



Prokuratura i Prawo

NR 7-8/lipiec-sierpień 2016



ISSN 1233-2577

Prokuratura Krajowa

RADA PROGRAMOWA

Przewodniczący – **Bogdan ŚWIĘCZKOWSKI**
Członkowie: Janina BŁACHUT, Jerzy BRALCZYK, Władysław CZAPLIŃSKI, Tadeusz ERECIŃSKI,
Romuald KMIECIK, Lech K. PAPRZYCKI, Zygfryd SIWIK, Bogusław SYGIT, Zbigniew
SZCZĄSKA, Andrzej WRÓBEL, Włodzimierz WRÓBEL

KOLEGIUM REDAKCYJNE

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

REDAKCJA

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

Współpraca: Joanna CERAŃSKA

WYDAJE

PROKURATURA KRAJOWA

Adres Redakcji:
02-528 Warszawa, ul. Rakowiecka 26/30,
Tel. 22 125 1883
e-mail: redakcja@pk.gov.pl

Projekt okładki

Studio Karandasz

Skład i korekta:

Wydawnictwo Instytutu Ekspertyz Sądowych

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

Druk i dystrybucja:

Wydawnictwo Diecezjalne i Drukarnia w Sandomierzu

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

ISSN 1233-2577 nakład 2000 egz.

Wersją podstawową (referencyjną) czasopisma jest wersja papierowa

Spis treści
Table of contents

Artykuły/*Articles*

prof. dr hab. Leszek Wilk, dr Krzysztof Czichy – Wyższa Szkoła Finansów i Prawa w Bielsku-Białej	
Egzekucyjna funkcja prawa karnego skarbowego	7
<i>Enforcing purpose of criminal tax law</i>	18
Ewa Grzęda, doktorantka Uniwersytetu Jagiellońskiego	
W kwestii propozycji nowelizacji nieumyślności w kodeksie karnym	19
<i>Some remarks on draft amendments to the notion of unintentionality as set forth in the Penal Code</i>	38
dr Tomasz Kalita, Agencja Restrukturyzacji i Modernizacji Rolnictwa w Krakowie	
Śmierć mózgu jako granica prawnokarnej ochrony życia człowieka	39
<i>Evolving views on the determination of criteria for human death</i>	53
Aleksandra Krawczyk, adwokat we Wrocławiu, Aleksander Giehsmann, aplikant adwokacki we Wrocławiu	
Sukcesja odpowiedzialności karnej łączących się spółek	54
<i>Succession of liability for acts prohibited under penalty upon merging businesses</i>	65
dr Artur Kotowski, asystent sędziego Sądu Najwyższego	
Pojęcie jednoznaczności wykładni prawa w świetle badań orzecnictwa Izby Karnej Sądu Najwyższego	66
<i>Unequivocality of legal interpretation in the light of empirical studies on decisions of the Penal Chamber of the Supreme Court</i>	87
dr Anna Zofia Krawiec, asystent-specjalista ds. orzecnictwa w Sądzie Najwyższym	
Warunki przeprowadzania przesłuchania w trybie art. 185a–185c k.p.k.	88
<i>Conditions for examination conducted under Articles 185a to 185c of the Code of Criminal Procedure</i>	99
Piotr Karasek, doktorant Uniwersytetu Warszawskiego	
Odyskiwanie usuniętych dowodów cyfrowych w postępowaniu karnym	100
<i>Recovery of deleted digital evidence in criminal proceedings</i>	120

dr Małgorzata Żbikowska, adiunkt Uniwersytetu Szczecińskiego	
Wniosek o skazanie bez rozprawy po noweli k.p.k. z dnia 27 września 2013 r. (kilka uwag do artykułu I. Pączek)	121
<i>Motion to convict without trial under the Code of Criminal Procedure as amended on 27 September 2013 (several remarks to the paper of I. Pączek)</i>	133
dr Marcin Janusz Szewczyk, sędzia Sądu Rejonowego w Skarżysku-Kamiennej	
Środki kompensacyjne a zakaz <i>reformationis in peius</i>	134
<i>Compensatory measures versus prohibition of reformatio in peius</i>	147
dr hab. Ewa Bieńkowska, prof. Europejskiej Wyższej Szkoły Prawa i Administracji w Warszawie	
Prawo ofiary przestępstwa do kompensaty od państwa po zmianach z dnia 5 sierpnia 2015 r.	148
<i>Victims' right to state compensation as amended on 5 August 2015</i>	167
Paweł Dutka, asystent sędziego w Sądzie Rejonowym w Limanowej	
Wyrok skazujący jako podstawa do wydania nakazu zapłaty	168
<i>Judgment of conviction as a basis for issuing a payment order</i>	182
Aleksander Herzog, prokurator Prokuratury Krajowej	
Zmiany w postępowaniu dyscyplinarnym prokuratorów w Prawie o prokuraturze	184
<i>Changes in disciplinary proceedings against prosecutors under the Prosecution Service Act</i>	208
Materiały szkoleniowe/Training materials	
Piotr Żak, prokurator Śląskiego Wydziału Zamiejscowego Departamentu do Spraw Przestępczości Zorganizowanej i Korupcji Prokuratury Krajowej w Katowicach	
Nielegalna działalność bankowa – wybrane problemy praktyczne i interpretacyjne	209
<i>Illegal banking activities: select practical and interpretative challenges</i>	227
Piotr Sury, asesor Prokuratury Rejonowej w Nowej Soli	
Nieprawidłowości dystrybucji tzw. polisłokat a znamiona przestępstwa oszustwa	228
<i>Improper distribution of the so-called savings and insurance policies versus elements of fraud – methodological proposals</i>	254

Glosy/Commentaries

do wyroku Sądu Najwyższego z dnia 5 czerwca 2013 r., sygn. IV KK 77/13 (dot. kasacji na niekorzyść oskarżonego) – oprac. prof. dr hab. Antoni Bajończyk		255
<i>to the Supreme Court judgment of 5 June 2013, ref. file no. IV KK 77/13 (concerns cassation to the disadvantage of a defendant) – by prof. Antoni Bojańczyk</i>		263
do wyroku Sądu Najwyższego z dnia 26 lutego 2014 r., sygn. III KK 429/13 (dot. obowiązku naprawienia szkody) – oprac. Tomasz Pudo		264
<i>to the Supreme Court judgment of 26 February 2014, ref. file no. III KK 429/13 (concerns the obligation to redress a damage) – by Tomasz Pudo</i>		274
do wyroku Sądu Apelacyjnego w Łodzi z dnia 24 lipca 2013 r., sygn. II AKa 119/13 (dot. dzieciobójstwa) – oprac. Anna Golonka		275
<i>to the judgment issued by the Court of Appeal in Łódź on 24 July 2013, file ref. no. II AKa 119/2013 (concerns infanticide) – by Anna Golonka</i>		283
Z żałobnej karty/Obituary note		
Wspomnienie o Hubercie Hładiju		284
<i>In memory of Hubert Hładij</i>		284

Wspomnienie o Hubercie Hładiju 284
In memory of Hubert Hładij 284

1. Wskazywanie na przestępstwo skarbowe jako przestępstwo publiczne 285

A. Mogilnicki jeszcze w latach 30. XX w. podkreślał, że „przestępstwo zwykłe i przestępstwo skarbowe to są dwie rzeczy zupełnie różne”, a u podstawy tej dwutorowości leży poczucie prawne społeczeństwa, które nie godzi się z tym, żeby człowiek, który w drodze naleganej dąży do zubożenia przypadających nań częściów publicznych, miał być takim samym zbrodniarzem jak ten, kto przez czyny przestępne dąży do wzbogacenia się bezpośrednio krzywdząc obywateli”.

A. Mogilnicki: Dwutorowość zapadła lataj przy przestępstwach zwykłych i skarbowych, WPIS 1937, nr 3, s. 337 i 342.

ARTYKUŁY

Egzekucyjna funkcja prawa karnego skarbowego

Leszek Wilk, Krzysztof Czichy

Streszczenie

Zasada priorytetu egzekucji przed represją w prawie karnym skarbowym nie jest obecnie przez nikogo kwestionowana. Znajduje ona swoje odzwierciedlenie w szeregu instytucji tej dziedziny prawa, które przewidują możliwość redukcji lub nawet wyłączenia odpowiedzialności pod warunkiem uiszczenia należności publicznoprawnej uszczuplonej czynem zabronionym. W prezentowanej publikacji autorzy starają się odpowiedzieć na pytanie, czy wspomniana zasada powinna ulec modyfikacji, a jeśli tak, to w jakim zakresie i w jaki sposób.

I

A. Mogilnicki jeszcze w latach 30. XX w. podkreślał, że „przestępstwo zwykłe i przestępstwo skarbowe to są dwie rzeczy zupełnie różne”, a „u podstawy tej dwutorowości leży poczucie prawne społeczeństwa, które nie godzi się z tym, iżby człowiek, który w drodze nielegalnej dąży do zmniejszenia przypadających nań ciężarów publicznych, miał być takim samym zbrodniarzem jak ten, kto przez czyny przestępne dąży do wzbogacenia się bezpośrednio krzywdą obywateli”¹.

¹ A. Mogilnicki, Dwutorowość represji karnej przy przestępstwach zwykłych i skarbowych, RPEiS 1937, nr 3, s. 337 i 342.

Tę myśl ustawodawca zdaje się stosować przy tworzeniu kolejnych regulacji karnoskarbowych. W uzasadnieniu projektu obecnego Kodeksu karnego skarbowego wyraźnie zaznaczył, że chodzi o odpowiedzialność (karną), w której punkt ciężkości polityki kryminalnej przesunięty jest z karania na rozwiązywanie konfliktu społecznego na drodze m.in. wyrównania uszczerbku finansowego Skarbu Państwa lub innego właściwego podmiotu². Z tego też względu sprawca czynu zabronionego ma znacznie szersze (w porównaniu z powszechnym prawem karnym) możliwości zredukowania swojej odpowiedzialności, jeśli zdecyduje się na wyrównanie wyrządzonej szkody.

Autorzy niniejszego opracowania zdają sobie sprawę, że część wniosków i postulatów będzie miała charakter jedynie ogólny, co może budzić w Czytelniku pewien niedosyt. Zdawać sobie jednak należy sprawę, że szczegółowe omówienie wszystkich dostrzeganych problemów wymagających ingerencji ustawodawcy wykraczałoby daleko poza ramy artykułu. Jego celem jest przedstawienie kierunków badań prowadzonych przez Autorów, zasygnalizowanie dostrzeganych problemów i zaproszenie do szerokiej dyskusji nad potrzebą dokonania zmian w prawie karnym skarbowym.

W literaturze podnosi się, że popularność idei uwzględnienia kompensaty szkody jako prawnokarnego następstwa czynu bierze się z coraz dalej idącego sceptycyzmu wobec tradycyjnych kar kryminalnym, a w szczególności wobec możliwości osiągnięcia przypisanych karom kryminalnych celów. Sytuacja ta jest powodem dość aktywnych w ostatnim czasie prób poszukiwań nie tylko alternatywnych środków karnych, ale także alternatywnych „następstw” kryminalizacji, w sensie regulacji prowadzących do konsekwencji czynu innych niż ta, która wyraża się w zastosowaniu wobec sprawcy kary kryminalnej. Dlatego restytucja, nie będąc karą kryminalną, w pewnych wypadkach może być niezależnym celem kryminalizacji, jej konsekwencją, i poprzez to może stanowić samodzielne następstwo czynu³.

Z. Radzikowska wskazywała, że należy odróżnić cel egzekucyjny od kompensacyjnego celu reakcji karnoskarbowej⁴. Pierwszy z nich ujmowany jest jako skłonienie sprawcy do wykonania obowiązku względem wierzyciela publicznoprawnego, natomiast drugi – jako wymierzenie określonej dolegliwości, która może pełnić również rolę rekompensaty za wyrządzoną szkodę.

² Uzasadnienie Rady Ministrów RP do projektu ustawy – Kodeks karny skarbowy, (w:) Kodeks karny skarbowy z wprowadzeniem J. Sobczaka, Warszawa 1999, s. 151.

³ J. Wyrembąk, Idea sprawiedliwości naprawczej jako wyznacznik następstw kryminalizacji, (w:) Sprawiedliwość naprawcza. Idea. Teoria. Praktyka, pod red. M. Płatek i M. Fajsta, Warszawa 2005, s. 124–125.

⁴ Z. Radzikowska, Założenia systemu wymiaru kary w polskim prawie karnym skarbowym, Kraków 1986, s. 38.

Wszystkie te okoliczności wpływają na specyficzną filozofię karania. Wynika ona z szeregu okoliczności, z których w literaturze zwraca się uwagę na następujące:

- przestępczość skarbowa ma charakter ekonomiczny, wiąże się bowiem z uszczupleniem lub narażeniem na uszczuplenie należności publicznoprawnej, w znacznej mierze w toku obrotu cywilnoprawnego lub działalności publicznoprawnej, w części zaś przestępczość ta ma czysto formalny, wręcz porządkowy czy administracyjny charakter;
- przestępstwa i wykroczenia skarbowe stanowią zamachy na dobra ponadindywidualne i odtwarzalne w tym sensie, że szkodę w wymiarze „matematyczno-finansowym”, wyrażoną w określonej kwocie uszczuplonej należności publicznoprawnej, można bez przeszkód wyrównać po prostu przez uiszczenie tej kwoty (z ewentualnymi odsetkami), w przeciwieństwie np. do przestępstw przeciwko życiu i zdrowiu, czci i nietykalności cielesnej oraz wolności, gdzie kwestia kompensaty nie przedstawia się już tak prosto;
- prawo karne skarbowe nie ma głębszych etyczno-moralnych korzeni, w przeciwieństwie do powszechnego prawa karnego i w znanym dwupodziale przestępstw na tzw. *mala per se* (zło samo w sobie) i *mala prohibita* (zło wynikające z nakazu) przestępstwa skarbowe lokowane są w tej drugiej kategorii; dlatego też naruszenia regulacji finansowoprawnych wypełniające znamiona przestępstw i wykroczeń skarbowych spotykają się ze zgoła innym społecznym odbiorem niż zachowania godzące w podstawowe dobra chronione przez powszechne prawo karne, jak chociażby życie czy zdrowie;
- prawo karne skarbowe ma wobec prawa finansowego charakter wyłączający subsydiarny, wkraczając z represją karną skarbową tam, gdzie sankcje finansowoprawne są niewystarczające; jednocześnie odpowiedzialność karna skarbową jest niezależna od odpowiedzialności finansowoprawnej (co wyraża wprost art. 15 § 1 k.k.s.);
- z procesowego punktu widzenia zwraca uwagę brak sprzeczności oraz tożsamość interesów szeroko rozumianego pokrzywdzonego i oskarżyciela, co najbardziej rzuca się w oczy w postępowaniu przygotowawczym, gdzie ten sam w zasadzie organ jest takim pokrzywdzonym i jednocześnie organem ścigania⁵.

Na gruncie Kodeksu karnego skarbowego wprowadzono zatem szeroki wachlarz instytucji, które umożliwiają redukcję odpowiedzialności karnej aż

⁵ L. Wilk, Prawo karne skarbowe jako instrument egzekwowania podatków, Palestra 2010, nr 3, s. 13–14. Pamiętać wszak wypada, że w postępowaniu o przestępstwa skarbowe i wykroczenia skarbowe nie występuje rola pokrzywdzonego (art. 113 § 2 pkt 1 k.k.s.). Wyjaśnienie przyczyn tego stanu rzeczy wykraczałoby poza cel niniejszego opracowania.

do jej całkowitego wyłączenia w zamian za uiszczenie uszczuplonej należności publicznoprawnej. Zaliczyć do nich należy:

- dobrowolne poddanie się odpowiedzialności (art. 17 § 1 pkt 1 k.k.s.),
- postępowanie mandatowe (art. 137 § 2 pkt 1 k.k.s.),
- skazanie bez rozprawy (art. 156 § 3 k.k.s.),
- skróconą rozprawę (art. 161 § 1 k.k.s.),
- czynny żal (art. 16 i art. 16a k.k.s.),
- odstąpienie od wymierzenia kary lub środka karnego (art. 19 § 2 k.k.s.),
- odstąpienie od orzeczenia przepadku przedmiotów (art. 31 § 3 pkt 2 k.k.s.),
- nadzwyczajne złagodzenie kary (art. 36 § 2 oraz art. 77 § 4 k.k.s.),
- odstąpienie od nadzwyczajnego obostrzenia kary (art. 37 § 2 k.k.s.),
- zamianę kary pozbawienia wolności na karę ograniczenia wolności (art. 26 § 2 k.k.s.),
- warunkowe umorzenie postępowania, warunkowe zawieszenie wykonania kary oraz warunkowe zwolnienie (art. 41 § 2 i 4 k.k.s.).

Jak to uzasadniają przedstawiciele doktryny, proste wysłanie do zakładu karnego opornego dłużnika, np. za niezapłacenie podatku, nie jest właściwym środkiem, aby Skarbowi Państwa dostarczyć środków pieniężnych. Byłoby chyba absurdalne, że uszczerbek finansowy spowodowany przestępstwem skarbowym jest powiększony o dodatkowe straty finansowe z uwagi na koszty Skarbu Państwa związane z wykonaniem kary, a więc jest skierowany przeciwko interesom chronionym przez samo prawo karne skarbowe⁶.

II

Zasady priorytetu egzekucji przed represją nie sposób obecnie kwestionować. Dokonując corocznej analizy wykonania budżetu państwa i założeń polityki pieniężnej za 2013 r., Najwyższa Izba Kontroli stwierdziła, że kolejny rok pogorszyła się skuteczność egzekwowania zaległości podatkowych przez urzędy skarbowe. Wskaźnik skuteczności egzekucji, liczony jako relacja kwoty wyegzekwowanych zaległości do kwoty zaległości objętej tytułami wykonawczymi, wyniósł 23,0%. Skuteczność egzekucji zaległości w VAT w 2013 r. obniżyła się z 26,8% do 24,1%, a w CIT z 26,4% do 22,5%. W urzędach skarbowych zaległości podatkowe objęte tytułami wykonawczymi rosły szybciej niż zaległości wyegzekwowane w trybie postępowania egzekucyjnego. Pomimo faktu, że zaległości objęte tytułami wykonawczymi wzrosły o 10,4% (kwotowo o 1.226,8 mln zł), to w trybie postępowania egzekucyjnego wyegzekwowano tylko o 2,1% więcej niż w 2012 r. (o 61,4 mln zł), tj. 2990,4 mln zł. Zaległości podatkowe odpisane z powodu przedawnienia

⁶ Z. Siwik, System środków penalnych w prawie karnym skarbowym, Wrocław 1986, s. 56–57.

wyniosły 1.661,2 mln zł i były wyższe w porównaniu do odpisanych w 2012 r. o 93,0 mln zł, tj. o 5,9%. Najbardziej wzrosły kwoty odpisanych zaległości w podatku dochodowym od osób prawnych⁷.

Jeżeli zaś chodzi o wielkości kwotowe, to zaległości podatkowe (obejmujące wszystkie typy podatków) w 2009 r. wynosiły 22.967.588.000 zł, w 2010 r. była to już kwota 25.028.803.000 zł, w 2011 r. kwota 25.895.040.000 zł, natomiast w 2012 r. – 29.554.399.000 zł. W 2013 r. wynosiła ona 35.595.836.000 zł. W tych sumach największe zaległości dotyczyły podatku od towarów i usług i wynosiły one odpowiednio 10.716.522.000 zł w 2009 r., 11.609.309.000 zł w 2010 r. oraz 13.309.084.000 zł w 2011 r. W 2013 r. kwota ta wzrosła do 20.971.976.000 zł.

Zaległości podatkowe, których termin płatności upłynął w 2004 r. lub w latach wcześniejszych, zagrożone przedawnieniem na koniec 2010 r., wyniosły 5.473.123.000 zł, zaś w 2011 r. już 6.150.317.000 zł (kwota dotyczy wszystkich zaległości mających ponad 5 lat, niezależnie od tego, czy nastąpiło przerwanie biegu terminu przedawnienia). Kwota wszystkich zaległości mających ponad 5 lat, niezależnie od tego, czy nastąpiło przerwanie biegu terminu przedawnienia, wzrosła w 2012 r. do 6.484.211.000 zł⁸.

Powyższe dane jasno obrazują, że istnieje bardzo poważny problem w egzekwowaniu danin publicznych, który narasta z każdym rokiem. Należy zatem zadać pytanie, czy w sytuacji braku możliwości ściągnięcia podatków lub innych należności budżetowych, z których państwo finansuje swoją działalność, nie powinna nastąpić zmiana przepisów Kodeksu karnego skarbowego? W literaturze niemieckiej przestrzega się przed arbitralnym stosowaniem prawa karnego względem pewnych zjawisk o rosnącej społecznej doniosłości. Praktyka wskazuje bowiem, że prawo karne staje się często nie *ultima*, a *prima* albo wręcz *sola ratio* polityki kryminalnej. Zachodzi więc groźba sięgania po nie jako po „lek na całe zło”⁹.

W sytuacji, jaka została zaprezentowana wcześniej, wobec spadającej skuteczności egzekucji danin publicznych, wydaje się, że ewolucja zasady

⁷ Analiza wykonania budżetu państwa i założeń polityki pieniężnej w 2013 roku, Nr ewid. 138/2014/KBF, 139/2014/KBF, Druk Sejmowy nr 2495, s. 98.

⁸ Dane dotyczące 2009 i 2010 r. na podstawie informacji przekazanej Autorom w trybie dostępu do informacji publicznej przez Ministerstwo Finansów, Departament Administracji Podatkowej w piśmie z dnia 21 kwietnia 2011 r., znak AP8/065/146/TDB/11/4195; dotyczące 2011 r. w piśmie z dnia 9 marca 2012 r., znak AP8-016/20a/MXR/11/190 oraz z dnia 12 kwietnia 2012 r., znak AP8-016/193/MXR/12/2402; dotyczące 2012 r. w piśmie z dnia 7 października 2013 r., znak AP10-016-21/2013/MXR/4, natomiast dotyczące 2013 r. w piśmie z dnia 8 maja 2014 r., znak AP10-016-13/2014/MXR/2.

⁹ Ch. Hanssen, M. Otto, Das Freiheitsprinzip als Grenze inflationärer Strafnormenschaaffung, Zeitschrift für Rechtspolitik 2002, s. 320 (cyt. za: K. Wojtyczkiem, Zasada proporcjonalności jako granica prawa karania, Cz.P.K. i N.P. 1999, nr 2, s. 31).

priorytetu egzekucji przed represją powinna zmierzać w dwóch zasadniczych kierunkach:

- rozszerzenia zakresu tej zasady,
- wyeliminowania jej ubocznych, negatywnych następstw (z punktu widzenia polityki kryminalnej).

