natomiast, za publikację artykułów w latach 2019 i 2020 przysługuje 5 punktów

Analiza wydań czasopisma sprawiła, że Zespół Ekspertów Index Copernicus wyznaczył wartość wskaźnika w wysokości **ICV 2018 = 38.15**. Wyznaczona ocena ICV za rok 2018 jest widoczna na liście czasopism indeksowanych w bazie ICI Journals Master List 2018 oraz w **Paszporcie** naszego czasopisma, który dostępny jest pod linkiem <https://journals.indexcopernicus.com/search/details?id=4169>.

Nasze czasopismo od stycznia 2005 r. nie jest dostępne w prenumeracie. Równocześnie na stronie internetowej Prokuratury Krajowej pod adresem www.pk.gov.pl, w zakładce „Prokuratura i Prawo” publikowane numery”, udostępniliśmy pełne teksty miesięcznika od początku jego istnienia, to znaczy od stycznia 1995 r. do chwili obecnej.

Warunki publikacji

Redakcja prosi o nadsyłanie artykułów i innych materiałów przeznaczonych do publikacji wyłącznie w formie elektronicznej w edytorze Word 97, dla następujących ustawień: strona niestandardowa (szerokość 17 cm, wysokość 24 cm), marginesy: górny 2 cm, boczne (lewy i prawy) 2,5 cm i dolny 1,5 cm, czcionka Times New Roman w rozmiarze 11 (dla przypisów dolnych 9) oraz pojedynczy odstęp między wierszami. Jednocześnie informujemy, że ramy artykułu nie powinny przekraczać 30 stron znormalizowanego tekstu, a pozostałych opracowań – 20 stron.

Na pierwszej stronie należy zamieścić: imię i nazwisko autora (autorów), tytuł pracy, krótkie (kilkudzaniowe) streszczenie ujmujące główne tezy opracowania. Na końcu pracy należy podać: adres (adresy) autora (autorów), nr telefonu, adres e-mail, a także informacje o statusie profesjonalnym autora (autorów), z wyszczególnieniem posiadanych tytułów naukowych, nazwy instytucji zatrudniającej oraz zajmowanego stanowiska. Od doktorantów i aplikantów wymagana jest opinia dotycząca wartości merytorycznej przedstawionego artykułu (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@pk.gov.pl lub wojciechkotowski@poczta.onet.pl.

Redakcja zastrzega sobie prawo dokonywania w nadesłanych materiałach zmian tytułów, skrótów, poprawek stylistyczno-językowych oraz innych przeróbek technicznych. Redakcja przyjmuje prace dotychczas niedrukowane.

Zgodnie z decyzją Kolegium Redakcyjnego od nr 6/16 nie publikujemy na naszych łamach recenzji książek oraz sprawozdań z konferencji.