Należy przy tym zaznaczyć, że gdy chodzi o pierwszy aspekt, to wiele pozytywnych modyfikacji w tym zakresie zawiera już nowelizacja Kodeksu karnego skarbowego z 2005 r.¹⁰, której rozwiązania w zakresie omawianej zasady idą zasadniczo w dobrym kierunku, likwidując przede wszystkim nie-spójność pomiędzy prawem karnym skarbowym a prawem finansowym. Nie oznacza to, że nie ma już potrzeby poszukiwania dalszych modyfikacji.

III

Dobrowolne poddanie się odpowiedzialności jest jedną z najczęściej stosowanych i najbardziej preferowanych przez ustawodawcę instytucji redukcji odpowiedzialności. W 2010 r. skorzystało z niej 49,84% sprawców przestępstw skarbowych, w 2011 r. – 63,52%, w 2012 r. – 61,06%, zaś w 2013 r. – 64,41%. W przypadku wykroczeń skarbowych z dobrowolnego poddania się odpowiedzialności skorzystało w 2010 r. 36,13% ukaranych, w 2012 r. – 32,46%, natomiast w 2013 r. – 25,54%¹¹.

Dla niektórych przedstawicieli doktryny wydaje się dość oczywiste, dla-czego okoliczność, że przestępstwo skarbowe zagrożone karą ograniczenia wolności bądź pozbawienia wolności, wyłącza dopuszczalność zezwolenia na dobrowolne poddanie się odpowiedzialności. Chodzi – zdaniem tych autorów – o to, że instytucja ta, jako rezultat negocjacji między organem procesowym a sprawcą bez udziału sądu, nie może wykraczać poza zagrożenie karą o dolegliwości ekonomicznej¹². W przeciwnym razie w odbiorze społecznym mogłoby się pojawić wrażenie, że można kupić wolność za pieniądze¹³. Jednakże o tym, czy stanowisko to jest uzasadnione czy też nie, będzie decydował sposób rozumienia pojęcia „sprawiedliwości” na gruncie prawa karnego skarbowego. Wydaje się ono sprowadzać do odpowiedzi na

¹⁰ Ustawa z dnia 28 lipca 2005 r. o zmianie kodeksu karnego skarbowego i niektórych innych ustaw (Dz. U. Nr 178, poz. 1479), która weszła w życie z dniem 17 grudnia 2005 r.

¹¹ Dane z 2010 r. udostępnione przez Ministerstwo Sprawiedliwości w piśmie z dnia 8 października 2013 r., znak DSD–II–06–66/13, natomiast z lat 2011–2013 udostępnione przez Ministerstwo Sprawiedliwości zawarte w piśmie z dnia 18 czerwca 2014 r., znak DSD–061–147/14.

¹² M. Stefanów, *Konsensualne rozstrzyganie w sprawach karnych skarbowych*, Prok. i Pr. 2001, nr 11, s. 68.

¹³ 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. 152.

pytanie, czy korzystniejsze jest ukaranie sprawcy (które często może wiązać się brakiem możliwości przeprowadzenia skutecznej egzekucji) czy też „puszczenie go wolno” w zamian za uregulowanie wszystkich zobowiązań oraz ewentualne wymierzenie mu kary ekonomicznej.

W ocenie piszących te słowa aktualna sytuacja ekonomiczna (zwiększanie się długu publicznego, brak możliwości sfinansowania niektórych podstawowych wydatków państwa¹⁴, niska skuteczność egzekucji danin publicznych) zmusza do przyjęcia drugiego rozwiązania. Stąd też zasadne wydaje się rozszerzenie dobrowolnego poddania się odpowiedzialności również na przestępstwa skarbowe zagrożone karą ograniczenia wolności bądź pozbawienia wolności.

Oczywiście, zastosowanie tej instytucji w przypadku tychże czynów nie powinno odbywać się na takich samych zasadach, jak w przypadku deliktów skarbowych zagrożonych jedynie karą grzywny. Przede wszystkim sprawcy nie powinni korzystać z dobrodziejstwa w postaci braku wpisu o ukaraniu do Krajowego Rejestru Karnego. Możliwym do zaakceptowania postulatem byłoby natomiast skrócenie okresu, po jakim informacja o ukaraniu zostałaby usunięta z rejestru. Kolejnym rozwiązaniem wartym zastanowienia mogłoby również być ustanowienie (być może nawet obligatoryjnego) zawieszenia wykonania kary na okres krótszy niż minimalny okres próby określony w obecnie obowiązujących przepisach kodeksu.

Skuteczność oddziaływania rozważanej instytucji mogłaby zostać podniesiona w wyniku zmiany art. 143 § 1 pkt 1 k.k.s. poprzez zmodyfikowanie warunków związanych z obowiązkiem uiszczenia należności publicznoprawnej. Dotychczasowy wymóg uiszczenia jej łącznie z innymi należnościami wraz ze złożeniem wniosku może stanowić pewną przeszkodę w stosowaniu tej instytucji. Niejednokrotnie sprawca ma możliwość i wyraża wolę dopełnienia tego warunku, jednakże nie jest w stanie uczynić tego w danym momencie. W praktyce organy postępowania przygotowawczego często wyznaczają dodatkowy termin, nie mając jednakże do tego podstawy prawnej. Oczywiście, nie wszystkie stosują taką praktykę. Niekiedy, gdy sprawca złoży wniosek bez uiszczenia uszczuplonej należności publicznoprawnej, od razu odmawiają przyjęcia wniosku (trzymając się litery prawa, lecz godząc w ideę instytucji). Nie pozwalają przez to sprawcy na skorzystanie z dobrowolnego poddania się odpowiedzialności, które niejednokrotnie byłoby możliwe, gdyby dać sprawcy pewien czas na dopełnienie warunku fiskalnego, tak jak to jest w przypadku czynnego żalu (art. 16 § 2 k.k.s.). Stąd też przepis należałoby zmodyfikować w ten sposób, iż uiszczenie należności publicznoprawnej powinno nastąpić w terminie wyznaczonym przez uprawniony organ.

¹⁴ Zgodnie z założeniami do ustawy budżetowej (dostępnymi na stronie <https://www.premier.gov.pl/>) na rok 2016 deficyt został ustalony na kwotę nie większą niż 54.620 mln zł i ma być to najwyższy deficyt od początku lat 90.

Wreszcie, należałoby usunąć konstrukcję, w ramach której sąd ograniczony jest jedynie do uwzględnienia wniosku w całości bądź odmowy jego uwzględnienia. Zasadnym wydaje się przyznanie sądowi prawa do modyfikacji warunków porozumienia procesowego, oczywiście w takim zakresie, w jakim obowiązujące przepisy dopuszczają taką możliwość. Bez wątpienia obowiązek uiszczenia uszczuplonej należności publicznoprawnej nie będzie podlegał żadnym negocjacjom (argument *a contrario* art. 146 § 1 k.k.s.). Dopuszczalne natomiast jest ustalenie wysokości kwoty uiszczonej tytułem kary grzywny oraz zakres zgody na orzeczenie przepadku przedmiotów w sytuacji, gdy taki przepadek nie jest obowiązkowy. Przedmiotem negocjacji mogą być ponadto (a dla części sprawców być może przede wszystkim) czas, rodzaj i sposób wykonania obowiązków, zarówno tych określonych w § 1, jak i w § 2 art. 146 k.k.s.

IV

Ponowić należy pojawiający się powszechnie w doktrynie¹⁵ postulat usunięcia art. 16a k.k.s. W literaturze panuje zgodność, że wspomniana regulacja, choć ułatwia organom ścigania pracę, zachęca jednocześnie do popełniania przestępstw i wykroczeń podatkowych, zwłaszcza tych, które cechuje najwyższa zawartość bezprawia. W praktyce bowiem regulacja ta wyłącza wszelkie ryzyko odpowiedzialności karnej skarbowej w przypadku oszustw podatkowych narażających podatek na uszczuplenie w związku ze składaniem deklaracji podatkowych zawierających nieprawdę, co czyni tę regulację wysoce kryminogenną. Oszust podatkowy ryzykuje tylko tym, że w razie ujawnienia jego oszustwa przez kontrolę podatkową będzie musiał po jej zakończeniu złożyć korektę deklaracji podatkowej i wyrównać uszczuplony podatek wraz z odsetkami¹⁶. Bez wątpienia jest to forsowanie egzekucji kosztem wszelkiej prewencji¹⁷.

V

Kolejnym krokiem mogłoby być wprowadzenie norm na wzór art. 77 § 4 i 5 k.k.s., które dotyczyłyby wszystkich deliktów karnoskarbowych znamien-

¹⁵ G. Łabuda, T. Razowski, Wybrane zagadnienia noweli Kodeksu karnego skarbowego z dnia 28 lipca 2005 r., Nowa Kodyfikacja Karna 2006, nr 34, s. 151–153; L. Wilk, Założenia nowelizacji Kodeksu karnego skarbowego z dnia 28 lipca 2005 r. (część materialnoprawna), Monitor Prawniczy 2006, nr 1, s. 9–10.

¹⁶ Szerzej na ten temat np. L. Wilk, Zasada priorytetu egzekucji nad represją w prawie karnym skarbowym, Prok. i Pr. 2012, nr 7–8, s. 17.

¹⁷ L. Wilk, J. Zagrodnik, Kodeks..., *op. cit.*, s. 88.

nych skutkiem w postaci uszczuplenia podatku. Fakultatywna możliwość zastosowania instytucji degresji karania, o których mowa w art. 77 § 4 i 5 k.k.s. (nadzwyczajnego złagodzenia kary albo odstąpienia od jej wymierzenia), stanowiłaby pragmatyczne rozszerzenie czy też uzupełnienie instytucji czynnego żalu, realizujące priorytet egzekucji nad represją, ale już bez tak negatywnych skutków kryminalnopolitycznych, jakie rodzi regulacja art. 16a k.k.s.

Niezbędne wydaje się również wprowadzenie do art. 14 k.k.s. (np. jako drugi paragraf) obowiązku wysłuchania podmiotu, w stosunku do którego określa się obowiązek, sposób lub termin uiszczenia uszczuplonej należności publicznoprawnej.

Na skuteczność reakcji karnych, a co za tym idzie, na wzrost skuteczności danin publicznych, miałyby wpływ wprowadzenie wyraźnej podstawy prawnej do zawieszenia postępowania karnoskarbowego na określony czas, uzgodniony ze sprawcą, dla realizacji przez niego warunku uiszczenia uszczuplonej należności publicznoprawnej. Oczywiście postulat ten nie pociągałby za sobą odroczenia pierwotnego terminu płatności i nie wpływałby na obowiązek uiszczenia odsetek.

VI

Obowiązujące regulacje k.k.s. przewidują obowiązek uiszczenia uszczuplonej należności publicznoprawnej w całości. W sytuacji zatem, gdy doszło do uszczuplenia należności w wysokości 10 mln złotych, a sprawca ma możliwość wpłacenia jedynie 8 mln złotych, zostaje on pozbawiony możliwości skorzystania z instytucji degresji karania. Przy znacznych uszczupleniach – kwotach dużej wartości w rozumieniu art. 53 § 15 k.k.s. – należałoby premiować także uiszczenie nie tylko całości, lecz również znacznej części – na wzór art. 295 § 2 k.k.¹⁸. Otwartym polem do dyskusji pozostaje zakres zmian, jakie należałoby wprowadzić. Wydaje się jednak, że wierzycielowi daninowemu opłacałoby się złagodzenie represji karnoskarbowej w zamian za odzyskanie części tak dużej należności. Dla wielu postulat ten może wydawać się zbyt daleko idący. Mogą pojawić się głosy pytające, w imię czego należałoby łagodniej traktować takich sprawców w porównaniu z osobami, które decydują się na wpłacanie uszczuplonej należności publicznoprawnej w całości. Pamiętać jednak należy, że sprawca nadal byłby zobowiązany do uregulowania swojego zadłużenia. Ponadto zakres złagodzenia odpowiedzialności nie byłby możliwy w tak szerokim zakresie, jak w przypadku ure-

¹⁸ Zgodnie z tym przepisem „wobec sprawcy przestępstwa wymienionego w § 1, który dobrowolnie naprawił szkodę w znacznej części, sąd może zastosować nadzwyczajne złagodzenie kary”.

gulowania zobowiązania w całości. Chodzi jedynie o usunięcie negatywnych skutków (dla obu stron postępowania), jakie w chwili obecnej rodzi regulacja sprowadzająca się do zasady „wszystko albo nic”.

Autorzy przyłączają się do zgłaszanych w literaturze postulatów zdefiniowania pojęcia uiszczenia należności publicznoprawnej w „całości” oraz pojęcia należności publicznoprawnej „wymagalnej”. W chwili obecnej wątpliwości, jakie rodzą się w praktyce przy interpretacji tych pojęć¹⁹, godzą w gwarancyjną funkcję prawa karnego skarbowego.

VII

Jeśli zaś chodzi o postulaty, które idą w kierunku wyeliminowania negatywnych następstw politycznokryminalnych badanych regulacji oraz ich skorelowania z funkcjami i zasadami prawa karnego skarbowego, w pierwszej kolejności zgłosić trzeba propozycję wprowadzenia możliwości zaskarżenia odmowy wystąpienia do sądu o zezwolenie na dobrowolne poddanie się odpowiedzialności. Należałoby zatem rozważyć możliwość wprowadzenia takiego środka odwoławczego.

Uproszczenie i przyspieszenie postępowań karnoskarbowych spowodowałoby rozszerzenie zakresu możliwości stosowania postępowania mandatuowego poprzez podniesienie wysokości kary grzywny, jaka może zostać nałożona w drodze mandatu karnego (art. 48 § 2 k.k.s.). Nie naraziłoby to w żaden sposób norm gwarancyjnych, bowiem interes sprawcy nadal byłby chroniony poprzez możliwość odmowy przyjęcia mandatu.

VIII

Zmiany wymaga również § 2 w art. 57 k.k.s. Obecnie wprowadzono możliwość odstąpienia od wymierzenia kary w przypadku zapłaty w całości należnego podatku na rzecz właściwego organu. Jednakże jest to instytucja

¹⁹ W zakresie pojęcia „w całości” zob. A. Bartosiewicz, R. Kubacki, *Zaniechanie ukarania sprawcy przestępstwa skarbowego*, Warszawa 2003, s. 20; V. Konarska-Wrzesek, T. Oczkowski, *Prawo karne skarbowe. Zagadnienia materialnoprawne i wykonawcze*, Toruń 2005, s. 186; M. Klubińska, I. Sepioło, *Kompensacja w prawie karnym skarbowym*, (w:) Z. Cwiąkański (red.), G. Martyniak, *Karnomaterialne i procesowe aspekty naprawienia szkody* Warszawa 2010, s. 84; F. Prusak, *Kodeks karny skarbowy. Komentarz*, t. I, Komentarz do art. 1–53 k.k.s., Kraków 2006, s. 633, zaś w zakresie pojęcia „wymagalnej” – Wyrok Sądu Najwyższego z dnia 9 stycznia 2012 r., sygn. V KK 327/11, OSNKW 2012, nr 3, poz. 30; L. Wilk, *Glosa do wyroku SN z dnia 9 stycznia 2012 r., sygn. V KK 327/11*, OSP 2012, nr 7–8, poz. 81; J. Duży, *Glosa do wyroku SN z dnia 9 stycznia 2012 r., sygn. V KK 327/11*, PiP 2013, nr 4, s. 136–141; tenże, *Kompetencja sądu karnego do ustalenia kwoty uszczuplonego podatku*, Prok. i Pr. 2014, nr 1, s. 106–120.

fakultatywna („sąd może”), a ponadto wpłata musi nastąpić jeszcze przed wszczęciem postępowania w sprawie o wykroczenie skarbowe. Wprowadzenie obligatoryjnego odstąpienia od wymierzenia kary dawałoby gwarancję tym sprawcom, którzy zdecydują się na spłatę podatku, że ich interes w postaci braku karalności zostanie zachowany. Godnym rozważania wydaje się również dopuszczenie możliwości wpłacenia podatku również po wszczęciu postępowania. Wówczas jednak wymóg braku karalności powinien zostać zastąpiony obligatoryjnym nadzwyczajnym złagodzeniem kary.

IX

Wspomniane wnioski zmierzają zasadniczo do rozszerzenia zasady priorytetu egzekucji przed represją. Postulować przy tym należy, aby debata nad potrzebą zmian w prawie karnym skarbowym toczyła się równolegle do dyskusji w kwestii odpowiedniej modyfikacji prawa podatkowego. Są to bowiem dziedziny prawa ściśle ze sobą powiązane i tylko rozwiązania kompleksowe umożliwiają poprawę dyscypliny podatkowej, a co za tym idzie, zmniejszenie ilości deliktów skarbowych.

W pierwszej kolejności konieczne staje się rozpoczęcie badań nad przyczynami uchylania się od opodatkowania w Polsce. Nie jest bowiem możliwe skuteczne przeciwdziałanie zjawisku, jeśli nie są znane jego przyczyny. Dostępna w Polsce literatura dotyczy badań prowadzonych w innych krajach. Ze względu na specyfikę różnych społeczności badania te mogą stanowić jedynie punkt wyjściowy dla badań w naszym kraju.

Konieczne jest również wprowadzenie odpowiednich zmian w celu przeciwdziałaniu temu zjawisku. Nie powinny się one ograniczać jedynie do zmian samego materialnego prawa podatkowego czy też ordynacji podatkowej, ale również odnosić się do całego systemu regulacji i zasad, które są podstawą działań aparatu skarbowego. Pomimo ciągłych reform organy skarbowe nadal postrzegane są jako instytucje nieprzychylne podatnikom, doszukujące się najmniejszych nawet uchybień w celu nałożenia kary.

Mimo, iż może to zabrzmieć populistycznie, niezbędne wydaje się wprowadzenie szeregu zmian dotyczących relacji, jaka łączy podatnika z organami skarbowymi, jak również rozpoczęcie działań informacyjnych oraz wizerunkowych. Badania prowadzone nad przyczynami uchylania się od opodatkowania pokazują bowiem, że bez poprawy sposobu funkcjonowania instytucji państwowych i wzmacniania relacji pomiędzy przedstawicielami państwa a obywatelami oraz przede wszystkim bez wzrostu zaufania społecznego, trudno oczekiwać silniejszego rygoryzmu standardów podatkowych²⁰.

²⁰ M. Niesiołowska Dlaczego nie płacimy podatków? Psychologiczna analiza uchylania się od opodatkowania, Warszawa 2013, s. 53.

Póki co, egzekucyjna funkcja prawa karnego skarbowego wydaje się konieczna. Jej alternatywa w postaci np. zrekompensowania strat wynikłych z przestępstw podatkowych bardzo wysokimi grzywnami jest raczej trudna do zaakceptowania w świetle współczesnych standardów karania.

Na marginesie pamiętać należy, że mówiąc o „egzekucyjnej” funkcji prawa karnego skarbowego, odnosimy się jedynie do egzekwowania wykonania tzw. obowiązku podstawowego, czyli obowiązku zapłaty podatku bądź innej należności publicznoprawnej. Otwartym polem do debaty pozostaje możliwość egzekwowania również obowiązków instrumentalnych (np. wystawianie faktur, składanie wymaganych deklaracji, poddanie się kontroli itp.) za pomocą redukcji odpowiedzialności karnoskarbowej w razie dobrowolnego ich wykonania przez sprawcę. W tej kwestii nie rozpoczęto jeszcze dyskusji naukowej, ale chyba warto ten problem podjąć, albowiem sygnalizują go przedstawiciele praktyki.

Enforcing purpose of criminal tax law

Abstract

At present, the principle whereby enforcement is given priority over repression in criminal tax law is never questioned. The principle is reflected in numerous measures available under criminal tax law, providing for reduction or even elimination of liability on condition that unlawfully reduced public charges are paid in full. This paper seeks to determine whether the principle should be modified, and if so, to what extent and how.

Ewa Grzęda

W kwestii propozycji nowelizacji nieumyślności w kodeksie karnym

Streszczenie

Wokół pojęcia nieumyślności, do którego odwołuje się w swym brzmieniu art. 9 § 2 k.k. narosło tak wiele kontrowersji i sporów, że w 2013 r. Komisja Kodyfikacyjna Prawa Karnego podjęła próbę zmiany przepisu statuującego definicję czynu zabronionego popełnionego nieumyślnie, przy okazji szerszych prac, obejmujących swym zasięgiem wiele innych, niejednokrotnie powiązanych ze stroną podmiotową, instytucji zawartych w części ogólnej kodeksu karnego. Propozycja nowelizacji art. 9 § 2 k.k. podlegała modyfikacjom – od prostego zaprzeczenia umyślności, aż do bardziej rozbudowanych definicji, odwołujących się ponownie do elementów ze sfery przedmiotowej czynu zabronionego. W międzyczasie projekty zmian były oceniane – zazwyczaj krytycznie – przez przedstawicieli doktryny, którzy przedstawiali własne pomysły na brzmienie art. 9 § 2 k.k. W niniejszym artykule podjęto próbę dokonania analizy przebiegu tego dyskursu i jego wyników, a także oceny przedstawionych koncepcji brzmienia art. 9 § 2 k.k.

Toczącą się w doktrynie dyskusję¹ nad oceną projektu Komisji Kodyfikacyjnej Prawa Karnego w zakresie nieumyślności² można w zasadzie zaliczyć już do grona dysput o charakterze historycznoprawnym, wobec faktu, iż zaproponowane przez Komisję i szeroko komentowane w piśmiennictwie zmiany nie zostały ostatecznie zaakceptowane w procesie legislacyjnym. Jakkolwiek, postulaty dokonania fundamentalnej reformy przepisów części ogólnej prawa karnego zostały zarzucone, nie zamyka to jednak jednocześnie możliwości prowadzenia na ten temat dyskusji, której dotychczasowy

¹ Zob. K. Banasik, Nieumyślność w świetle propozycji nowelizacji Kodeksu karnego, *Palestra* 2013, nr 7–8, s. 21–30; artykuł polemiczny D. Tokarczyka, *Palestra* 2014, nr 1–2, s. 139–147; M. Małecki, Umyślność i nieumyślność w projekcie nowelizacji kodeksu karnego (analiza wybranych uwag krytycznych), *Palestra* 2014, nr 5–6, s. 108–117; J. Duda, W sprawie definicji nieumyślności – polemicznie, *op. cit.*, s. 118–123; J. Lachowski, T. Kaczmarek, J. Giezek, Przeciwno ustawowej regulacji kryteriów obiektywnego przypisania skutku (głos w dyskusji), *PiP* 2013, nr 5; Ł. Pohl, W sprawie proponowanych zmian w części ogólnej kodeksu karnego (zagadnienia wybrane), *PiP* 2013, nr 8, s. 105–113.

² Zob. projekt Komisji Kodyfikacyjnej Prawa Karnego z dnia 4 kwietnia 2013 r.

przebieg, konsekwencje oraz wnioski na przyszłość warto zrekapitulować w niniejszym opracowaniu.

Pierwotna propozycja zmiany treści art. 9 § 2 k.k. wyszła z inicjatywy Komisji Kodyfikacyjnej Prawa Karnego w projekcie z dnia 4 kwietnia 2013 r.³. Sugestię tę można było zaliczyć do koncepcji czyniących z nieumyślności proste zaprzeczenie umyślności dekodowanej z art. 9 § 1 k.k. Rozwiązanie to wydawało się zgodne z intuicyjnym podziałem ludzkiej aktywności jako celowej lub niezamierzonej. Obecne unormowanie opisane w art. 9 § 2 k.k. zdaje się bowiem przewidywać trzy możliwe dogmatyczne ujęcia strony podmiotowej, z czego dwa (umyślność i nieumyślność) stwarzają podstawę do reakcji karnej, a jedno jest okolicznością prowadzącą do jej wyłączenia (przypadki takiego naruszenia reguł postępowania z dobrem prawnym, gdy sprawca nie przewidywał ani nie mógł przewidzieć popełnienia przestępstwa). Propozycja zmiany art. 9 § 2 k.k., ujmująca nieumyślność jako proste zaprzeczenie umyślności, ukazała trudność w definiowaniu tego pojęcia. Takie zabieg nie mówi bowiem nic o samej istocie badanego zjawiska, a jedynie wskazuje, kiedy nie ma się do czynienia z jej przeciwieństwem. Ukazuje przy tym bezsilność twórców prawa wobec problemu czysto normatywnego ujęcia strony podmiotowej, bez zachowania jej związków z winą.

W świetle kolejnego projektu nowelizacji kodeksu karnego⁴ art. 9 § 2 k.k. miałby brzmieć: „Czyn zabroniony jest popełniony nieumyślnie, jeżeli sprawca nie ma zamiaru wyczerpać znamion przedmiotowych czynu zabronionego, a w danych okolicznościach wyczerpanie tych znamion było obiektywnie możliwe do przewidzenia”. Analizując ww. wersję, łatwo można dostrzec, że prócz określenia od strony negatywnej stanu przeżyć psychicznych sprawcy, projektodawca dodał do przepisu obowiązek zbadania, czy w sposób obiektywny można było przewidzieć możliwość zrealizowania strony przedmiotowej typu czynu zabronionego, przecinając w ten sposób spory narosłe na gruncie wykładni znamienia „mógł przewidzieć” występującego w kodeksie karnym z 1997 r. Część przedstawicieli doktryny uznała bowiem, iż pojęcie

³ Tekst wg projektu z dnia 4 kwietnia 2013 r. – w jego świetle art. 9 k.k. miałby brzmieć: „§ 1. Czyn zabroniony jest popełniony umyślnie, jeżeli sprawca ma zamiar wyczerpać znamiona przedmiotowe czynu zabronionego, to jest chce je wyczerpać albo przewidując taką możliwość na to się godzi. § 2. Czyn zabroniony jest popełniony nieumyślnie, jeżeli sprawca nie ma zamiaru wyczerpać znamion przedmiotowych czynu zabronionego. § 3. Sprawca ponosi surowszą odpowiedzialność, którą ustawa uzależnia od określonego następstwa czynu zabronionego, jeżeli następstwo to przewidywał albo w danych okolicznościach było ono obiektywnie możliwe do przewidzenia”.

⁴ Projekt z dnia 5 listopada 2013 r. Wedle tej wersji art. 9 § 1 brzmiałby: „Czyn zabroniony jest popełniony umyślnie, jeżeli sprawca ma zamiar wyczerpać znamiona przedmiotowe czynu zabronionego, to jest chce je wyczerpać albo przewidując taką możliwość na to się godzi”, zaś § 3: Sprawca ponosi surowszą odpowiedzialność, którą ustawa uzależnia od określonego następstwa czynu zabronionego, jeżeli następstwo to przewidywał albo w danych okolicznościach było ono obiektywnie możliwe do przewidzenia”.

to należy interpretować w sposób obiektywny, oderwany od indywidualnych właściwości konkretnego sprawcy czynu⁵, inni zaś opowiedzieli się za subiektywnym rozumieniem⁶, dochodząc dzięki temu do skrajnie odmiennych wniosków w zakresie ustalania wzajemnych relacji zachodzących między formami strony podmiotowej a winą.

Propozycję zawartą we wspomnianych projektach powielił z niewielką zmianą dokument z dnia 10 grudnia 2013 r.⁷

Ostatecznie żadna z ww. propozycji nie znalazła się w ustawie nowelizującej kodeks karny, przyjętej przez Sejm RP w dniu 15 stycznia 2015 r.⁸

Powyższe projekty stały się przyczynkiem do pogłębionej krytyki formułowanej przez przedstawicieli doktryny, którzy niejednokrotnie prezentowali własne zapatrywania *de lege ferenda*, konstruując – ich zdaniem poprawniejsze – brzmienie art. 9 § 2 k.k.

⁵ Zob. np. A. Zoll, (w:) A. Zoll (red.), G. Bogdan, Z. Cwiakalski, P. Kardas, J. Majewski, J. Raglewski, M. Szewczyk, W. Wróbel, Kodeks karny. Część ogólna. Komentarz. Tom I. Komentarz do artykułów 1–116 k.k., Warszawa 2004, s. 122–123: „Zgodnie z przyjętym założeniem, polegającym na rozdzieleniu podmiotowych znamion czynu zabronionego od winy, możliwość przewidzenia popełnienia czynu zabronionego, o której jest mowa w art. 9 § 2, nie odnosi się do indywidualnych możliwości sprawcy wynikających z jego osobowości, wykształcenia, stanu zdrowia itp., lecz jest wyznaczana według możliwości modelowego obywatela o właściwych do wykonywania danej czynności kwalifikacjach i sumieniu traktującego swoje obowiązki oraz dysponującego nadzwyczajnymi informacjami posiadanymi ewentualnie przez sprawcę. Nie będzie popełnieniem czynu zabronionego realizacja przedmiotowych znamion tego czynu w sytuacji, gdy nie jest to normalne następstwo podjętych przez sprawcę czynności”.

⁶ Zob. np. A. Marek, Kodeks karny. Komentarz, Warszawa 2010, s. 64–65: „twórców tej regulacji odwoływanie się – w wypadku braku normatywnego określenia reguł ostrożności – do standardu postępowania w danej sytuacji tzw. wzorcowego (rozważnego) człowieka jest zbyt ogólnikowe i arbitralne. Nie może więc być podstawą odpowiedzialności, opartej na zasadzie indywidualizacji winy, prowadząc w prostej linii do jej obiektywizacji (zob. J. Lachowski, Przejawy obiektywizacji odpowiedzialności w k.k. z 1997 r., St. Praw. 2006, nr 1). Kluczem do przypisania winy nieumyślnej jest ustalenie, że sprawca uświadamiał sobie możliwość popełnienia czynu zabronionego albo popełnienie takiego czynu mógł przewidzieć (art. 9 § 2 *in fine*). Ustalenie możliwości przewidywania powinno być oparte na zindywidualizowanej ocenie możliwości sprawcy (z uwzględnieniem jego osobowości, wiedzy, stanu psychicznego i okoliczności czynu), a nie na wysuwanych przez normatywistów standardzie obiektywnej przewidywalności tzw. modelowego człowieka (...), który co najwyżej może być punktem wyjścia dla dokonywanej oceny”.

⁷ Art. 9 § 2 miałby wg niego brzmieć: „§ 2. Czyn zabroniony jest popełniony nieumyślnie, jeżeli sprawca nie ma zamiaru wyczerpać znamion przedmiotowych czynu zabronionego, a w danych okolicznościach wyczerpanie znamion tego czynu było obiektywnie możliwe do przewidzenia”; treść art. 9 § 1 i 3 pozostają zbieżne z wcześniejszym projektem.

⁸ Ustawa ta, zgodnie z zapowiedziami Ministerstwa Sprawiedliwości stanowi podstawę dla tzw. nowej filozofii karania poprzez wprowadzenie prymatu kar wolnościowych nad izolacyjnymi. Ustawodawca porzucił zatem, przynajmniej na razie, dążenia do reformy podstaw odpowiedzialności karnej.

Względem pierwotnej propozycji Komisji Kodyfikacyjnej wysuwano uzasadniony *prima facie* zarzut, iż nieumyślność zdefiniowana została wyłącznie jako brak zamiaru wyczerpania znamion przedmiotowych czynu zabronionego, gdy „tymczasem w literaturze utrwalał się pogląd, zgodnie z którym nieumyślność nie jest prostym zaprzeczeniem umyślności”⁹.

Zarzut ten nie wydaje się zasadny. Jego przekonującą krytykę przedstawił M. Małecki¹⁰, trafnie co do zasady podnosząc, iż pojęcie nieumyślności ma za zadanie opisywać stronę podmiotową czynu od strony negatywnej, wskazując na okoliczności zdefiniowane w art. 9 § 1 k.k., które nie mogą wystąpić w ramach rzeczywiście zaistniałego w przeszłości zachowania sprawcy, by można było mówić o pociągnięciu danej osoby do odpowiedzialności za przestępstwo nieumyślne. Zaznaczył równocześnie, że definicję „nieumyślności” zawiera jedynie fragment eklektycznego co do zawartości art. 9 § 2 k.k.; nie stanowi takiej definicji „cały” art. 9 § 2 k.k. Istotnie, uznać należy, że nie tylko projektodawca, lecz także ustawodawca, formułując aktualne brzmienie art. 9 § 2 k.k. potraktował nieumyślność jako proste zaprzeczenie umyślności. Zgodzić się natomiast należy, że to czyn zabroniony popełniony nieumyślnie nie stanowi prostego zaprzeczenia czynu zabronionego popełnionego umyślnie. Dokonując owego zaprzeczenia w treści strony podmiotowej wysłowionej w art. 9 § 2 k.k., oba podmioty prawodawcze wyraziły wolę, by pojęcie nieumyślności wysławiło od strony negatywnej te okoliczności, które decydują o istocie umyślności, określonej w art. 9 § 1 k.k. Należy sobie zadać w związku z tym pytanie: co składa się na istotę umyślności.

Jeszcze na gruncie kodeksu karnego z 1932 r. W. Makowski twierdził, że „jeżeli w stanie psychicznym sprawcy, towarzyszącym jego działaniu przestępnemu, stwierdzony będzie brak jednego ze składowych czynników przestępstwa umyślnego, tj. albo sprawca nie będzie miał świadomości przestępnych cech, albo skutków swojego działania, albo też nie będzie pragnął ich nastąpienia, to ponosi on odpowiedzialność za przestępstwo nieumyślne”.¹¹ W świetle takiego poglądu, niekwestionowanego szerzej, na umyślność składa się koniunkcja dwóch elementów – w rdzeniu pojęcia znalazłby się nie tylko zamiar (chęć lub godzenie się), lecz także świadomość (w postaci świadomości konieczności lub świadomości możliwości).

Skoro tak, to wydawać się może, że zanegowanie umyślności pociągnęło za sobą nie tylko negację zamiaru, ale również automatyczne usunięcie strony intelektualnej cechującej umyślność w treści art. 9 § 2 k.k. Wymogło

⁹ Zarzut podniesiony przez K. Banasik, (w:) K. Banasik, *op. cit.*, s. 22. Zob. także literaturę tam powołaną, np. A. Zoll, (w:) A. Zoll (red.), *Kodeks karny. Część ogólna. Komentarz. Tom I. Komentarz do art. 1–116 k.k.*, Warszawa 2004.

¹⁰ M. Małecki, *Umyślność...*, s. 111–112.

¹¹ W. Makowski, *Kodeks karny. Komentarz*, Warszawa 1937, s. 74.

to na ustawodawcy wprowadzenie dodatkowych znamion w postaci „przewidywania” lub „możliwości przewidywania” negatywnych następstw czynu przez sprawcę. Tego samego zabiegu nie dokonał projektodawca nowelizacji z dnia 4 kwietnia 2013 r., co sugerować mogło, że nieumyślność, jako zaprzeczenie umyślności, po stronie intelektualnej charakteryzowana może być wyłącznie przez sytuację, w której sprawca nie przewidywał możliwości zrealizowania znamion czynu zabronionego, mimo iż było to obiektywnie przewidywalne (tę granicę miałby wskazywać art. 1 § 1a k.k. w projektowanej wersji – przynajmniej dla przestępstw skutkowych¹²). Wniosek ten wspierany jest przez sam fakt dokonania zmiany normatywnej, która zgodnie z zasadami prawidłowej legislacji, nie może prowadzić do sytuacji, w której, bez uzasadnienia, normie dekodowanej ze znowelizowanego przepisu prawnego nadaje się tę samą treść, co dotychczas.

Wydaje się jednak, że istotą umyślności nie jest koniunkcja świadomości i zamiaru, lecz sam zamiar, który implikuje występowanie świadomości. Nie można bowiem na gruncie prawa karnego mówić o tym, że sprawca „chce” lub „godzi się” na coś, czego sobie nie uświadamia. W takiej sytuacji, do „stworzenia” nieumyślności wystarczające jest zaprzeczenie jedynie zamiarowi.

Do powyższej argumentacji nawiązał J. Lachowski¹³, podnosząc, że proponowane w projekcie z dnia 4 kwietnia 2013 r. zmiany prowadzić mogą do zatarcia rozróżnienia między świadomą a nieświadomą nieumyślnością i mogą w ten sposób naruszać zasadę dostatecznej określoności czynu zabronionego.

Zarzut ten można podzielić lub odrzucić w zależności od tego, czy nieumyślność zostanie zdefiniowana jako zaprzeczenie umyślności wraz z jej elementami intelektualnymi (świadomość możliwości realizacji znamion czynu zabronionego), czy też wyłącznie jako zaprzeczenie umyślności rozumianej jako zamiar.

W razie przyjęcia drugiego stanowiska wydaje się, iż teza postawiona przez J. Lachowskiego jest zbyt daleko idąca. Przepis mówi bowiem jedynie o tym, że sprawca ma nie mieć zamiaru wyczerpania znamion przedmiotowych czynu zabronionego, a więc na zasadzie znamienia negatywnego charakteryzuje wyłącznie płaszczyznę wolicjonalną. Oznacza to, że możliwe jest, aby sprawca obejmował swą świadomością te okoliczności, które odpowiadają znamionom strony przedmiotowej czynu zabronionego, a także

¹² Jak bowiem słusznie zauważają T. Kaczmarek i J. Giezek, pojęcie przewidywalności można sensownie używać w odniesieniu do przestępstw skutkowych, zaś w stosunku do typów nieumyślnych winno używać się pojęcia rozpoznawalności. Zob. T. Kaczmarek, J. Giezek, *Przeciwko ustawowej regulacji kryteriów obiektywnego przypisania skutku*, PiP 2013, nr 5, s. 85.

¹³ J. Lachowski, *Ocena projektowanych zmian art. 9 k.k.*, PiP 2014, nr 1, s. 96.

inne okoliczności określające podmiot sprawczy lub pozostałe elementy rzeczywistości niezwiązane z popełnianym czynem w prawnokarnym rozumieniu. Możliwe jest także, że wskazane okoliczności nie znajdują odzwierciedlenia w jego psychice¹⁴. O ile bowiem w przypadku przestępstw umyślnych takie kontrowersje nie występują, bowiem trudno wyobrazić sobie, by sprawca nie uświadamiał sobie okoliczności czynu, który w danym miejscu i czasie ma właśnie zamiar popełnić¹⁵, o tyle w przypadku przestępstw nieumyślnych żadna z obu form nieumyślności nie może zostać wykluczona *a priori*. Prowadzi to do stwierdzenia, że – podobnie jak na gruncie obecnie obowiązującej ustawy – omawiana propozycja legislacyjna bez żadnej zmiany przewiduje dwie formy nieumyślności. Do podobnego wniosku dochodzą T. Kaczmarek oraz J. Giezek: „brak zamiaru wyczerpania znamion przedmiotowych takiego czynu nie jest przecież równoznaczny z brakiem świadomości, iż może się to jednak zdarzyć. Nowa formuła art. 9 § 2 nie wyklucza bowiem, że czyn zabroniony może zostać popełniony w sposób świadomie albo nieświadomie nieumyślny”¹⁶. Jednocześnie jednak ci autorzy uznają, że odróżnienie umyślności od nieumyślności zachodzi na gruncie tej propozycji wyłącznie na płaszczyźnie wolicjonalnej, w związku z tym art. 9 § 2 k.k. stanowiłby w tym brzmieniu swoiste *superfluum*¹⁷.

Siłą rzeczy na formy nieumyślności rzutuje także treść proponowanego art. 9 § 3 k.k.¹⁸, która wprost wyraża intelektualny komponent świadomej nieumyślności, jakim jest przewidywanie przez sprawcę możliwości realizacji czynu zabronionego oraz istotę nieświadomej nieumyślności i jednocześnie granicę odpowiedzialności za przestępstwo nieumyślne – obiektywną możliwość przewidzenia realizacji czynu zabronionego. Prowadzić to może do

¹⁴ Podobnie – T. Kaczmarek, J. Giezek, *op. cit.*, s. 83.

¹⁵ Widać to choćby w orzeczeniu Sądu Apelacyjnego w Katowicach z dnia 9 sierpnia 2007 r., sygn. II AKa 246/07 (LEX nr 377671), gdzie wyraźnie się zauważa, że „kwestia ewentualnego godzenia się na określony skutek, jest zagadnieniem wtórnym w stosunku do poprzedzającego je przewidywania skutku. Nie można zatem mówić, że sprawca godził się na określone konsekwencje swego działania, skoro nie ma pewności, że czy w ogóle je przewidywał”.

¹⁶ T. Kaczmarek, J. Giezek, *op. cit.*, s. 83. Odrzucić przy tym należy stanowisko zaprezentowane przez Ł. Pohla, zgodnie z którym: „Rezygnacja z zawartych obecnie w art. 9 § 2 k.k. sformułowań, pozwalających na wyróżnianie form nieumyślności w postaci nieumyślności świadomej i nieumyślności nieświadomej, wymusza zadekretowanie w innym przepisie kodeksu karnego podstawy, która miałaby czynić możliwym i w konsekwencji zasadnym uznawanie za czyn zabroniony zachowania polegającego na wypełnieniu przedmiotowych znamion czynu zabronionego w warunkach nieprzewidywania przez jego podmiot możliwości ich wypełnienia. W świetle propozycji przedstawionych przez Komisję Kodyfikacyjną przepisem wskazującym na tę podstawę byłby oczywiście komentowany § 1a”, Ł. Pohl, *op. cit.*

¹⁷ T. Kaczmarek, J. Giezek, *op. cit.*, s. 83–84.

¹⁸ „Sprawca ponosi surowszą odpowiedzialność, którą ustawa uzależnia od określonego następstwa czynu zabronionego, jeżeli następstwo to przewidywał albo w danych okolicznościach było ono obiektywnie możliwe do przewidzenia”.

dwóch konkluzji: albo w świetle propozycji Komisji Kodyfikacyjnej z dnia 4 kwietnia 2013 r. w dalszym ciągu odnaleźć można dwie, dotychczas znane formy nieumyślności, które dekodować będzie można z art. 9 § 2 k.k. w kontekście art. 9 § 3 k.k., i które znajdą ogólne zastosowanie do oceny wszystkich przypadków, w których sprawca nieumyślnie realizuje znamiona czynu zabronionego, albo też przyjąć należy, że kodeks karny w tak zmienionej wersji statuować będzie jej dwie formy – jedną, ogólną, polegającą na tym, że sprawca realizuje znamiona danego typu czynu zabronionego nie mając zamiaru ich wyczerpania, w sytuacji, w której niezależnie od jego subiektywnego stanu świadomości możliwość popełnienia przestępstwa była obiektywnie przewidywalna (występuje także jako jedna z form przy typach kwalifikowanych przez następstwo); oraz drugą, właściwą jedynie dla typów kwalifikowanych przez następstwo, która polegać będzie na tym, iż sprawca, nie mając zamiaru wywołania dalej idącego skutku, subiektywnie prognozuje jego wystąpienie. Istnieje jeszcze jedna możliwość interpretacji, zgodnie z którą prócz ogólnej definicji nieumyślności z art. 9 § 2 k.k., która miałaby powszechne zastosowanie, art. 9 § 3 k.k. przewidywałby dwie dodatkowe jej formy dla typów kwalifikowanych przez następstwo, a mianowicie przypadków, gdy sprawca, ze względu na swą szczególną wiedzę, subiektywnie antycypował możliwość realizacji znamion przedmiotowych czynu zabronionego, co nie było obiektywnie przewidywalne, oraz sytuację w której przesądzało, że mimo iż sam sprawca nie widział możliwości nastąpienia dalej idącego skutku, to obiektywnie taka prognoza była dostępna modelowemu obywatelowi.

Ostatnią z zaprezentowanych interpretacji należy zdecydowanie odrzucić, ponieważ prowadzi ona do luki w penalizacji (wypadki, gdy sprawca ze względu na szczególną wiedzę przewiduje możliwość realizacji znamion typu, co nie jest obiektywnie rozpoznawalne) albo do popadnięcia w sprzeczność, w sytuacji, gdy dwóm różnym pojęciom w kodeksie nadawano by identyczne brzmienie. Podobnie należy odrzucić drugą interpretację, a to z uwagi na specyficzną rolę, jaką odgrywa w strukturze kodeksu art. 9 § 3 k.k. Rolą tego przepisu nie jest definiowanie odrębnych rodzajów nieumyślności, a jedynie ustanowienie wyjątku od zasady wyrażonej w art. 8 k.k., zgodnie z którą, w przypadku milczenia ustawodawcy, znamiona przedmiotowe typu można zrealizować wyłącznie umyślnie. Pojawia się zatem pytanie, czy w treści art. 9 § 3 k.k. miał aspektu intelektualnego, kreującego problemy interpretacyjne, nie powinna się znaleźć formuła z art. 9 § 2 k.k., tj. „brak zamiaru”. Zdaniem W. Wróbla¹⁹, formuła, o której mowa w art. 9 § 3 *in fine* ma zakładać i zarówno umyślność, jak i nieumyślność, i tym elementem wspólnym jest przewidywanie – ono obejmuje obie te formy dzięki takiemu

¹⁹ Pogląd wyrażony w trakcie Ogólnopolskiej Konferencji Naukowej Studentów i Doktorantów „Nowelizacja części ogólnej k.k. – nieunikniona konieczność czy pozorna potrzeba?”, która odbyła się w dniach 15–16 marca 2013 r. na Uniwersytecie Jagiellońskim.

brzmieniu paragrafu trzeciego typu kwalifikowane przez następstwo można zrealizować także umyślnie. Nie można jednak nie dostrzec pomocniczej roli art. 9 § 3 k.k. w projektowanej wersji dla ustalenia form nieumyślności zawartej w paragrafie poprzedzającym. Uznać zatem należy, że mimo takiej zmiany przepisów o stronie podmiotowej, nie doszłoby do porzucenia podziału na świadomą i nieświadomą nieumyślność, jakkolwiek ich wywiedzenie z treści kodeksu oraz postawienie przejrzystych granic między nimi, a także zachowaniami umyślnymi i bezkarnymi, zostałoby znacznie utrudnione.

Tak zarysowane problemy nie pojawiają się jednakże przy przyjęciu, iż propozycja zawarta w projektach Komisji Kodyfikacyjnej z dnia 4 kwietnia i 5 listopada 2013 r. w zakresie art. 9 § 2 k.k. stanowi pełną negację elementów przynależnych do sfery umyślności. W takim przypadku rzeczywiście, doszłoby do unicestwienia różnicy dzielącej obie formy nieumyślności poprzez wyeliminowanie tzw. świadomej nieumyślności (dawnej lekkomyślności) i objęcie penalizacją wyłącznie przypadków, gdy sprawca nie przewidywał możliwości wypełnienia znamion czynu zabronionego (co oczywiście, również nie chciał tego ani się na to nie godził), jakkolwiek było to obiektywnie przewidywalne w danych okolicznościach. Tę granicę nieumyślności wyznaczać miał art. 9 § 3 k.k. *in fine*, zaś określona w nim sytuacja, w której sprawca „przewidywał” możliwość popełnienia czynu zabronionego, odnosić się mogłaby wyłącznie do przestępstw umyślnych.

Kolejny zarzut stawiany pierwotnej wersji projektu można połączyć z propozycją zawartą w zmienionej wersji projektu Komisji Kodyfikacyjnej, który został przedstawiony dnia 5 listopada 2013 r. Wedle tego projektu: „Czyn zabroniony jest popełniony nieumyślnie, jeżeli sprawca nie ma zamiaru wyczerpać znamion przedmiotowych czynu zabronionego, a w danych okolicznościach wyczerpanie tych znamion było obiektywnie możliwe do przewidzenia”. W świetle tego brzmienia paragrafu drugiego nie budzi wątpliwości kwestia rozgraniczenia zachowań popełnionych nieumyślnie od zachowań popełnionych w stanie nieświadomości, które znajdują się poza zakresem zainteresowania prawa karnego. Wysuwany przeciwko tej koncepcji zarzutem jest natomiast fakt, iż obiektywna przewidywalność realizacji znamion nie należy do strony podmiotowej czynu zabronionego, którą łączyć należy z osobą sprawcy, stanem jego psychiki, lecz do strony przedmiotowej. Jest to bowiem kwestia możliwości przypisania realizacji znamion przedmiotowych, a nie tego, czy mogły one znaleźć odzwierciedlenie w psychice sprawcy²⁰. Jak zauważył J. Lachowski, dążąc do wyeliminowania z opisu zachowania nieumyślnego obcych dla strony podmiotowej znamion przedmiotowych typu czynu zabronionego w postaci reguł postępowania z dobrem prawnym, Komisja Kodyfikacyjna wprowadziła do art. 9 § 2 k.k. nowe zna-

²⁰ J. L a c h o w s k i, Ocena projektowanych zmian art. 9 k.k., PiP 2014, nr 1, s. 93.

mię przedmiotowe, polegające na zobiektywizowanym rozumieniu zwrotu „mógł przewidzieć”. Podobny argument przedstawił D. Tokarczyk²¹: „Wszystko, co ma charakter obiektywny, jest jednocześnie przedmiotowe. Do znamion strony podmiotowej wchodzi jedynie przeżycia psychiczne sprawcy, a więc to, co znajduje odbicie w jego umyśle. Jeśli bada się, czy konkretna osoba miała możliwość przewidzenia określonych następstw swojego zachowania, to pytamy o to, czy uświadamiała sobie prawdopodobieństwo określonego przebiegu zdarzeń. Jest to okoliczność podmiotowa”.

Tak przedstawiony zarzut ma w istocie charakter obosieczny. Jak słusznie bowiem zauważa D. Tokarczyk „Do znamion strony podmiotowej wchodzi jedynie przeżycia psychiczne sprawcy, a więc to, co znajduje odbicie w jego umyśle”. A zatem w sytuacji, w której sprawca faktycznie nie przewidywał możliwości popełnienia czynu zabronionego, zaś ocenie podlega wyłącznie ewentualna możność przewidzenia takich następstw, przedmiotem analizy nie staje się żaden stan psychiczny, specyficzny dla tej formy nieumyślności, jaką jest nieświadoma nieumyślność. Pozostając w sferze subiektywnej w rozumieniu D. Tokarczyka, w odniesieniu do tej formy strony podmiotowej można wyłącznie powiedzieć, że sprawca uświadamiał sobie prawdopodobieństwo określonego przebiegu zdarzeń, który zakończył się zrealizowaniem znamion czynu zabronionego lub takiej świadomości nie miał. Okoliczność, czy ze względu na swe cechy osobiste, doświadczenie, poziom wiedzy i zdolności umysłowych w danej sytuacji, sprawca mógł przewidzieć możliwość wypełnienia znamion czynu zabronionego, nie należy już do sfery stanów psychicznych określonej osoby, lecz stanowi ich wartościowanie – co należy podkreślić – o charakterze negatywnym (w istocie rzeczy jest wartościowaniem braku pewnych stanów psychicznych). Jakkolwiek bowiem nieświadomość, która zaistniała u sprawcy jest efektem pewnego procesu psychicznego w postaci błędu diagnostycznego lub prognostycznego²², to jednak sama w sobie owym stanem psychicznym nie jest. W opisaney sytuacji w ogóle nie należy mówić o zaistnieniu jakiegś nieświadomości, lecz odwrotnie: o nie zaistnieniu świadomości związanej z realizacją znamion przedmiotowych czynu zabronionego. Czyniąc daleką analogię do pojęcia zaniechania, można ewentualnie rzec, iż nieświadoma nieumyślność nie jest „w ogóle” brakiem procesów psychicznych u sprawcy, lecz brakiem procesów psychicznych nakierowanych w kierunku pożądanym przez prawo (nie sposób mówić o prostej analogii, z uwagi na brak ciężącego na sprawcy szczególnego, prawnego obowiązku kierowania procesów psychicznych w sposób nakazany przez prawo). Gdyby zaś poprzestać, jak chce Autor, wyłącznie na badaniu przeżyć psychicznych sprawcy, ten ostatni

²¹ D. Tokarczyk, *op. cit.*, s. 142. Zob. także argumentację podniesioną przez K. Banasik, *op. cit.*, przekonująco odpartą przez M. Małeckiego, *Umyślność...*

²² J. Giezek, *Świadomość sprawcy czynu zabronionego*, Warszawa 2013, s. 57 i nast.

musiałby albo zostać uwolniony w każdym przypadku stwierdzenia braku przewidywania lub – co stanowi nieakceptowaną alternatywę – przypisana by mu została prawnokarna nieumyślność za każdy przypadek popełnienia czynu zabronionego w warunkach braku subiektywnego przewidywania możliwości popełnienia czynu zabronionego.

W ramach odpierania zarzutu nadmiernej obiektywizacji ustalania nieumyślności trzeba zauważyć, iż we wszystkich projektach przedstawionych przez Komisję Kodyfikacyjną Prawa Karnego, art. 28 k.k. otrzymałby tak zmieniony paragraf pierwszy: § 1. „Nie popełnia przestępstwa nieumyślnego, kto działa w usprawiedliwionym błędzie, co do okoliczności stanowiącej znamię przedmiotowe czynu zabronionego”. Warto przy tym nadmienić, iż w przyjętym ostatecznie projekcie nowelizacji k.k., po dodaniu poprawek w Senacie RP, problematykę konsekwencji usprawiedliwienia błędu co do znamion typu wprowadzono ostatecznie do art. 28 § 1 k.k. Zgodnie z drukiem z dnia 6 lutego 2015 r., § 1 otrzymuje brzmienie: „Nie popełnia przestępstwa, kto pozostaje w usprawiedliwionym błędzie co do okoliczności stanowiącej znamię czynu zabronionego”²³.

Przepis w wersji przedstawionej przez Komisję Kodyfikacyjną, stanowił miał w zamyśle jego twórców trzecią zatem (obok braku zamiaru i obiektywnej przewidywalności), zsubiektywizowaną granicę odpowiedzialności karnej za przestępstwo nieumyślne, zasadzającą się na założeniu, że przyczyną popełnienia takiego przestępstwa jest błąd, niezgodność powstała w umyśle sprawcy, a dotycząca różnicy między wyobrażonym przez sprawcę stanem rzeczy oraz istniejącą rzeczywistością. Jak słusznie zauważył J. Duda²⁴, w zamyśle projektodawcy problematyka nieumyślności miała zatem zostać uregulowana kompleksowo aż w dwóch jednostkach redakcyjnych kodeksu karnego, regulując dwa aspekty wewnętrznej struktury przestępstwa, jakimi są karalność i wina z dwóch różnych perspektyw. Przypisanie odpowiedzialności za nieumyślny czyn zabroniony ma być uwarunkowane w pierwszej kolejności ustaleniem, czy rezultat w postaci zrealizowania znamion przedmiotowych z określonego przepisu części szczególnej k.k. był obiektywnie przewidywalny, a w następnej – stwarza możliwość uniknięcia przypisania przestępstwa ze względu na usprawiedliwiony błąd sprawcy co do znamienia przedmiotowego, będący przyczyną powstania czynu zabronionego. Warto przypomnieć, że zdaniem znacznej części doktryny już obecne unormowania powalają uniknąć odpowiedzialności tylko, gdy owa możliwość realizacji znamion leżała poza zdolnością przewidywania modelowego, przeciętnego obserwatora, a zatem nie była obiektywnie przewidywalna.

²³ <http://www.senat.gov.pl/download/gfx/senat/pl/senatdruki/6212/druk/809z.pdf>; dostęp w dniu 8 lutego 2015 r.

²⁴ J. D u d a, *op. cit.*, s. 121.

W tym miejscu może zrodzić się pytanie, czym tak naprawdę różni się sytuacja, w której dochodzi do wyłączenia przypisania nieumyślności ze względu na brak obiektywnej przewidywalności wypełnienia znamion czynu zabronionego od usprawiedliwienia błędu co do okoliczności przedmiotowych typu, co uniemożliwiać miałyby odpowiedzialność za przestępstwo nieumyślne (jako okoliczność wyłączająca winę). W pierwszym przypadku, podmiot badający odpowiedzialność karną sprawcy odnosi się do płaszczyzny przeżyć psychicznych sprawcy i – wobec ich braku – zastępuje je pewnym konstruktem porównawczym, wyposażonym w ewentualną, szczególną wiedzę sprawcy i uwalnia od tejże odpowiedzialności, gdy wynik tego eksperymentu myślowego dowiedzie, że modelowy normatywny wzorzec znajdujący się na miejscu sprawcy nie przewidywałby następstw danego czynu. Natomiast w razie wprowadzenia art. 28 § 1 k.k. w nowym brzmieniu sytuacja wyglądałaby następująco: w umyśle sprawcy wystąpił błąd w odniesieniu do znamienia przedmiotowego typu, co stało się przyczyną braku świadomości i przewidywania faktycznie zaistniałych następstw czynu. Jeśli ta nieświadomość (lub urojenie) jest usprawiedliwiona, wówczas zwalniamy od ponoszenia odpowiedzialności za przestępstwo nieumyślne. Wyobrazić sobie można sytuację, w której działający w ramach nieświadomej nieumyślności sprawca, oddając strzał do bliżej niezidentyfikowanego obiektu, nie uświadamia sobie, że strzela do człowieka, wypełniając tym samym znamiona art. 155 k.k. Jeśli jednak działał w sytuacji, w której z punktu widzenia obiektywnych ocen jego błąd jest usprawiedliwiony, to wówczas nie zaktualizuje się negatywna przesłanka przypisania winy, którą projektodawca chciał umieścić w art. 28 § 1 k.k., lecz odpowiedzialność karną należałoby wyłączyć jeszcze na płaszczyźnie karalności, a konkretnie poprzez stwierdzenie, że wobec braku obiektywnej przewidywalności, iż oddanie strzału zakończyć się może śmiercią człowieka. W tym zakresie rację mogłaby mieć K. Banasik, twierdząc, że wprowadzenie art. 28 § 1 k.k. w tak zaproponowanej wersji nie niesłoby ze sobą żadnej zmiany normatywnej²⁵ (K. Banasik stwierdza, iż „będzie on stanowił *superfluum*, tak samo jak obecny przepis art. 28 § 1 k.k.”).

Tym niemniej, zważyć należy, że rolę zmienionego art. 28 § 1 k.k. nie miało być przejmowanie zadań, jakie w strukturze przestępstwa pełni przesłanka obiektywnej odpowiedzialności. Rozważanie, czy w ogóle możliwe jest zastosowanie tego przepisu przy ustalaniu odpowiedzialności konkretnego sprawcy musi być bowiem poprzedzone ustaleniem czy jego czyn spełnia znamiona określone w ustawie karnej, w tym i warunek obiektywnej przewidywalności (przy przestępstwach popełnionych w ramach nieświadomej nieumyślności). Konsekwencją tego musi być stwierdzenie, że art. 28

²⁵ Zob. też J. Duda, *op. cit.*, s. 121.

§ 1 k.k. odwoływać się miał nie do przeciętnego modelu antycypowania przyszłości, ile do indywidualnych defektów zachodzących w zakresie procesów psychicznych u konkretnego sprawcy, którymi nie powinien być nasycony wzorzec normatywny używany do badania obiektywnej przewidywalności. Oczywiście można podnieść wątpliwość, czy owa figura normatywna, którą wyposażamy wszak w szczególną wiedzę sprawcy, powinna być uzupełniona o cechy szczególne sprawcy, takie jak np. lekkie upośledzenie umysłowe, działanie pod wpływem *vis compulsiva* itp., jednak te rozważania wykraczają poza ramy niniejszego opracowania.

Można zatem wysunąć supozycję, iż niedostrzeżenie przez pewnych autorów roli, jaką miałby odegrać zmieniony art. 28 § 1 k.k. dla całości problematyki nieumyślności, wiąże się po prostu z kłopotliwym nieporozumieniem.

Problem z postulatami dalszej subiektywizacji nieumyślności zdaje się tkwić także w tym, że ustalenie subiektywnej możliwości przewidywania przez danego sprawcę jest *de facto* niemożliwe. Jeszcze na gruncie poprzedniej kodyfikacji karnej, zdaniem K. Buchały, ustalenie możliwości przewidywania konkretnego sprawcy wymagało „jakiegoś systemu odniesienia, czy też mówiąc inaczej – określonego systemu kryteriów społecznych co do jej występowania”²⁶. Oceniając zatem możliwość przewidywania następstw swego zachowania przez sprawcę nie sposób uciec od kryteriów obiektywnych. W żadnym wypadku sędzia oceniający czyn konkretnego człowieka nie będzie w stanie w pełni poprawnie odpowiedzieć na pytanie, czy miał on subiektywną możliwość przewidzenia, że swym zachowaniem zrealizuje przesłanki czynu zabronionego pod groźbą kary. Wydaje się, że przedmiotem oceny będzie raczej jakiś hipotetyczny sprawca o właściwościach osobistych i doświadczeniu życiowym właściwym konkretnemu sprawcy. Jak zauważa J. Giezek przy ustalaniu stanu świadomości sprawcy w przypadku którejś z form strony podmiotowej: „Stan świadomości sprawcy czynu zabronionego konkuruje (...) z hipotetycznym stanem świadomości nierzeczywistego podmiotu, stanowiącego odpowiednio „dopasowany” do sprawcy (korespondujący z jego właściwościami) wzorzec osobowy”²⁷. Autor ten zauważa przy tym, iż w zasadzie niemożliwe jest zaniechanie posługiwania się w praktyce wzorcami osobowymi.

W dogmatyce prawa karnego obszerną analizę wzorców osobowych przeprowadził M. Rodzyńkiewicz. Zdaniem tego Autora, naczelne zagadnienia związane z problemem konstruowania takich wzorców to: (1) obiektywizacja, (2) dyferencjacja grupowa, (3) poziom wymagań, (4) indywidualizacja, (5) depersonifikacja²⁸. Postulat obiektywizacji modelu osobowego oznacza, że w pierwszej kolejności zacząć należy od „spojrzenia na człowieka jako

²⁶ K. Buchała, Z rozważań nad winą nieumyślną – niedbalstwo, PiP 1975, nr 2, s. 62.

²⁷ J. Giezek, Świadomość..., *op. cit.*, s. 160.

²⁸ M. Rodzyńkiewicz, Modelowanie pojęć w prawie karnym, Kraków 1998, s. 106.

reprezentanta określonych ról społecznych, a nie od postrzegania go jako psychofizycznej, niepowtarzalnej indywidualności”²⁹. Z kolei „zagadnienie dyferencjacji grupowej powstaje z chwilą zdania sobie sprawy z tego, iż nie jest możliwe posługiwanie się jakimś jednolitym wzorcem w odniesieniu do wszystkich adresatów norm prawnych, niezależnie od tego, jaką rolę społeczną odgrywają oni w obrocie prawnym. Taki *homunculus normalis* byłby bowiem modelem zbyt pojemnym i przez to nieprzydatnym”³⁰. Model doprecyzowują zagadnienia związane z wielkością wymagań dla poszczególnych, zdyferencjonowanych grup oraz poziomu wymagań w razie podjęcia określonego zachowania z przekroczeniem kompetencji.

Niewątpliwą zaletą posługiwania się pojęciem obiektywnej przewidywalności zamiast subiektywnej zdolności konkretnego człowieka do antycypowania relewantnych prawnie zdarzeń jest to, że sprawca nie będzie mógł się powołać na własną ignorancję, brak znajomości faktów powszechnie znanych osobom pełniącym zbliżone doń role społeczne³¹.

Przeciwnie zapatrywanie musiałoby prowadzić do uznania, że nie realizuje znamion podmiotowych czynu zabronionego na przykład lekarz, który w czasie studiów nie nauczył się w jaki sposób postępować z chorym, u którego zdiagnozowano tętniaka Rasmussena. W następstwie błędnie zaordynowanego leczenia pacjent zmarł. Z uwagi na fakt, iż lekarza nie nauczono w trakcie studiów o istnieniu tego rodzaju patologii, nie miał on żadnego pojęcia nie tylko o sposobach leczenia, ale także o istnieniu tej choroby, jakkolwiek modelowy dobry lekarz dysponujący aktualną i niezawierającą takich ubytków wiedzą medyczną wiedziałby jak należy postąpić. Na gruncie subiektywnego ujęcia możliwości przewidywania nie sposób uznać, że lekarz w chwili czynu mógł rozpoznać niebezpieczeństwo wywołania śmierci pacjenta – nie miał ku temu stosownej wiedzy. Nie realizowałby wówczas znamion czynu zabronionego i odpowiedzialność karna byłaby wykluczona. Można natomiast postawić mu zarzut, że wskutek własnej ignorancji wiedzy takiej nie nabył, chociaż powinien ją mieć, jednak takie postawienie sprawy prowadzi nas do pojęcia winy nieumyślnej. Inaczej rzecz się ma, gdyby podmiot oceniający zachowanie lekarza zapytał, czy w podobnej sytuacji wzorcowy lekarz, dysponujący intersubiektywną, aktualną wiedzą lekarską

²⁹ *Ibidem*, s. 107.

³⁰ „Krzyżowanie się kryteriów daje w rezultacie multiplikację modeli, multiplikację tym bardziej pogłębioną, im więcej tych kryteriów kombinować będziemy z wyspecjalizowanymi funkcjami zawodowymi czy też wynikającymi z wykonywanej akurately czynności bądź roli społecznej. W miejsce jednolitego modelowego wzorca osobowego wchodzi zatem trudne nawet do wyczerpującego wyliczenia wzorce – na przykład wzorzec dla grupy 50-letnich, kulawych zwrotniczych, wzorzec dla grupy doświadczonych, lecz będących w okresie menopauzy lekarek internistek, wzorzec dla grupy 80-letnich, niedowidzących i cierpiących na chorobę Parkinsona przechodniów, itd.”; *Ibidem*, s. 123.

³¹ Zob. *ibidem*, s. 126.

mógł przewidzieć następstwa podjęcia takiej, a nie innej terapii, zaś kwestię ewentualnego usprawiedliwienia błędu, powstałego na skutek cech osobistych lub doświadczenia niefortunnego lekarza rozważać można by wówczas na płaszczyźnie winy (na przykład na gruncie zaproponowanego nowego brzmienia art. 28 § 1 k.k.).

Prócz krytyki rozwiązań zawartych w projekcie, w doktrynie pojawiło się kilka autorskich pomysłów *de lege ferenda*. I tak J. Lachowski³² proponował, by obok niezmienionych w swej treści art. 9 § 1 i 3, paragraf drugi otrzymał następujące brzmienie: „Czyn zabroniony popełniony jest nieumyślnie, jeżeli sprawca przewiduje możliwość jego popełnienia, lecz przypuszcza, że tego uniknie albo nie przewiduje takiej możliwości, mimo że mógł ją przewidzieć”. Autor ten zauważył, że propozycje Komisji Kodyfikacyjnej prowadzą do zatarcia rozróżnienia między świadomą, a nieświadomą nieumyślnością i mogą naruszać zasadę dostatecznej określoności czynu zabronionego. Dostrzegając użyteczność wyróżnienia dwóch form nieumyślności J. Lachowski dokonał ich dalszego zsubiektywizowania, zamieniając – w przypadku świadomej nieumyślności – przedmiotowe przesłanki, polegające na popełnieniu czynu na skutek niezachowania ostrożności wymaganej w danych okolicznościach (przy przewidywaniu możliwości popełnienia przestępstwa), na cechujące sprawcę subiektywne „przypuszczenie, że tego uniknie” (pozbawione pejoratywnej oceny jako „bezpodstawne”, co wprowadzałoby do struktur strony podmiotowej element wartościujący, tj. winę, znany poprzednio obowiązującemu kodeksowi karnemu z 1969 r.). Po stronie nieświadomej nieumyślności Autor ten pozostawił możliwość przewidywania, wyraźnie akcentując jednak, iż postrzega ją w sposób zindywidualizowany. Zdaniem J. Lachowskiego, sprowadzenie nieświadomej nieumyślności tylko do obiektywnej przewidywalności możliwości realizacji znamion przedmiotowych doprowadziłoby do zerwania tak naprawdę ze stroną podmiotową, która immanentnie wiąże się ze sferą indywidualnych właściwości i przeszłych przeżyć psychicznych sprawcy. Koncepcja taka nawiązuje w związku z tym *de facto* do modelu obiektywnego przypisania skutku, a co za tym idzie – do okoliczności o naturze przedmiotowej. Trzeba zatem rzec, iż zdaniem tegoż Autora, projektodawca dążąc do eliminacji elementów przedmiotowych ze struktur strony podmiotowej, wymienił właściwie jedno takie znamię na inne (w miejsce usuniętych reguł ostrożności pojawia się jednoznaczna deklaracja co do obiektywnego sposobu rozumienia możliwości przewidywania wypełnienia znamion czynu zabronionego).

W tym miejscu odnieść należy się także do zawartej w propozycji J. Lachowskiego formule nowej świadomej nieumyślności, wedle której „sprawca przewiduje możliwość popełnienia czynu zabronionego, lecz przypuszcza,

³² J. L a c h o w s k i, Ocena projektowanych zmian art. 9 k.k., PiP 2014, nr 1, s. 96.

że tego uniknie”. Dalsza subiektywizacja strony podmiotowej prowadzi tego Autora do wprowadzenia nowego znamienia o charakterze podmiotowym, które nie jest znane obecnej dogmatyce prawa karnego. Prócz możliwych do wystąpienia kontrowersji związanych z wprowadzeniem nowego terminu, rodzą się także wątpliwości na tle możliwości wystąpienia luki prawnej lub efektywnego korzystania z tej instytucji w praktyce. Przede wszystkim trzeba stwierdzić, że założenie, iż uda się ustalić, co sprawca w chwili czynu przypuszczał, jest dość wątpliwe, czego dowodzą trudności w ustalaniu świadomości sprawcy w procesie karnym. Nadto trzeba zauważyć, że „przypuszczenie uniknięcia wystąpienia czynu zabronionego” można oddać na gruncie obecnego brzmienia przepisów jako prawdopodobieństwo realizacji znamion przestępstwa, używane pomocniczo przy ustalaniu granicy między zamiarem ewentualnym a świadomą nieumyślnością. Przy przyjęciu takiego założenia uznać można, że „przypuszczenie uniknięcia nastąpienia czynu zabronionego” nie jest *de facto* niczym nieznanym obecnej dogmatyce i sprowadza się do subiektywnie niskiego prawdopodobieństwa z jakim sprawca prognozuje nastąpienie negatywnych prawnie rezultatów swego postępowania lub uznaje swoje działania zaradcze za wystarczające do uniknięcia popełnienia przestępstwa, które ma szansę nastąpić z wysokim prawdopodobieństwem. A *contrario* uznać należałoby w takim przypadku, że prognoza wysokiego prawdopodobieństwa i brak podjęcia przeciwdziałania skutkować miałyby uznaniem, iż sprawca przypuszcza, że czynu nie uniknie, co prowadziłoby interpretatora znów na grunt umyślności.

Wątpliwości budzi jednak sytuacja, gdy sprawca, który nie ma zamiaru popełnić przestępstwa, mimo że swą świadomością obejmuje możliwość realizacji znamion czynu zabronionego, działa w warunkach niepewności, co do ostatecznego rezultatu, to znaczy w chwili czynu nie wie, czy uda mu się uniknąć negatywnych następstw swego zachowania się, czy też nie. W razie ustalenia takiego stanu przeżyć psychicznych sprawcy w chwili czynu wydaje się, że nie aktualizuje się żadna z zaproponowanych w ten sposób form strony podmiotowej. Zamiar bezpośredni i wynikowy jest wykluczony z uwagi na brak zamiaru, zaś nieświadoma nieumyślność nie zachodzi, a to z uwagi na fakt, że sprawca w chwili czynu prognozuje jakąś możliwość spowodowania czynu zabronionego. Kłopot z aplikacją świadomej nieumyślności wynika zatem z braku możliwości przesądzenia, czy sprawca przypuszczał, że uniknie popełnienia czynu, skoro w chwili, na którą badamy jego przeżycia on sam tego jeszcze nie wiedział. Jeszcze inny problem powstaje w sytuacji, gdy pesymistycznie nastawiony sprawca, jednoznacznie manifestując brak zamiaru, zakłada jednocześnie, że prawnokarnie relewantnych następstw raczej nie uniknie. Czy w takiej sytuacji przyjmować należy istnienie świadomości konieczności, a poprzez to – zamiar bezpośredni; czy też raczej

poszukiwać możliwości poszerzenia zakresu świadomej nieumyślności – pozostaje na gruncie tej koncepcji kwestią otwartą.

Inną propozycję brzmienia art. 9 k.k. zarysował na swoim blogu M. Małecki³³. Prowadząc językową analizę pojęć użytych przez ustawodawcę dla określenia istoty zamiaru, Autor ten doszedł do następujących definicji składających się na art. 9 k.k.: „Czyn zabroniony jest popełniony umyślnie, jeżeli sprawca ma zamiar jego popełnienia, to jest chce go popełnić albo przewidując taką możliwość nie chce mu zapobiec”, natomiast „Czyn zabroniony jest popełniony nieumyślnie, jeżeli sprawca nie ma zamiaru jego popełnienia, to jest nie chce go popełnić i chce mu zapobiec, albo nie przewiduje możliwości jego popełnienia, choć obiektywnie było to przewidywalne”. Nowość tej propozycji zasadza się w pierwszym rzędzie na odmiennym od dotychczasowych prób ukształtowaniu granicy między tzw. zamiarem ewentualnym a świadomą nieumyślnością oraz wyeliminowaniu pojęcia „godzenia się”, na interpretację którego nie ma jednolitego pomysłu wśród przedstawicieli doktryny i orzecznictwa (zostałoby ono zastąpione określeniem opisowym). Rzuca to bezpośrednio na sposób zdefiniowania czynu zabronionego popełnionego nieumyślnie, a także na istotę samego zjawiska nieumyślności.

Niewątpliwą zaletą tej wersji jest ujednolicenie terminologii wyprowadzonej z zastosowaniem wykładni językowej i oparcie form strony podmiotowej na różnych relacjach do pojęcia „chęć”. Zastrzeżenie może budzić użycie sformułowań: sprawca „chce” lub „nie chce zapobiec” czynowi, które zdaje się nazbyt wąskie, bowiem nie uwzględnia nastawienia sprawcy, który nie ma zamiaru ingerować własnym zachowaniem (lub nie może z uwagi na dynamikę układu sytuacyjnego, który nie wymaga już żadnego zachowania sprawcy do ziszczenia znamion przedmiotowych typu) w kwestię nastąpienia czynu zabronionego. Zaproponowane przez M. Małeckiego terminy nasuwać przypuszczenie, że dla wykazania braku zamiaru sprawca musiałby zawsze podejmować jakąś aktywność, która wskazywałaby na chęć zapobieżenia następstwom danego zachowania się. Wydaje się, że trafniejsze byłoby użycie sformułowań: sprawca „chce” lub „nie chce by czyn zabroniony nastąpił (zrealizowane zostały znamiona przedmiotowe czynu zabronionego)”.

W świetle omawianej propozycji zachowany zostałby podział na cztery formy strony podmiotowej – zamiar bezpośredni znamionowany przewidywaniem i chęcią; zamiar ewentualny, cechujący się przewidywaniem i brakiem chęci nienastąpienia czynu zabronionego; świadoma nieumyślność, którą cechuje przewidywanie oraz chęć, by czyn zabroniony nie nastąpił (chęć zapobieżenia mu) oraz nieświadoma nieumyślność, na którą składa się brak indywidualnego przewidywania możliwości popełnienia czynu za-

³³ M. Małecki, Czy umyślność istnieje?, dostęp z dnia 24 listopada 2014 r.: <http://dogmatykarnisty.blogspot.com/2012/12/czy-umyslność-istnieje.html>.

bronionego w sytuacji, w której na płaszczyźnie znamion przedmiotowych zostałyby ustalona obiektywna przewidywalność. Taki podział, choć plastyczny, wydaje się jednak nieco uproszczony. Za J. Giezekiem można wskazać, iż:

„I. Przy relatywnie wysokim prawdopodobieństwie wystąpienia negatywnego skutku:

1. zamiar ewentualny to godzenie się na popełnienie czynu zabronionego, wiążące się brakiem zamiaru jego uniknięcia;

2. świadoma nieumyślność to brak zamiaru popełnienia czynu zabronionego wiążący się z zamiarem jego uniknięcia;

II. Przy relatywnie niskim prawdopodobieństwie wystąpienia negatywnego skutku:

1. zamiar ewentualny to godzenie się na popełnienie czynu zabronionego, nie wymagające stwierdzenia braku zamiaru jego uniknięcia, lecz opierające się na ustaleniu, że objęty nim rezultat, czyli stan rzeczy przez sprawcę prognozowany – niezależnie od tego, że nie pokrywa się z celem jego zachowania – oceniany jest jako dla sprawcy korzystny;

2. świadoma nieumyślność to brak zamiaru popełnienia czynu zabronionego, nie wymagający stwierdzenia zamiaru jego uniknięcia, lecz opierający się na ustaleniu, że objęty nim rezultat, czyli stan rzeczy przez sprawcę prognozowany – niezależnie od tego, że nie pokrywa się z celem jego zachowania – oceniany jest jako dla sprawcy obojętny, a nawet szkodliwy (niekorzystny)”³⁴.

Wydaje się zatem, że brak uwzględnienia owej dystynkcji w zaproponowanej definicji wygeneruje więcej problemów, niż korzyści, które może przynieść tak sformułowana zmiana normatywna.

Ostatnia z analizowanych koncepcji zmiany art. 9 § 2 k.k., autorstwa D. Tokarczyka³⁵ brzmi następująco: „Czyn zabroniony jest popełniony nieumyślnie, jeżeli sprawca, nie mając zamiaru jego popełnienia, popełnia go jednak, przewidując albo mogąc przewidzieć, że naruszy reguły postępowania z dobrem prawnym, wyczerpując tym samym znamiona czynu zabronionego”. Za konieczne elementy, stanowiące istotę nieumyślności Autor ten uważa: 1) brak zamiaru; 2) naruszenie reguł postępowania z dobrem prawnym; oraz 3) co najmniej subiektywną możliwość przewidzenia następstw podejmowanego przez sprawcę zachowania się.

Propozycji D. Tokarczyka zarzucić można utożsamienie nieumyślności jako osobnego zjawiska wraz z pojęciem „czynu zabronionego popełnionego nieumyślnie”. Autor ten, jak wyżej wspomniano, upatruje istoty nieumyślności w następujących komponentach: 1) brak zamiaru; 2) naruszenie reguł

³⁴ J. Giezek, *Świadomość...*, *op. cit.*, s. 206–207.

³⁵ D. Tokarczyk, *Nieumyślność w świetle propozycji nowelizacji kodeksu karnego* – w odpowiedzi Doktor Katarzynie Banasik, Pal. 2014, nr 1–2, s. 147.

postępowania z dobrem prawnym; oraz 3) co najmniej subiektywną możliwość³⁶ przewidzenia następstw podejmowanego przez sprawcę zachowania się³⁷. Elementy te umieszcza następnie w proponowanym art. 9 § 2 k.k. Tymczasem zauważyć należy, że to czyn zabroniony popełniony nieumyślnie musi charakteryzować się naruszeniem reguł postępowania z dobrem prawnym – zaś jeśli uznać nieumyślność jako pojęcie tradycyjnie związane ze sferą subiektywną, reguły postępowania z dobrem prawnym wydadzą się wręcz czymś obcym temu pojęciu. Stąd też nie wydaje się, by wzmiankowanie o każdorazowym naruszeniu reguł ostrożności w przepisie normującym stronę podmiotową było potrzebne.

Inną kwestią jest fakt, że D. Tokarczyk wymaga, by sprawca przewidywał lub mógł przewidzieć, że naruszy reguły postępowania z dobrem prawnym, wyczerpując tym samym znamiona czynu zabronionego³⁸. Po pierwsze zauważyć należy, że taka konstrukcja przepisu art. 9 § 2 k.k. prowadzi do konkluzji, że każdorazowe naruszenie reguł ostrożności stanowić będzie realizację znamion czynu zabronionego. Tymczasem, jakkolwiek prawdą jest, że każdy nieumyślnie popełniony czyn zabroniony stanowi wynik nieostrożnego zachowania się sprawcy, to jednak fałszywe jest stwierdzenie, że naruszenie reguł staranności stanowi zawsze realizację znamion opisanych w konkretnym typie z części szczególnej kodeksu karnego. To do znamion przedmiotowych danego czynu zabronionego odnieść należy przewidywanie lub możliwość przewidzenia negatywnych skutków zachowania się sprawcy. Reguły ostrożności jako przesłanka ustalenia bezprawności czynu zawierają się wśród elementów konkretnego wzorca karalnego zachowania się, ale nie powinny być jedynym elementem, do którego relatywizujemy aspekt intelektualny nieumyślności.

D. Tokarczyk poruszył istotną kwestię, na którą składa się pytanie o istotę nieumyślności. Należy zadać sobie pytanie, czy zbadanie tego fenomenu jest w ogóle możliwe. Koniecznym jest tu spostrzeżenie, iż to swoista prawnokarna umowa społeczna przesądza, co w danym czasie należy uznać za przestępstwo, dlatego też nie można mówić o obiektywnie istniejącym pojęciu nieumyślności, które musi zostać odkryte przez badaczy prawa. Przyjmuje się, że podział płaszczyzny wolicjonalnej na różne formy umyślności i nieumyślności ma przede wszystkim konwencjonalny i normatywny charakter³⁹. W doktrynie coraz śmielej podnosi się, iż tak naprawdę przedmiotem prawnokarnej analizy nie są rzeczywiste procesy psychiczne zachodzące w umyśle sprawcy, ale pewne konstrukty normatywne, pewna konwencja, która

³⁶ Do postulatu subiektywizacji pojęcia „przewidywania” można odnieść już wcześniej poruszone zarzuty.

³⁷ D. Tokarczyk, *op. cit.*, s. 147.

³⁸ *Ibidem*, s. 147.

³⁹ J. Giezek, *Świadomość...*, *op. cit.*, s. 183.

dzieli zachowania ludzkie na umyślne i nieumyślne⁴⁰. Definicja zawarta w art. 9 § 2 k.k. to w istocie definicja nominalna, która nie podaje możliwie jednoznacznej charakterystyki przedmiotów jakiegoś rodzaju uprzednio wydzielonego spośród innych przedmiotów, która to charakterystyka przysługuje wszystkim przedmiotom danego rodzaju i tylko im, a jedynie określa zastane lub proponowane znaczenie w jakimś określonym języku danego słowa lub wyrażenia złożonego⁴¹. Nieprawidłowe jest zatem stwierdzenie, że to, czy tamto nie jest nieumyślnością, a jedynie, że „nie chcę by do tego zjawiska odnosiło się słowo nieumyślność”⁴². Nie chodzi zatem o odkrywanie istniejącej rzeczywistości; art. 9 § 2 k.k. wydziela pewną klasę indywidualnych zjawisk i wymaga, by tylko te zjawiska nazywać mianem nieumyślności⁴³. Nie jest zatem tak, że każde zachowanie charakteryzujące się brakiem zamiaru/motywu kryminalnego jest opisane przez art. 9 § 2 k.k. Przepis ten wskazuje, które z zachowań pojęciowo odpowiadających nieumyślności rozumianej w sposób potoczny lub z uwzględnieniem nauk empirycznych są traktowane przez ustawodawcę jak nieumyślność.

Jeśli zatem chodzi o nowelizację definicji zawartych w art. 9 § 2 k.k. ustawodawcę ograniczają standardy legislacyjne i inne reguły wynikające z zasady demokratycznego państwa prawnego. Spośród zanalizowanych w niniejszym szkicu propozycji, postulat Komisji Kodyfikacyjnej Prawa Karnego z projektu z dnia 5 listopada 2013 r. wydaje się najtrafniejszy. Nie był obarczony błędami ani wątpliwościami oraz dość dobrze odpowiadał na potrzeby praktyki, która nie od dziś boryka się z ustaleniem skutecznego sposobu aplikowania sprawcy podmiotowego komponentu czynu zabronionego. Pozostaje mieć nadzieję, iż ciągły dyskurs nad najlepszym brzmieniem art. 9 § 2 k.k. zaowocuje w końcu w przyszłości stosowną zmianą normatywną.

⁴⁰ Zob. R. Zawłocki, Nieumyślność jako podstawa odpowiedzialności karnej – w poszukiwaniu kompromisu, MoP 2008, nr 11, s. 569.

⁴¹ Za: Z. Ziembicki, Analiza pojęcia czynu, s. 10.

⁴² *Ibidem*, s. 10.

⁴³ Zob. *ibidem*, s. 13–14.

Some remarks on draft amendments to the notion of unintentionality as set forth in the Penal Code

Abstract

The notion of unintentionality referred to by Article 9, § 2 of the Penal Code has given rise to that much controversy and disputes that, in 2013, the Criminal Code Codification Commission, attempted to change the provision which sets out the definition of a prohibited act committed without intent, as part of the Commission's wider effort covering many other measures under the general section of the Penal Code, including those relating to subjective aspects of an offence. The draft amendments to Article 9, § 2 of the Penal Code were subject to modifications including but not being limited to a simple denial of intentionality or more complex definitions involving once again subjective aspects of a prohibited act. Meanwhile, drafts amendments were evaluated – usually unfavourably – by legal academics and commentators who put forward their own ideas of how Article 9, § 2 of the Penal Code should be amended. This contribution examines the said process in terms of its course and outputs, and evaluates the proposed draft amendments to Article 9, § 2 of the Penal Code.

Tomasz Kalita

Śmierć mózgu jako granica prawnokarnej ochrony życia człowieka

Streszczenie

Celem niniejszego artykułu jest przedstawienie ewolucji poglądów na temat ustalania kryteriów śmierci człowieka. W treści pracy omówiono: kryteria śmierci przyjmowane w oficjalnych dokumentach (do lat 50, z 1968 r., z 1981 r.), definicję śmierci (z poglądami A. Shewmona, H. J. Türka, H. Jonasa, P. Morcińca), procedurę stwierdzenia trwałego i nieodwracalnego ustania czynności mózgu (dwa etapy przygotowania kwalifikacyjnego), definicję śmierci mózgowej, a także sporne poglądy K. Sobczaka, A. Janaszczuk, W. Rowińskiego, A. Lewandowicza, B. Wójcika, R. Bohatyrowicza i weryfikację kryteriów rozpoznawania śmierci mózgowej, różnicę między śmiercią pnia mózgu (czyli tzw. nieodwracalną śpiączką) a stanem wegetatywnym i śpiączką. W artykule zwrócono także uwagę na prawne konsekwencje uznania definicji śmierci mózgowej dla kwalifikacji prawnej czynu oraz statusu podmiotowo-prawnego człowieka, u którego stwierdzono śmierć mózgu, skutkującego pozbawieniem go prawnokarnej ochrony.

Z punktu widzenia prawa karnego śmierć jest momentem granicznym, który wskazuje na ustanie życia człowieka, stanowiącego przedmiot ochrony prawnokarnej¹. Wskazanie przedmiotu ochrony jest niezbędne dla właściwej wykładni normy karnej i pozwala na doprecyzowanie znamion przestępstwa. Jednoznaczne określenie naruszonego dobra prawnego decyduje o kwalifikacji prawnej czynu, a także o kwalifikacji danego czynu jako jednego bądź wielu przestępstw. Dlatego też ustalenie końcowej granicy ludzkiego życia ma decydujące znaczenie przy określaniu kwalifikacji prawnej czynu człowieka, któremu zarzuca się zabójstwo lub nieumyślne spowodowanie śmierci².

Jednym z pierwszych oficjalnych dokumentów regulujących kwestię śmierci mózgowej był Raport Komisji Nadzwyczajnej Wydziału Medycznego

¹ Zob. G. Rejman, Problemy prawa karnego w związku z definicją „śmierci mózgowej”, *Palestra* 1987, nr 10–11, s. 145.

² Zob. art. 148 i 155 ustawy z dnia 6 czerwca 1997 r. – Kodeks karny (Dz. U. z 1997 r., Nr 88, poz. 553 z późn. zm.).

Uniwersytetu Harvarda do Zbadania Definicji Śmierci Mózgowej z 1968 r. (*A Definition of Irreversible Coma. Report of the Ad Hoc Committee of the Harvard Medical School to Examine the Definition of Brain Death*)³. Wydarzenie to utorowało drogę do zmodyfikowania i rozszerzenia obowiązującego do połowy lat pięćdziesiątych ubiegłego wieku paradygmatu o kryteriach śmierci człowieka opartego wyłącznie na jej krążeniowych oznakach⁴. Dokument ten powstał pod patronatem Amerykańskiego Stowarzyszenia Lekarzy i Amerykańskiego Stowarzyszenia Adwokatów i zapoczątkował prawne umocowanie kryterium śmierci mózgowej, a przedstawione w nim jej medyczne kryteria stanowiły punkt wyjściowy do dalszej ich ewolucji w oparciu o nowe fakty naukowe, nieznane w momencie jego powstania⁵. Zaproponowany wówczas kanon postępowania, zmierzający do możliwości zalegalizowania pozyskiwania ukrwionych narządów od zmarłych dawców w mechanizmie śmierci mózgowej, umożliwił późniejszy rozwój transplantologii⁶.

Nieodwracalną śpiączkę (określenie używane w raporcie zamiennie ze śmiercią mózgu) zdefiniowano jako nieodwracalny brak funkcji mózgu („*permanently nonfunctioning brain*”). Tym samym przyjęto kryterium funkcjonalności, definiując śmierć mózgu jako brak uchwytnych w badaniu klinicznym funkcji całego układu nerwowego, zarówno ośrodkowego, jak i obwodowego (w rzeczywistości były to kryteria śmierci całego układu nerwowego). Wyróżniono cztery grupy objawów wskazujących na jego zaistnienie. Pierwszy, odznaczający się brakiem percepcji i reaktywności, rozumiany jest jako brak odpowiedzi na bodźce zewnętrzne (ból, dźwiękowe, bądź inne) w postaci cofania kończyn, przyspieszenia oddychania lub wydawania dźwięków. Drugi to brak spontanicznych ruchów w czasie 1-godzinnej obserwacji lub w odpowiedzi na ból, dotyk, dźwięk lub światło, a także brak spontanicznego oddechu w czasie 3 minut po odłączeniu chorego od respiratora, pod warunkiem prawidłowej prężności dwutlenku węgla w krwi tętniczej w momencie rozpoczęcia próby i poprzedzającej 10-minutowej wentylacji powietrzem atmosferycznym. Trzeci to brak następujących odruchów: reakcji na światło szerokich źrenic, ruchów gałek ocznych przy zwrocie głowy i drażnieniu błony bębenkowej strumieniem wody, rzęsowego, rogówkowego, wymiotnego, a także głębokich odruchów ścięgniętych, podeszwowych oraz takich czynności jak ziewanie, przełykanie, prężenie, wydawanie dźwięków. Ostatni objaw to płaski zapis elektroencefalogramu (czułość ba-

³ A Definition of Irreversible Coma. Report of the Ad Hoc Committee of the Harvard Medical School to Examine the Definition of Brain Death, JAMA 05.08.1968, vol. 205, no. 6, (w:) <http://jama.jamanetwork.com>.

⁴ Zob. W. Iwańczuk, Harwardzkie kryteria śmierci mózgu, Anestezjologia i Ratownictwo 2008, nr 2, s. 265, (w:) http://www.anestezjologiairatownictwo.pl/archiwum/2008_03_iwanczuk.pdf.

⁵ Tamże.

⁶ Tamże, s. 265–266.

dania określono na 5 μ V) w co najmniej 10-minutowym zapisie (pożądany 20-minutowy zapis). Badaniem alternatywnym względem elektroencefalografii był brak pojawienia się na dnie oka znacznika wstrzykniętego do żyły obwodowej, co świadczyło o braku przepływu mózgowego. Jeżeli badania te były niemożliwe do przeprowadzenia, śmierć mózgu rozpoznawano jedynie na podstawie badania klinicznego.

Za nieodwracalnością zmian świadczyło utrzymywanie się powyższych objawów przez co najmniej 24 godziny. Badanie neurologiczne oparto na określeniu funkcji nerwów czaszkowych i rdzeniowych. Przewidywało ono zbadanie wszystkich odruchów pniowych. Określono także dwa stany wykluczające rozpoznanie śmierci mózgu: temperatura ciała poniżej 90 F (32,2°C) oraz zażycie leków depresyjnie działających na układ nerwowy (barbiturany). Stwierdzono także, że obecność prężeń, drgawek oraz innych przejawów czynności układu pozapiramidowego (odruchy posturalne) wyklucza rozpoznanie śmierci mózgu.

Przedstawione powyżej kryteria śmierci mózgu zawarte w raporcie *Ad Hoc Committee* wyznaczyły na kilkanaście lat powszechnie obowiązujący standard postępowania diagnostycznego. Dopiero w 1981 r. został on zmodyfikowany za sprawą wytycznych zawartych w Akcie Jednolitego Rozpoznawania Śmierci (*Uniform Determination Death Act*), opracowanego przez Komisję Prezydencką ds. Problemów Etycznych w Medycynie, Naukach Biomedycznych i Behawioralnych⁷.

Najważniejszym postanowieniem *Uniform Determination of Death Act* było uznanie, iż po utracie przez pień mózgu zdolności pełnienia funkcji integracyjnych, poszczególne systemy żywych organów nie tworzą już żyjącego organizmu jako całości⁸. W istocie była to modyfikacja definicji śmierci, utożsamiająca bezpośrednio życie pnia mózgu z życiem całego mózgu, a pośrednio życie pnia mózgu z życiem organizmu jako całości⁹. Należy przez to rozumieć, że koniecznym, ale wystarczającym warunkiem śmierci mózgu jako całości jest stwierdzenie śmierci pnia mózgu. W świetle osiągnięć reanimacji, tradycyjna definicja śmierci została skomplikowana faktem, że czynności serca i oddechu mogą być zastąpione sztuczną aparaturą, co pozwoliło na pominięcie tych narządów w definicji śmierci¹⁰. Warto jednak podkre-

⁷ Guidelines for the Determination of Death. Report of the Medical Consultants on the diagnosis of Death to the Presidents Commission for the Study of Ethical Problems in Medicine and Biomedical and Behavioral Research, JAMA 13.10.1981, vol. 246, no. 19 (w:) <http://jamanetwork.com>.

⁸ M. Nowacka, Etyka a transplantacje, Warszawa 2003, s. 80. Zob. także: M. Smith, Brain death: time for international consensus, British Journal of Anaesthesia 2012, nr 108, s. 6–7, (w:) http://bjaoxfordjournals.org/content/108/suppl_1/i6.full.pdf+html.

⁹ M. Nowacka, Etyka a transplantacje, Warszawa 2003, s. 80.

¹⁰ Zob. B. Popiełski, Współczesne kryteria śmierci człowieka i ich znaczenie, *Acta Universitatis Wratislaviensis*, nr 750, Wrocław 1985, s. 143.

ślić, że Komisja zachowała kryterium śmierci w postaci nieodwracalnego ustania naturalnych funkcji układu oddechowego i czynności krążenia.

Kryterium krążeniowo-oddechowe korespondowało z definicją śmierci rozumianą jako utrata przepływu fluidów życiowych i również określało śmierć człowieka jako całości, chociaż nie śmierć wszystkich komórek organizmu¹¹. Podczas uzupełniania tej klasycznej definicji śmierci, wykorzystano fakt, że tworzące człowieka organy, komórki i tkanki nie obumierają jednocześnie, lecz to zdysocjowane zjawisko powoduje dezintegrację ustroju jako całości funkcjonalnej¹². Dlatego też śmierć mózgu, jako koordynatora podstawowych czynności życiowych organizmu jest utożsamiana ze śmiercią człowieka.

Jak wskazuje W. Rowiński, rozwój anestezjologii i intensywnej terapii spowodował, że po zatrzymaniu krążenia i akcji oddechowej, czyli śmierci klinicznej, w wyniku prawidłowo prowadzonej akcji resuscytacyjnej można je przywrócić. Skuteczna reanimacja ma miejsce wtedy, gdy po upływie pewnego czasu mózg podejmuje samodzielną pracę i jest to możliwe tylko wtedy, gdy zabiegi resuscytacyjne podjęto i prawidłowo przeprowadzono w okresie pierwszych kilku minut po wystąpieniu śmierci klinicznej¹³. W szczególnych przypadkach pomimo prawidłowo przeprowadzonej akcji resuscytacyjnej, podczas której przywrócona zostaje czynność serca i krążenie krwi, a dzięki zastosowaniu sztucznej wentylacji respiratorem, także wymiana gazowa (co powoduje, że podtrzymywana jest czynność nerek, wątroby i innych narządów), dochodzi do nieodwracalnego ustania czynności mózgu¹⁴. Po pewnym czasie następuje śmierć biologiczna całego organizmu i pojawiają się znamiona śmierci¹⁵.

Po wprowadzeniu kryterium śmierci mózgu można mówić o ewolucji medycznej definicji śmierci, która polegała na przejściu od pojęcia śmierci człowieka jako całości do pojęcia śmierci jako nieodwracalnego ustania funkcji pnia mózgu oznaczającego śmierć człowieka jako całości¹⁶.

Obecnie w Polsce moment śmierci człowieka jest ustalany, zgodnie z art. 9 ustawy z 1 lipca 2005 r. o pobieraniu, przechowywaniu i przeszczepianiu komórek, tkanek i narządów (Dz. U. z 2005 r., Nr 169, poz. 1411), na pod-

¹¹ Zob. B. Wójcik, *Mózg umiera pierwszy*, Znak 2009, nr 649, (w:) <http://www.miesiecznik.znak.com.pl/Tekst/pokaz/10625/calosc>.

¹² J. Duda, *Transplantacja w prawie polskim. Aspekty cywilnoprawne*, Kraków 1998, s. 68; Zob. także: B. Wójcik, *Śmierć mózgu jako kryterium śmierci człowieka. Problematyka filozoficzno-etyczna*, *Medycyna Praktyczna* 2007, nr 4, (w:) <http://www.mp.pl/etyka/index.php?aid=32159&tc=780AB2130EB182AC10A9E73AB8EA3E55>.

¹³ Zob. W. Rowiński, *Kiedy umiera człowiek?*, *Puls* 2012, nr 4, (w:) <http://www.oil.org.pl/xml/oil/oil68/gazeta/numery/n2012/n201204/n20120404>.

¹⁴ Tamże.

¹⁵ Tamże.

¹⁶ B. Wójcik, *Mózg umiera pierwszy*, *op. cit.*

stawie kryterium trwałego nieodwracalnego ustania czynności mózgu¹⁷. Warto zaznaczyć, że dla celów transplantacyjnych, na mocy art. 9a wymienionej ustawy, szczegółowo określono także kryterium stwierdzenia śmierci w przypadku nieodwracalnego zatrzymania krążenia¹⁸.

¹⁷ Zob. szerzej: Obwieszczenie Ministra Zdrowia z dnia 17 lipca 2007 r. w sprawie kryteriów i sposobu stwierdzenia trwałego nieodwracalnego ustania czynności mózgu (M. P. z 2007 r., Nr 46, poz. 547); por. V. J. DiMaio, D. DiMaio, *Medycyna sądowa*, wyd. pol. pod red. B. Świątek, Z. Przybylskiego, Wrocław 2003, s. 2.

¹⁸ Zob. szerzej: Obwieszczenie Ministra Zdrowia z dnia 9 sierpnia 2010 r. w sprawie kryteriów i sposobu stwierdzenia nieodwracalnego zatrzymania krążenia (M. P. z 2010 r., Nr 59, poz. 784). Kryteria i sposób stwierdzenia nieodwracalnego zatrzymania krążenia, poprzedzającego pobranie komórek, tkanek lub narządów do przeszczepienia określa załącznik do ww. obwieszczenia Ministra Zdrowia z dnia 9 sierpnia 2010 r., w którym wskazano, że zatrzymanie krążenia, zgodnie z aktualną wiedzą medyczną, prowadzi w krótkim czasie do śmierci komórek mózgowych i ostatecznie do śmierci mózgu. Jednocześnie komórki stanowiące strukturę narządów bardziej odpornych na niedotlenienie wynikające z braku perfuzji zachowują przez pewien czas swoją funkcję, co stwarza możliwość ich pobrania i skutecznego przeszczepienia. Stwierdzenie zgonu wskutek nieodwracalnego zatrzymania krążenia opiera się na całościowej interpretacji danych z wywiadu chorobowego i klinicznych objawów nieodwracalnego zatrzymania krążenia. Nieodwracalne zatrzymanie krążenia można rozpoznać wówczas, gdy spełnione zostaną następujące warunki: 1) w czasie resuscytacji krążeniowo-oddechowej, prowadzonej zgodnie z aktualną wiedzą medyczną, obserwowano asystolię lub rozkojarzenie elektromechaniczne przez okres co najmniej 20 ostatnich minut, a w przypadku dzieci do lat dwóch przez okres co najmniej 45 ostatnich minut; ponadto w tym okresie nie stwierdzono palpacyjnie spontanicznej fali tętna na tętnicach szyjnych lub udowych; 2) asystolia lub rozkojarzenie elektromechaniczne oraz brak spontanicznej fali tętna na tętnicach szyjnych lub udowych utrzymywały się nieprzerwanie przez okres obserwacji trwającej co najmniej 5 minut po zakończeniu nieskutecznej resuscytacji krążeniowo-oddechowej przeprowadzonej w sposób określony w pkt 1; 3) jeżeli zatrzymanie krążenia nastąpiło w sytuacji, w której lekarz leczący stwierdził, że zgodnie z aktualną wiedzą medyczną resuscytacja krążeniowo-oddechowa nie zakończy się przeżyciem, można: rozpocząć liczenie okresu, o którym mowa w pkt 2, albo rozpocząć uciskanie klatki piersiowej i wentylację zastępczą celem przygotowania organizacyjnego do cewnikowania naczyń i perfuzji narządów, a po zakończeniu uciskania klatki piersiowej i wentylacji zastępczej rozpocząć liczenie okresu, o którym mowa w punkcie 2; 4) jeżeli w trakcie okresu, o którym mowa w pkt 2, choć na chwilę wystąpi migotanie komór lub powrót potwierdzonej palpacyjnie spontanicznej fali tętna na tętnicach szyjnych lub udowych, okres resuscytacji krążeniowo-oddechowej i następującej po nim obserwacji, o których mowa w punktach 1 i 2, liczony jest ponownie od początku; 5) w okresie, o którym mowa w pkt 2, stwierdza się nieobecność odruchów pniowych w postaci braku: reakcji źrenic na światło, odruchu rogówkowego, odruchu oczno-głowego, jakichkolwiek reakcji ruchowych na bodziec bólowy zastosowany w zakresie unerwienia nerwów czaszkowych, jak również brak reakcji ruchowej w obrębie twarzy w odpowiedzi na bodźce bólowe zastosowane w obszarze unerwienia rdzeniowego, czynności oddechowej; 6) w przypadku braku możliwości stwierdzenia nieobecności odruchów pniowych nieodwracalne zatrzymanie krążenia ustala się w oparciu o warunki, o których mowa w pkt 1 i 2. Lekarz stwierdzający nieodwracalne zatrzymanie krążenia dla potrzeb pobrania narządów jest obowiązany oprzeć się na opinii dwóch lekarzy wybranych spośród specjalistów z następujących dziedzin medycyny: anestezjologii i intensywnej terapii, medycyny ratunkowej, kardiologii, kardiologii dziecięcej lub chorób wewnętrznych. Opinię tę wyraża się poprzez złożenie własnoręcznego podpisu pod protokołem zgodnym z wzo-

Obowiązujące w Polsce wytyczne oparte na *Uniform Determination of Death Act* wyjaśniają, że śmierć mózgowa jest zjawiskiem zdysocjowanym, co oznacza, że ogarnia tkanki i układy w różnym czasie, co powoduje dezintegrację ustroju jako całości funkcjonalnej i kolejne, trwałe wypadanie poszczególnych funkcji w różnej sekwencji czasowej. Zatem niektóre funkcje ustroju lub ich części mogą utrzymywać się przez pewien czas w oderwaniu od innych, wcześniej obumarłych. Zdysocjowany charakter zjawiska ujawnia się w sposób szczególny w sytuacjach, w których śmierć objęła już mózg, podczas gdy krążenie krwi jest jeszcze zachowane. W tych przypadkach to stan mózgu determinuje życie lub śmierć człowieka. W większości przypadków klinicznych obrzęk mózgu wynikający z jego uszkodzenia narasta od strony przestrzeni nadnamiotowej, a pień mózgu umiera jako ostatnia jego część. W takich sytuacjach czynnikiem kwalifikującym śmierć mózgu jest nieodwracalny brak funkcji pnia mózgu¹⁹.

Zastrzeżenia wobec dysocjacyjnej koncepcji śmierci formułuje z pozycji fenomenologii ciała ludzkiego H. J. Türk. Zdaniem autora trudno zaakceptować kryterium, którego zastosowanie powoduje, że ciało kogoś nam bliskiego, nienoszące śladów śmierci, ciepłe, oddychające, z bijącym sercem, krążącą krwią, jeszcze wczoraj traktowane jako żyjące, jest uznawane za martwe. Niemożliwy do zaaprobowania jest dla autora fakt oderwania orzeczenia śmierci od jej doświadczenia, a dokładnie rezygnacja na rzecz danych EEG z tego, co ciało samo nam komunikuje. Jak wskazuje H. J. Türk, dla rozstrzygnięcia kiedy ciało jest umarłe, odkąd uważać i traktować je jako zwłoki, nie są miarodajne empiryczne kryteria naukowe, lecz znamiona, które z ludzkiego punktu widzenia i na podstawie doświadczenia interpretujemy jako znamiona śmierci, a więc nie elektrofizjologiczne, lecz fenomenologiczne znaki²⁰.

Sprzeciw wobec przyjęcia nowej definicji śmierci wyraża także H. Jonas, który podnosi, iż medycyna uzurpuje sobie prawo wyznaczenia granicy między życiem, a śmiercią, chociaż posiada jedynie dane o tym, co umiera w człowieku, ale nie o tym, że zmarł człowiek. Aby mieć pewność, że mamy do czynienia ze zmarłym, niewystarczające są kryteria minimalistyczne, lecz konieczne są kryteria maksymalistyczne²¹. Dlatego też stosując te pierwsze,

rem. Jeżeli lekarz stwierdzający nieodwracalne zatrzymanie krążenia jest specjalistą w dziedzinie medycyny określonej w ust. 1, może zasięgnąć opinii tylko jednego specjalisty z dziedziny medycyny określonej w ust. 1, podpisując również protokół.

¹⁹ Załącznik do obwieszczenia Ministra Zdrowia z dnia 17 lipca 2007 r. w sprawie kryteriów i sposobu stwierdzenia trwałego nieodwracalnego ustania czynności mózgu, *op. cit.*

²⁰ H. J. Türk, Śmierć mózgowa w aspekcie filozoficznym, (w:) A. Marcol (red.), *Etyczne aspekty transplantacji narządów. Materiały z sympozjum w Kamieniu Śląskim w dniach 15–16 kwietnia 1996 r.*, Opole 1996, s. 68.

²¹ H. Jonas, *Gehirntod und menschliche Organbank: zur pragmatischen Umdefinierung des Todes*, (w:) tenże, *Technik: Medizin und Ethik: zur Praxis des Prinzips Verantwortung*,

medycyna zadaje gwałt naszemu ciału, opóźniając jego umieranie w celu pobrania narządów dla transplantacji²². Zdaniem autora, śmierć mózgowa nie stanowi ani kryterium śmierci ani kryterium pobierania narządów, lecz jest znakiem nieodwracalności procesów²³.

Pytania o to kiedy, w odniesieniu do dysocjacyjnej definicji śmierci, rozpada się jedność bytu ludzkiego, jedność jego cielesno-duchowej struktury, i kiedy następuje załamanie się wewnętrznej spójności skutkujące dezintegracją i rozpadem, stawia T. Biesaga²⁴. Zdaniem P. Morcińca, oznaką takiego rozpadu jest właśnie śmierć pnia mózgu, która oznacza dezintegrację i niezdolność organizmu do dalszego życia, i dlatego też przy pomocy tego wskaźnika można, na podstawie danych biologicznych opartych na doświadczeniach intensywnej terapii, w sposób wystarczający orzekać, że ten dotąd żywy organizm, istniejący do tej pory jako ludzkie indywiduum, rozpada się na swoje elementy składowe, tzn. następuje jego dezintegracja i destrukcja²⁵.

Śmierć mózgowa została uznana za śmierć biologiczną ponieważ oznacza ona zniszczenie mózgu (lub też nieodwracalne zaprzestanie wykonywania jego funkcji), który jest centralnym integratorem ciała²⁶. Wraz ze stwierdzeniem ustania funkcji pnia mózgu przestaje istnieć również ciało definiowane jako zintegrowana fizjologicznie całość, które nie jest już organizmem żywym, a jedynie zbiorem narządów i tkanek²⁷. Konsekwencją ustania funkcji pnia mózgu jest utrata fizjologicznej, antyentropicznej jedności organizmu²⁸. W związku z powyższym należy stwierdzić, że tym, co decyduje o śmierci człowieka, nie jest trwała utrata świadomości, lecz śmierć ciała jako żywego organizmu.

Nadrzędna, integracyjna rola mózgu wymaga bezustannego utrzymywania wszystkich jego funkcji w harmonijnym powiązaniu, gdyż tylko wtedy informacje dochodzące do mózgu są prawidłowo analizowane, a sygnały stąd wysyłane, czy to świadome, czy mimowolne, służą do zachowania pełni ży-

Frankfurt am Main, Insel, 1985: 222, cyt. za T. Biesaga, Kontrowersje wokół nowej definicji śmierci, *Medycyna Praktyczna* 2006, nr 2, s. 22, (w:) <http://www.mp.pl/etyka/?aid=27742>.

²² Tamże.

²³ Tamże.

²⁴ T. Biesaga, Kontrowersje wokół nowej definicji śmierci, *op. cit.*, s. 23.

²⁵ P. Morciniec, Legalny kanibalizm? Transplantacja organów pojedynczych a problem ustalenia kryterium śmierci, (w:) M. Machinek (red.), *Śmierć i wiara w życie pośmiertne w świetle nauk przyrodniczych i humanistycznych*, Olsztyn 2003, s. 203.

²⁶ A. Shewmon, The Brain and Somatic Integration: Insights Into the Standard Biological Rationale for Equating the "Brain Death" with Death, *Journal of Medicine and Philosophy* 2001, nr 5, s. 458, (w:) <http://brainimaging.waisman.wisc.edu/~perlman/Thukdam/Readings/J%20Med%20Philos%202001%20Shewmon.pdf>.

²⁷ Tamże.

²⁸ Tamże.

cia, nie tylko w sensie biologicznym²⁹. Dlatego też śmierć mózgu jako całości, a nie śmierć całego mózgu, a więc wszystkich jego komórek stanowi podstawowe kryterium pozwalające stwierdzić brak życia³⁰. Obecny stan wiedzy medycznej pozwala zaakceptować tezę stanowiącą, iż trwałe ustanie funkcji pnia mózgu świadczy o śmierci mózgu jako całości³¹.

Kryteria i szczegółowy sposób stwierdzenia trwałego nieodwracalnego ustania czynności mózgu, ustalone przez specjalistów z anestezjologii i intensywnej terapii, neurologii, neurochirurgii oraz medycyny sądowej, określa załącznik do obwieszczenia Ministra Zdrowia z dnia 17 lipca 2007 r. (M. P. z 2007 r., Nr 46, poz. 547). W założeniach ogólnych do wymienionego załącznika wskazano, że trwałe uszkodzenie pnia mózgu ustala się na podstawie braku określonych odruchów nerwowych i braku spontanicznej czynności oddechowej. Postępowanie takie, oparte przede wszystkim na badaniach klinicznych, w przeważającej liczbie przypadków jest możliwe, a jego wynik pewny. W szczególnych okolicznościach badanie odruchów nerwowych nie jest jednak w pełni wykonalne (np. urazy twarzoczaszki), a ich interpretacja trudna (np. zatrucia, farmakoterapia). Ponadto, w pierwotnie podnamiotowych uszkodzeniach mózgu, jego śmierć wymaga szczególnego postępowania diagnostycznego, ponieważ kliniczne objawy trwałego uszkodzenia pnia mózgu nie oznaczają w tym przypadku jednoczesnego nieodwracalnego uszkodzenia całego mózgu. W takich przypadkach podejrzenie śmierci mózgu musi być potwierdzone badaniami instrumentalnymi.

Włączenie do procedur ustalania śmierci mózgu metod instrumentalnych to cenne uzupełnienie badań klinicznych, a w niektórych przypadkach również postępowanie rozstrzygające³². Badania instrumentalne, elektrofizjolo-

²⁹ Zob. A. Nestorowicz, Śmierć mózgu, śmierć człowieka, Wiedza i Życie 1996, nr 1, s. 16.

³⁰ Tamże.

³¹ Tamże.

³² Postulat *de lege ferenda* w postaci konieczności uzupełnienia kryteriów stwierdzenia trwałego nieodwracalnego ustania czynności mózgu poprzez zlecenie instrumentalnych badań potwierdzających w sytuacjach wątpliwych zgłaszał W. Iwańczuk, który opisywał przypadek wystąpienia tzw. „objawu Łazarza” u 44-letniego mężczyzny przyjętego do Oddziału Intensywnej Terapii z powodu krwawienia podpajęczynówkowego i upojenia alkoholowego. Po zabiegu założenia drenażu komorowego uzyskano przejściową kilkugodziną poprawę stanu neurologicznego. Po upływie kilkunastu godzin stwierdzono brak odruchów pniowych i przerwano sedację. W drugiej dobie hospitalizacji po wykonaniu badań toksykologicznych, które wykazały brak alkoholu i midazolamu w surowicy, wysunięto podejrzenie śmierci pnia mózgu, które potwierdzono dwoma seriami badań, zgodnie z obowiązującymi polskimi wytycznymi z 1996 r. Komisyjnie stwierdzono zgon chorego, a następnie powiadomiono lokalnego koordynatora Poltransplantu o fakcie przebywania w oddziale potencjalnego dawcy narządów. W trakcie badania neurologicznego, a także podczas dwóch prób bezdechu, nie zaobserwowano czynności mięśni. Po 16 h od pojawienia się klinicznych oznak śmierci mózgu i 8 h od rozpoznania śmierci mózgu, zaobserwowano kilkusekundowe wygięcie pleców i uniesienie tułowia na wysokość około 30 cm. Po 5 min wystąpiło odwiedzenie, a następnie przywiedzenie ramion i zgięcie kończyn górnych w stawach łokciowych i nadgarstkowych

giczne lub naczyniowe mają zastosowanie w uszkodzeniach mózgu pierwotnych (np. uraz bezpośredni) i wtórnych (np. niedotlenienie), i są też nieodzowne w szczególnych przypadkach diagnostyki śmierci mózgu u dzieci.

Rozpoznanie śmierci mózgu opiera się na stwierdzeniu nieodwracalnej utraty jego funkcji. Postępowanie kwalifikacyjne jest dwuetapowe i obejmuje: wysunięcie podejrzenia śmierci mózgu, a także wykonanie badań potwierdzających śmierć mózgu. Etap I obejmuje dokonanie wskazanych poniżej stwierdzeń i wykluczeń³³. Stwierdzenia dotyczą tego, czy chory jest w śpiączce, sztucznie wentylowany, czy przyczyna śpiączki została rozpoznana, czy wystąpiło uszkodzenie mózgu (pierwotne lub wtórne), a także czy uszkodzenie mózgu jest nieodwracalne wobec wyczerpania możliwości terapeutycznych i upływu czasu.

Wykluczenia z kolei obejmują: chorych zatrutych i pod wpływem niektórych środków farmakologicznych (narkotyki, neuroleptyki, środki nasenne, usypiające, zwiotczające mięśnie poprzecznie prążkowane), chorych w stanie hipotermii ($\leq 35^{\circ}\text{C}$ ciepłoty powierzchniowej), chorych z zaburzeniami metabolicznymi i endokrynologicznymi, noworodki poniżej 7 dnia życia. Przeprowadzenie wszystkich powyższych stwierdzeń i wykluczeń pozwala na przejście do etapu II.

Etap II obejmuje dwukrotne wykonanie przez ordynatora oddziału/kliniki lub upoważnionego przez niego lekarza specjalistę przedstawionych poniżej badań stwierdzających, w zakresie badań klinicznych, po pierwsze brak odruchów pniowych, a po drugie trwałego bezdechu³⁴. O nieobecności odruchów pniowych świadczy: brak reakcji źrenic na światło, brak odruchu rogówkowego, brak ruchów gałek ocznych spontanicznych, brak ruchów gałek ocznych przy próbie kalorycznej, brak jakichkolwiek reakcji ruchowych na

z jednoczesnym położeniem przedramion i dłoni na klatce piersiowej jak w geście modlitwy. Po następnych 3 min doszło do uniesienia obu kończyn dolnych i ich wzajemnego skrzyżowania. Czynność ta powtórzyła się dwukrotnie. Autor w artykule zwraca uwagę, że po śmierci mózgu mogą wystąpić odruchy oraz ruchy spontaniczne w obszarze unerwienia nerwów rdzeniowych. Pomimo wiedzy o istocie tego zjawiska, istnienie spontanicznych ruchów u potencjalnych zmarłych dawców jest trudnym momentem dla personelu OIT, praktycznie przesądza też o sprzeciwie rodziny na pobranie narządów, jeżeli jest ona ich świadkiem. Ponadto pojawienie się spontanicznych ruchów po ich początkowej nieobecności może nasuwać wątpliwości co do prawidłowości przeprowadzonego postępowania i prowadzić do niepotrzebnych komentarzy u mniej zorientowanych członków zespołów medycznych. Wątpliwości tego rodzaju, jak wskazuje autor, pojawiają się nawet w oddziałach, w których ze względu na profil prowadzonej działalności, rozpoznawanie śmierci mózgu jest stosunkowo częstą i rutynową procedurą. (w:) *t e n ż e*, Spontaniczna czynność ruchowa po rozpoznaniu śmierci pnia mózgu – opis przypadku, *Anestezjologia Intensywna Terapia* 2005, nr 3, s. 193–196, (w:) <http://www.czytelniamedyczna.pl/240,spontaniczna-czynnosc-ruchowa-po-rozpoznaniu-smierci-pnia-mozgu-opis-przypadku.html>.

³³ Zob. załącznik do obwieszczenia Ministra Zdrowia z dnia 17 lipca 2007 r. w sprawie kryteriów i sposobu stwierdzenia trwałego nieodwracalnego ustania czynności mózgu, *op. cit.*

³⁴ Tamże.

bodziec bólowy zastosowany w zakresie unerwienia nerwów czaszkowych, jak również brak reakcji ruchowej w obrębie twarzy w odpowiedzi na bodźce bólowe zastosowane w obszarze unerwienia rdzeniowego, brak odruchów wymiotnych i kaszlowych, brak odruchu oczno-mózgowego. Próba bezdechu wykazuje brak reaktywności ośrodka oddechowego.

Rozpoznanie śmierci mózgu w większości przypadków opiera się na badaniu klinicznym i dokładnej analizie przyczyny oraz mechanizmu i skutku uszkodzenia mózgu³⁵. Jednakże zdarzają się szczególne sytuacje, w których badania kliniczne nie mogą być wykonane lub jednoznacznie interpretowane. Przyczynami powodującymi trudności diagnostyczne są rozległe urazy twarzoczaszki, uszkodzenia podnamiotowe mózgu, obecność nietypowych odruchów, inne przyczyny (np. niektóre środki trujące lub preparaty farmakologiczne). W takich przypadkach, podejrzenie śmierci mózgu może lub musi być potwierdzone badaniami instrumentalnymi, np. EEG³⁶.

Zdaniem K. Sobczaka i A. Janaszczaka, definicja śmierci mózgowej jest zbudowana na fundamencie „umowy społecznej”, gdyż kryteria jakie przyjęto do jej orzekania i zbiór tekstów określających techniczne warunki stwierdzenia zgonu, mają charakter umowny. Zdaniem autorów analizowane kryterium śmierci człowieka wynika z pragmatyzmu społecznego, gdyż przynosi więcej korzyści samym pacjentom, a w szczególności dawcom i biorcom organów oraz ich rodzinom, a w konsekwencji całemu społeczeństwu i nauce, niż kryteria naturalne, generujące tylko wysokie koszty ekonomiczne i społeczne w zamian za wątpliwą pewność i obronę archaicznych wartości³⁷.

Według W. Rowińskiego, zaprzestanie uporczywej terapii u pacjentów, u których wystąpiły objawy śmierci mózgu, jest etyczne, a ponadto z ekonomicznego punktu widzenia zwiększyłoby dostępność łóżek na oddziałach intensywnej terapii, a także pozwoliło na zaoszczędzenie pieniędzy, które mogłyby być wykorzystane na leczenie ciężko chorych³⁸. Zgadza się z powyższym R. Bohatyrewicz, który podkreśla, iż rozpoznanie śmierci mózgu upoważnia do stwierdzenia zgonu człowieka, co staje się podstawą do zakończenia leczenia nieuzasadnionego od tego momentu i uprawnia lekarzy do zaniechania wszystkich form terapii, z wentylacją włącznie, czyli wyłączenia respiratora³⁹. Zdaniem autora, nieuzasadnione „leczenie” z zastosowaniem wszystkich inwazyjnych procedur intensywnej terapii staje się w pewnym sensie niepotrzebną profanacją zwłok, a zakończenie „leczenia”

³⁵ Tamże.

³⁶ Tamże.

³⁷ K. Sobczak, A. Janaszczak, Kontrowersje wokół neurologicznego kryterium śmierci mózgu, *Forum Medycyny Rodzinnej* 2012, nr 4, s. 190.

³⁸ W. Rowiński, Kiedy umiera człowiek?, *op. cit.*

³⁹ R. Bohatyrewicz, Czy wiemy, kiedy umiera człowiek?, *Puls* 2012, nr 8–9, (w:) <http://www.oil.org.pl/xml/oil/oil68/gazeta/numery/n2012/n201207/n20120719>.

zmarłego umożliwia zaprzestanie utrzymywania w niepewności jego rodziny i odblokowanie drogiego łóżka intensywnej terapii⁴⁰.

A. Lewandowicz nie zgadza się z zarzutem W. Rowińskiego, iż zbyt rzadko orzeka się śmierć mózgową na oddziałach intensywnej terapii, poza kontekstem transplantologii, a wskazaną powyżej argumentację o charakterze ekonomicznym określa jako zmierzającą ku czystemu utylitaryzmowi⁴¹. Jednocześnie autor podkreśla, że trudno odmówić solidności anestezjologom, którzy skrupulatnie stosując się do wytycznych zamieszczonych w obwieszczeniu Ministra Zdrowia z dnia 17 lipca 2007 r., przestrzegają również nadzórnej klauzuli, zgodnie z którą „w przypadku jakiegokolwiek wątpliwości dotyczącej śmierci mózgu komisja odstępuje od jej stwierdzenia” (pkt III.6 obwieszczenia)⁴². Nie można jednak, zdaniem autora, przejść obojętnie wobec podnoszonych wątpliwości dotyczących samej teorii śmierci mózgowej i opierać się tylko na administracyjnych wytycznych⁴³.

B. Wójcik za przesadzone uznaje twierdzenia, że pojęcie śmierci mózgowej to wyłącznie konstrukt społeczny i jednocześnie zwraca uwagę, że rozwój transplantologii i potrzeba uzupełnienia klasycznego kryterium śmierci są konsekwencjami tego samego postępu naukowego. Autor podkreśla, że kryterium śmierci mózgowej i medycznej definicji śmierci nie powstały w próżni legislacyjnej, czy też filozoficznej ale były wynikiem wiedzy medycznej zaakceptowanej przez konkretną kulturę⁴⁴.

Warto także podkreślić, że w większości krajów co pewien czas weryfikowane są kryteria rozpoznawania śmierci mózgu, co wynika z postępu wiedzy medycznej i dostępności coraz doskonalszych narzędzi diagnostycznych⁴⁵. Dlatego też R. Bohatyrewicz nie zgadza się z opinią A. Lewandowicza, że od czasu publikacji Deklaracji z Sydney z 1968 r. trwają spory w sprawie sposobów rozpoznawania śmierci mózgu⁴⁶. Autor polemizujący z A. Lewandowiczem podkreśla, iż w dniach 30–31 maja 2012 r. uczestni-

⁴⁰ Tamże.

⁴¹ A. Lewandowicz, Kiedy nie umarł jeszcze człowiek?, Puls 2012, nr 6–7, (w:) <http://www.oil.org.pl/xml/oil/oil68/gazeta/numery/n2012/n201206/n20120622>.

⁴² Tamże.

⁴³ Tamże.

⁴⁴ B. Wójcik, Mózg umiera pierwszy, *op. cit.* Zob. także: D. Gardiner, S. Shemie, A. Manara, H. Opdam, International perspective on the diagnosis of death, *British Journal of Anaesthesia* 2012, nr 108, s. 25–26, (w:) http://bjaoxfordjournals.org/content/108/suppl_1/i6.full.pdf+html.

⁴⁵ R. Bohatyrewicz, Czy wiemy, kiedy umiera człowiek?, *op. cit.*; zob. szerzej: W. Iwańczuk, Definicja i rozpoznanie śmierci mózgu: porównanie wytycznych w różnych krajach, *Anestezjologia Intensywna Terapia* 2006, nr 2, (w:) <http://www.czytelniamedyczna.pl/275/definicia-i-rozpoznanie-smierci-mozgu-porownanie-wytycznych-w-roznych-krajach.html>. Na konieczność stworzenia międzynarodowego porozumienia odnośnie do ustalania kryteriów śmierci mózgu wskazuje M. Smith, (w:) tenże, *Brain death...*, *op. cit.*, s. 8–9.

⁴⁶ Tamże.

czył w światowym forum kilkudziesięciu ekspertów opracowujących międzynarodowe wytyczne stwierdzania śmierci dla potrzeb Światowej Organizacji Zdrowia, na którym sporów odnośnie definicji śmierci mózgowej generalnie nie było, a prace dotyczyły jej dopracowania w oparciu o aktualny postęp wiedzy medycznej i odrębności kulturowe⁴⁷.

Od przypadków śmierci pnia mózgu, określanej mianem nieodwracalnej śpiączki (*irreversible coma*), należy jednak odróżnić sytuacje, w których pacjent znajduje się w przetrwałym stanie wegetatywnym (*persistent vegetative state*) lub śpiączce (*coma*). Jak słusznie zwracają uwagę A. Gałęska-Śliwka i M. Śliwka różnica występująca pomiędzy tymi przypadkami jest niezwykle istotna, gdyż problematyka stanu wegetatywnego ciągle pozostaje przedmiotem licznych kontrowersji, podczas gdy w odniesieniu do przypadku śmierci pnia mózgu ustawodawca wyraźnie uregulował zakres podmiotowości prawnej takiego pacjenta, a ponadto wskazał szczegółowe procedury medyczne, jakie w takich okolicznościach należy wprowadzić⁴⁸. Klasyczna definicja stanu wegetatywnego, wprowadzona w 1972 r., przyjmuje, iż stan wegetatywny (...) rozpoznajemy u pacjenta, który jest przytomny, ale pozbawiony świadomości. Zachowane są u niego reakcje odruchowe, które zależą od prawidłowego funkcjonowania rdzenia przedłużonego w tym np.: reakcje obronne, postawy ciała, regulacja temperatury, krążenie, oddychanie, trawienie podanych dożołądkowo pokarmów. Pacjent jest jednak pozbawiony zmysłowego kontaktu ze światem zewnętrznym, co jest efektem uszkodzenia półkul mózgowych, które normalnie zapewniają człowiekowi świadomość siebie, otoczenia, warunkują celowość działania. Pacjent w stanie wegetatywnym wymaga stałej specjalistycznej opieki medycznej – pielęgnacji, biernej rehabilitacji, prawidłowego odżywiania⁴⁹. Zarówno w świetle obecnej nauki, jak i w powszechnym rozumieniu człowiek w stanie wegetatywnym jest żywy⁵⁰.

Śpiączka natomiast rozumiana jest jako stan, w którym oprócz zaburzeń świadomości, chory jest też nieprzytomny, czyli nie otwiera oczu, nie można mówić o okresach snu i czuwania, i nie wykonuje samoistnie żadnych ru-

⁴⁷ Tamże.

⁴⁸ A. Gałęska-Śliwka, M. Śliwka, Zaniechanie uporczywej terapii, stosowanie środków nadzwyczajnych a prawo do godnej śmierci, (w:) <http://www.diametros.iphils.uj.edu.pl/?l=1&p=wyk55&m=45&ik=23&ij=1>.

⁴⁹ B. Jennet, F. Plum, Persistent vegetative state after brain damage. A syndrome in search of a name, *Lancet* 1972, nr 1, s. 734–737; zob. także: W. Drabik, Przetrwały stan wegetatywny – trudny problem bioetyczny współczesnej medycyny, *Biuletyn OIL* 2003, nr 6, <http://www.oil.org.pl/xml/oil64/gazeta/numery/n2003/n200306/n20030608>.

⁵⁰ J. Luszczki, Żyję, czy nie żyję, oto jest pytanie..., (tekst ten został częściowo opublikowany w *Tygodniku Powszechnym* nr 14 (3117) z dnia 5 kwietnia 2009), całość (w:) <http://leksoft.com.pl/html/spiaczka.html>.

chów⁵¹. Występuje ona często po urazie lub uszkodzeniu mózgu z innej przyczyny, np. niedotlenienia. W zależności od przyczyny i ciężkości uszkodzenia stan pacjenta może pogarszać się powodując stopniowo coraz większe zaburzenia podstawowych funkcji życiowych aż do śmierci pacjenta, albo ulegać powolnej poprawie, prowadząc do pełnego powrotu świadomości lub zatrzymując się na różnorodnych stanach pośrednich, np. opisanym wyżej przewlekłym stanie wegetatywnym⁵².

Jak podkreśla Z. Włodarczyk, śpiączka to głębokie zaburzenie świadomości, ale nie polega na całkowitym ustaniu pracy mózgu i nie musi być nieodwracalne⁵³. Natomiast stan wegetatywny, zespół apaliczny, zespół zamknięcia to stany, w których mózg jest poważnie uszkodzony, ale nie zawsze nieodwracalnie. W takich sytuacjach klinicznych pewne partie mózgu wciąż żyją, nawet jeżeli w danej chwili ich czynność jest zaburzona i można także zaobserwować przepływ krwi przez mózg. Pojęć takich jak śpiączka, stan wegetatywny, zespół apaliczny, zespół zamknięcia, śmierć mózgu nie można traktować jako synonimów, gdyż nie są to stany równoważne⁵⁴.

Śmierć mózgu oznacza nieodwracalny, zupełny brak czynności mózgu, nawet dotyczących najbardziej podstawowych czynności życiowych, czyli krążenia krwi i oddychania⁵⁵. W stanie śmierci mózgu przyływu krwi nie ma albo krew nie płynęła przez mózg zbyt długo i doszło do śmierci wszystkich komórek wskutek niedotlenienia⁵⁶. Dlatego też, zdaniem Z. Włodarczyka, nie można podawać przykładów wybudzenia ze śpiączki i traktować ich jako dowodu na to, że nie ma śmierci mózgu. U człowieka w stanie śmierci pnia mózgu serce nadal bije, ale tylko dzięki własnemu automatyzmowi⁵⁷. Człowiek taki nie jest w stanie samodzielnie oddychać (musi być podłączony do respiratora) i nie reaguje w żaden sposób na bodźce z otoczenia. Jeśli u pacjenta specjalna komisja⁵⁸, złożona z trzech lekarzy specjalistów, w tym co najmniej jednego w dziedzinie anestezjologii i intensywnej terapii oraz jed-

⁵¹ Tamże.

⁵² Tamże.

⁵³ Śmierć mózgu jest końcem życia – wywiad z prof. Zbigniewem Włodarczykiem z dnia 2 listopada 2013 r., (w:) <http://www.polskatimes.pl/artukul/1032689,smierc-mozgu-jest-koncem-zycia-wywiad-z-prof-zbigniewem-wlodarczykiem,id,t.html?cookie=1>.

⁵⁴ Tamże. Przed konsekwencjami nieprofesjonalnego używania wskazanych pojęć przestrzega M. Nowacka, (w:) tenże, O przyczynach sprzeciwu wobec pobierania narządów od zmarłych dawców, *Poltransplant. Biuletyn informacyjny* 2013, nr 1, s. 100, (w:) http://www.poltransplant.pl/Download/Biuletyn2013/Biuletyn_2013.pdf.

⁵⁵ J. L u s z a w s k i, Żyję, czy nie żyję, oto jest pytanie..., *op. cit.*

⁵⁶ Śmierć mózgu jest końcem życia, *op. cit.*

⁵⁷ J. L u s z a w s k i, Żyję, czy nie żyję, oto jest pytanie..., *op. cit.*

⁵⁸ Zob. załącznik do obwieszczenia Ministra Zdrowia z dnia 17 lipca 2007 r. w sprawie kryteriów i sposobu stwierdzenia trwałego nieodwracalnego ustania czynności mózgu, *op. cit.* Kryteria ustalania składu komisji szczegółowo określa art. 9 ust. 6 ustawy z dnia 1 lipca 2005 r. o pobieraniu, przechowywaniu i przeszczepianiu komórek, tkanek i narządów, *op. cit.*

nego w dziedzinie neurologii lub neurochirurgii, potwierdzi odpowiednimi badaniami fakt śmierci mózgowej, to uznaje się go za zmarłego, a jego ciało za zwłoki. Takiego pacjenta nie leczy się już, bo on nie żyje, mimo że jego serce jeszcze funkcjonuje⁵⁹. Konsekwencją rozpoznania śmierci mózgu jest stwierdzenie śmierci człowieka i zaprzestanie terapii, chyba, że zmarły jest potencjalnym dawcą narządów do przeszczepienia lub kobietą w ciąży⁶⁰.

Śmierć człowieka jako skutek materialny przestępstwa zabójstwa jest zmianą w świecie zewnętrznym, którą obiektywnie można przypisać zachowaniu określonej osoby lub osób⁶¹. Najczęściej ustalenie dokładnego czasu śmierci w postępowaniu nie jest potrzebne. W niektórych jednak sprawach konieczne będzie sprecyzowanie tego momentu⁶². Prawne uznanie definicji śmierci mózgowej ma istotne znaczenie dla prawa karnego, gdyż przesuwając granicę pomiędzy życiem i śmiercią, a tym samym ma wpływ na wyznaczenie zakresu przedmiotu ochrony prawno-karnej przy przestępstwach przeciwko życiu i zdrowiu. Ustalenie tego momentu ma decydujące znaczenie dla kwalifikacji prawnej czynu człowieka, któremu zarzuca się zabójstwo. Zmienia także status podmiotowo-prawny człowieka, u którego stwierdzono śmierć mózgu. Człowiek, u którego stwierdzono śmierć mózgową zostaje z tym momentem pozbawiony prawno-karnej ochrony jego życia. Nie istnieje przedmiot prawno-karnej ochrony życia, nadal natomiast jest prawno-karna ochrona jego zwłok. Dlatego też zaniechanie działań podtrzymujących życie po fakcie stwierdzenia śmierci mózgowej nie może być kwalifikowane jako przestępstwo przeciwko życiu człowieka.

Nie można się zgodzić ze stwierdzeniem, że definicja śmierci mózgowej jest zbudowana na podstawie „umowy społecznej”, gdyż trudno stwierdzić, że kryteria jakie przyjęto do jej orzekania wynikają z pragmatyzmu społecznego. Są one konsekwencją rozwoju wiedzy medycznej, a nie społecznym postulatem stworzonym *ad hoc* przez grupę osób. Prawo musi żyć postępowaniem innych nauk, w tym medycyny, gdyż w przeciwnym razie stanie się martwe i archaiczne. Definicja śmierci mózgowej nie została wymyślona przez ustawodawcę, ale jedynie zaakceptowana i prawnie zatwierdzona. Kryteria śmierci mózgowej są stopniowo weryfikowane z uwagi na postęp wiedzy

⁵⁹ J. L u s z a w s k i, *Żyję, czy nie żyję, oto jest pytanie...*, *op. cit.*

⁶⁰ Por. W. I w a ŋ c z u k, *Definicja i rozpoznanie śmierci mózgu: porównanie wytycznych w różnych krajach*, *op. cit.*

⁶¹ Wyrok Sądu Apelacyjnego w Krakowie z dnia 5 listopada 2008 r., sygn. II AKa 87/08, *Krakowskie Zeszyty Sądowe* 2009, nr 1, poz. 65, s. 37.

⁶² Np. w sprawie o sygn. II AKa 87/08 istotne było ustalenie, czy denat żył jeszcze po rzuceniu mu na głowę przez innego sprawcę dużego kamienia i spowodowaniu tym obrażeń ciała, gdy krótko po tym doszedł kolejny oskarżony, który zadawał denatowi ciosy nożem, starając się spowodować „jak najmniejszą krzywdę”, zatem nie był pewien jego śmierci, a być może wypełnił znamiona nieudolnego usiłowania zabójstwa, *Krakowskie Zeszyty Sądowe* 2009, nr 1, poz. 65, s. 37.

medycznej i dostępność do coraz doskonalszych narzędzi diagnostycznych. Nie można zaprzeczyć, że zalegalizowanie definicji śmierci mózgowej wspiera rozwój transplantologii. Nie sposób jednak zgodzić się ze stwierdzeniem, że jest ono spowodowane względami ekonomicznymi.

Evolving views on the determination of criteria for human death

Abstract

This paper is to present developments in an approach to determining criteria for human death. The criteria of death as adopted in official documents (since 1950s, in 1968 and 1981), the definition of death (including views of A. Shewmon, H. J. Türk, H. Jonas, and P. Morciniec), the procedure for pronouncing permanent and irreversible loss of brain function (two qualification preparatory stages), and the definition of brain death are discussed. Moreover, controversial views of K. Sobczak, A. Janaszczyk, W. Rowiński, A. Lewandowicz, B. Wójcik, and R. Bohatyrowicz are presented, the criteria for recognition of brain death are verified, and the difference between brain stem death (i.e. irreversible coma), and vegetative state and coma is specified. Attention is also paid to legal consequences of recognizing the definition of brain death for the purpose of legal classification of an act, and to an individual legal status of a brain-dead person who, as such, loses their criminal-law protection.

Aleksandra Krawczyk, Aleksander Giehsmann

Sukcesja odpowiedzialności karnej łączących się spółek

Streszczenie

W artykule autorzy analizują problematykę skutków łączenia spółek handlowych na gruncie ustawy z dnia 28 października 2002 r. o odpowiedzialności podmiotów zbiorowych za czyny zabronione pod groźbą kary. Ustawa nie reguluje kwestii sukcesji przewidzianej nią odpowiedzialności, w szczególności w zakresie możliwego przejścia tej odpowiedzialności ze spółki przejmowanej na spółkę przejmującą lub nowo zawiązaną. W artykule autorzy analizują, czy wobec braku regulacji szczególnej, w omawianym przypadku zastosowanie znajdzie zasada sukcesji uniwersalnej, przewidziana przez art. 494 § 1 KSH, czy też charakter odpowiedzialności z u.o.p.z. wyłącza jej przejście na inną spółkę, a przeprowadzenie procedury łączenia każdorazowo prowadzi do ustania odpowiedzialności. Mając na uwadze konieczność wyraźnego uregulowania odpowiedzialności podmiotów zbiorowych w kontekście konstytucyjnych gwarancji odpowiedzialności represyjnej, autorzy stawiają postulat niezwłocznej nowelizacji u.o.p.z.

Ustawa z dnia 28 października 2002 r. o odpowiedzialności podmiotów zbiorowych za czyny zabronione pod groźbą kary¹ nie reguluje skutków łączenia spółek handlowych, w szczególności w zakresie możliwego przejścia odpowiedzialności przypisanej spółce przejmowanej na spółkę przejmującą lub nowo zawiązaną. W artykule autorzy analizują, czy wobec braku regulacji szczególnej, w omawianym przypadku zastosowanie znajdzie zasada sukcesji uniwersalnej, przewidziana przez art. 494 § 1 KSH², czy też charakter odpowiedzialności z u.o.p.z. wyłącza jej przejście na inną spółkę, a przeprowadzenie procedury łączenia każdorazowo prowadzi do ustania odpowiedzialności.

¹ Ustawa z dnia 28 października 2002 r. o odpowiedzialności podmiotów zbiorowych za czyny zabronione pod groźbą kary, tekst jedn. Dz. U. z 2014 r., poz. 1417 ze zm.; dalej: u.o.p.z.

² Ustawa z dnia 15 września 2000 r. – Kodeks spółek handlowych, tekst jedn. Dz. U. z 2013 r., poz. 1030 ze zm.; dalej: KSH.

Wstęp

Wobec uchylecia ustawą nowelizującą z dnia 20 lutego 2015 r. art. 52 Kodeksu karnego³, który przewidywał możliwość zobowiązania osoby fizycznej, prawnej i jednostki organizacyjnej do zwrotu korzyści majątkowej uzyskanej z przestępstwa, należy spodziewać się w najbliższym czasie wzrostu znaczenia przepisów regulujących odpowiedzialność podmiotów zbiorowych za czyny zagrożone pod groźbą kary. W obecnie obowiązującym stanie prawnym jedyną podstawą do żądania zwrotu korzyści od takiego podmiotu jest bowiem art. 8 u.o.p.z., zgodnie z którym wobec podmiotu zbiorowego orzeka się przepadek m.in. korzyści majątkowej pochodzącej chociażby pośrednio z czynu zabronionego albo jej równowartości. Za tezę o możliwym wzroście znaczenia przepisów przewidujących odpowiedzialność represyjną podmiotów zbiorowych świadczą również doświadczenia innych krajów Unii Europejskiej, zwłaszcza Włoch i Hiszpanii, gdzie procesy prowadzone przeciwko korporacjom są już teraz na porządku dziennym.

Wzrost zagrożenia odpowiedzialnością represyjną z dużym prawdopodobieństwem spowoduje, że podmioty zbiorowe będą szukały środków na jej uniknięcie. Jako jeden z najprostszych jawi się doprowadzenie do zakończenia bytu prawnego zagrożonego karą podmiotu. Ten cel można przy tym osiągnąć nie tylko likwidując dany podmiot, ale również doprowadzając do przejęcia go bądź połączenia w trybie przepisów KSH. Na tym tle pojawia się zasadnicze pytanie, czy przeniesienie całego majątku na inną spółkę lub zawiązanie nowej spółki, na którą ten majątek przejdzie, w istocie doprowadzi do uwolnienia się podmiotu zbiorowego od grożącej mu lub już nałożonej na niego na podstawie u.o.p.z. sankcji, czy też jedynie zmieni się jej adresat. Pytanie to sprowadza się w istocie do zakresu sukcesji uniwersalnej praw i obowiązków przewidzianej w KSH, a w szczególności do tego, czy zakresem tym objęta jest również odpowiedzialność przejmowanych spółek o charakterze represyjnym.

Łączenie spółek

Łączenie spółek regulują przepisy art. 491 i n. KSH Zdolność łączeniową posiadają zarówno spółki osobowe, jak i kapitałowe, w tym również spółki kapitałowe w organizacji⁴. Spółki osobowe mogą się łączyć między sobą tylko przez zawiązanie spółki kapitałowej, a łącząc się ze spółką kapitałową

³ Ustawa z dnia 20 lutego 2015 r. o zmianie ustawy – Kodeks karny oraz niektórych innych ustaw, Dz. U. z 2015 r., poz. 396.

⁴ M. Rodzyńkiewicz, Kodeks spółek handlowych. Komentarz, wyd. VI, kom. do art. 491, pkt 7, LEXDelta/el 2014.

nie mogą być spółką przejmującą ani nowo zawiązaną. Kodeks spółek handlowych nie wymaga, by w rezultacie połączenia zachowana została forma prawna którejkolwiek z łączących się spółek. Z tego względu połączenie może doprowadzić również do przekształcenia formy prawnej spółek biorących w nim udział⁵. Zdolności łączeniowej nie ma spółka w likwidacji, która rozpoczęła podział majątku, ani spółka w upadłości.

Zgodnie z art. 492 § 1 KSH, połączenie może być dokonane przez przeniesienie całego majątku spółki (przejmowanej) na inną spółkę (przejmującą) za udziały lub akcje, które spółka przejmująca wydaje wspólnikom spółki przejmowanej (łączenie się przez przejęcie), albo przez zawiązanie spółki kapitałowej, na którą przechodzi majątek wszystkich łączących się spółek za udziały lub akcje nowej spółki (łączenie się przez zawiązanie nowej spółki). W myśl art. 493 § 2 KSH, połączenie następuje z dniem połączenia, tj. dniem wpisania połączenia do rejestru właściwego według siedziby, odpowiednio spółki przejmującej albo spółki nowo zawiązanej. Wpis ten wywołuje co do zasady skutek wykreślenia z rejestru spółki przejmowanej albo spółek łączących się przez zawiązanie nowej spółki, co oznacza, że przestają istnieć.

Sukcesja uniwersalna praw i obowiązków w rozumieniu KSH

Ogólna zasada przejęcia praw i obowiązków spółki przejmowanej przez spółkę przejmującą albo nowo zawiązaną została wyrażona w art. 494 § 1 KSH, zgodnie z którym spółka przejmująca albo nowo zawiązana wstępuje z dniem połączenia we wszystkie prawa i obowiązki spółki przejmowanej albo spółek łączących się. Z kolei w myśl art. 494 § 2 KSH, na spółkę przejmującą albo spółkę nowo zawiązaną przechodzą z dniem połączenia w szczególności zezwolenia, koncesje oraz ulgi, które zostały przyznane spółce przejmowanej albo którejkolwiek ze spółek łączących się przez zawiązanie nowej spółki, chyba że ustawa lub decyzja o udzieleniu zezwolenia, koncesji lub ulgi stanowi inaczej. Przeważająca część doktryny przyjmuje tezę o szerokim zakresie sukcesji uniwersalnej przewidzianej w KSH. Przejście praw i obowiązków dotyczy nie tylko tych o charakterze prywatnoprawnym (na co wskazywałoby umieszczenie przepisu w ustawie regulującej co do zasady relacje horyzontalne), ale również praw i obowiązków publicznoprawnych. W rozważaniach dotyczących zakresu sukcesji, przedstawiciele doktryny ograniczają się przy tym do wyraźnego potwierdzenia, że obejmuje ona prawa i obowiązki administracyjnoprawne, nie odnosząc się do problematyki innych stosunków z zakresu prawa publicznego⁶.

⁵ *Ibidem*.

⁶ Tak np. K. Oplustil, (w:) M. Bieniak, Kodeks spółek handlowych. Komentarz, wyd. 4, 2015, kom. do art. 494, Legalis; A. Szumański, (w:) S. Sołtysiński, Kodeks spółek handlowych. Komentarz do art. 491–633, wyd. 3, 2013, kom. do art. 494, Legalis.

W naszej ocenie, przepis art. 494 § 1 KSH winien być interpretowany w ten sposób, że na spółkę przejmującą lub nowo zawiązaną przechodzą z dniem połączenia wszelkie prawa i obowiązki spółki przejmowanej albo spółek łączących się, niezależnie od ich charakteru. Za takim rozumieniem przepisu przemawia jednoznaczny wynik wykładni językowej, jak również odwołanie do systematyki art. 494 KSH. Porównanie treści § 1 i 2 omawianego artykułu pozwala na postawienie tezy, że ustawodawca kompleksowo rozwiązał problem sukcesji przysługujących spółce przejmowanej praw i obowiązków, niezależnie od ich charakteru, a to w ten sposób, że ustanowił zasadę ogólną przejścia tychże praw i obowiązków w § 1, zaś w § 2 zasadę tę uszczegółowił wskazując, że na spółkę przechodzą w szczególności akty inkorporujące prawa o charakterze administracyjnoprawnym⁷.

Teza co do szerokiego zakresu sukcesji przewidzianej w art. 494 § 1 KSH doznaje ograniczenia w dwóch przypadkach. Pierwszym z nich jest sytuacja, gdy przepis szczególny przewiduje inne zasady przejścia określonego prawa lub obowiązku. Taki wniosek należy wyprowadzić z art. 494 § 2 KSH, zgodnie z którym zezwolenia, koncesje oraz ulgi nie przechodzą na spółkę przejmującą lub nowo zawiązaną, jeżeli ustawa (a także decyzja o udzieleniu zezwolenia, koncesji lub ulgi) stanowi inaczej. Prezentowane stanowisko potwierdza analiza ustaw szczególnych, które przewidują własne zasady sukcesji praw i obowiązków w przypadku łączenia się spółek. Przykładowo art. 93 § 1 ustawy z dnia 29 sierpnia 1997 r. – Ordynacja podatkowa⁸ przewiduje wstąpienie osoby prawnej powstałej w wyniku łączenia się osób prawnych i spółek handlowych we wszelkie przewidziane w przepisach prawa podatkowego prawa i obowiązki każdej z łączących się osób lub spółek. Przepis § 2 nakazuje odpowiednie stosowanie tej zasady również do osoby prawnej łączącej się przez przejęcie innej osoby prawnej lub osobowej spółki handlowej. Drugi przykład ograniczenia zakresu sukcesji uniwersalnej przewidzianej w art. 494 § 1 KSH ma miejsce wtedy, gdy charakter prawa lub obowiązku przysługującego spółce przejmowanej wyłącza możliwość automatycznego przejścia na spółkę przejmującą lub nowo zawiązaną. Widoczna jest tu analogia z przypadkiem sukcesji uniwersalnej spadkobierców osoby fizycznej, która po myśli art. 922 § 2 k.c.⁹ nie obejmuje praw i obowiązków zmarłego ściśle związanych z jego osobą. Choć w KSH

⁷ Takie stanowisko prezentuje m.in. A. Z w a r a, (w:) R. P o t r z e s z c z, Kodeks spółek handlowych. Komentarz. Tytuł IV. Łączenie, podział i przekształcanie spółek. Tytuł V. Przepisy karne. Tytuł VI. Zmiany w przepisach obowiązujących, przepisy przejściowe i przepisy końcowe, kom. do art. 494, LEXDelta/el 2014.

⁸ Ustawa z dnia 29 sierpnia 1997 r. – Ordynacja Podatkowa, tekst jedn. Dz. U. z 2015 r., poz. 613 ze zm.

⁹ Ustawa z dnia 23 kwietnia 1964 r. – Kodeks cywilny, tekst jedn. Dz. U. z 2014 r., poz. 121 ze zm., dalej: KC.

brakuje podobnego zastrzeżenia, to jednak nie może ulegać wątpliwości, że także spółki mogą posiadać prawa i obowiązki wykazujące takie cechy, że uznanie ich automatycznego przejścia na spółkę przejmującą lub nowo związaną pozostawałoby niezgodne z ich naturą i podstawowymi zasadami obowiązującego porządku prawnego. W naszej ocenie, takie cechy wykazuje odpowiedzialność oparta na przepisach u.o.p.z.

Ustawa o odpowiedzialności podmiotów zbiorowych

Celem uchwalenia u.o.p.z. było dostosowanie prawa krajowego do prawa Unii Europejskiej poprzez wprowadzenie instrumentów prawnych przewidzianych przez Konwencję o ochronie interesów finansowych Wspólnoty Europejskiej z dnia 26 lipca 1995 r., oraz Protokoły dodatkowe do Konwencji nr I i II¹⁰. Ustawa stanowiła odpowiedź na potrzebę ustanowienia odpowiedzialności za przestępstwa także przedsiębiorstw, jako że podmioty te niejednokrotnie są beneficjentami płynących z tych przestępstw korzyści¹¹. Istotnym jest przy tym to, że na podstawie u.o.p.z. podmiot zbiorowy nie odpowiada za popełnienie własnego przestępstwa, ale odpowiada równolegle i posiłkowo za przestępstwo popełnione przez osobę fizyczną¹².

Krąg podmiotów odpowiedzialnych na podstawie u.o.p.z. określa art. 2, zgodnie z którym za podmiot zbiorowy należy uznać osobę prawną oraz jednostkę organizacyjną niemającą osobowości prawnej, której odrębne przepisy przyznają zdolność prawną, z wyłączeniem Skarbu Państwa, jednostek samorządu terytorialnego i ich związków, jak również spółkę handlową z udziałem Skarbu Państwa, jednostki samorządu terytorialnego lub związku takich jednostek, spółkę kapitałową w organizacji, podmiot w stanie likwidacji oraz przedsiębiorcę niebędącego osobą fizyczną, a także zagraniczną jednostkę organizacyjną. W celu pociągnięcia podmiotu zbiorowego do odpowiedzialności konieczne jest kumulatywne spełnienie trzech przesłanek:

- 1) popełnienie przestępstwa lub przestępstwa skarbowego wymienionego w art. 16 u.o.p.z. przez osobę reprezentującą podmiot, tj. osobę występującą w imieniu i na rzecz podmiotu, stwierdzonego prawomocnym orzeczeniem karnym stwierdzającym winę (art. 3 i 4 u.o.p.z.);
- 2) osiągnięcie bądź możliwość osiągnięcia przez podmiot zbiorowy w wyniku przestępstwa korzyści, chociażby niemajątkowej (art. 3 u.o.p.z.);

¹⁰ J. Potulski, J. Warylewski, Ustawa o odpowiedzialności podmiotów zbiorowych za czyny zabronione pod groźbą kary. Komentarz, Warszawa 2004, s. 23–24.

¹¹ R. Zawłocki, Prawo karne gospodarcze, Warszawa 2007, s. 137–138.

¹² *Ibidem*, s. 138–139.

3) brak należytej staranności w wyborze osoby reprezentującej podmiot zbiorowy lub co najmniej brak należytego nadzoru nad tą osobą albo nieprawidłowa organizacja działalności podmiotu zbiorowego, która nie zapewniła uniknięcia popełnienia czynu zabronionego (art. 5 u.o.p.z.)¹³.

Podstawową sankcją możliwą do zastosowania wobec podmiotu zbiorowego jest zgodnie z art. 7 u.o.p.z. kara pieniężna w wysokości od 1000 do 5 000 000 złotych, nie wyższa jednak niż 3% przychodu osiągniętego w roku obrotowym, w którym popełniono czyn zabroniony będący podstawą odpowiedzialności. Nadto, na podstawie art. 8 ust. 1 u.o.p.z. możliwe jest orzeczenie przepadku przedmiotów pochodzących chociażby pośrednio z czynu zabronionego lub które służyły lub były przeznaczone do popełnienia czynu zabronionego, korzyści majątkowej albo równowartości przedmiotów lub korzyści majątkowej, pochodzących chociażby pośrednio z czynu zabronionego. Poza tymi sankcjami sąd może orzec w stosunku do podmiotu zbiorowego podanie wyroku do publicznej wiadomości oraz zakazy: promocji lub reklamy prowadzonej działalności, wytwarzanych lub sprzedawanych wyrobów, świadczonych usług lub udzielanych świadczeń, korzystania z dotacji, subwencji lub innych form wsparcia finansowego środkami publicznymi, dostępu do środków, o których mowa w art. 5 ust. 3 pkt 1 i 4 ustawy z dnia 27 sierpnia 2009 r. o finansach publicznych¹⁴, korzystania z pomocy organizacji międzynarodowych, których Rzeczpospolita Polska jest członkiem oraz ubiegania się o zamówienia publiczne.

Orzekając karę pieniężną, zakazy lub podanie wyroku do publicznej wiadomości, sąd uwzględnia rozmiary korzyści uzyskanej lub możliwej do uzyskania przez podmiot zbiorowy, jego sytuację majątkową, społeczne następstwa ukarania oraz wpływ ukarania na dalsze funkcjonowanie podmiotu zbiorowego. Nałożona kara nie może doprowadzić do eliminacji podmiotu zbiorowego z obrotu gospodarczego, jednak ze względu na jej cel musi stanowić dla niego dolegliwość¹⁵.

Charakter odpowiedzialności podmiotów zbiorowych za czyny zabronione pod groźbą kary

Wprowadzenie u.o.p.z., niewątpliwie ustawy pionierskiej w polskim systemie prawnym, wywołało liczne kontrowersje. Jedną z głównych osi sporu

¹³ J. Skorpka, Przesłanki odpowiedzialności karnej podmiotów zbiorowych w prawie polskim, MoP 2003, nr 22, s. 1015.

¹⁴ Ustawa z dnia 27 sierpnia 2009 r. o finansach publicznych, tekst jedn. Dz. U. z 2013 r., poz. 885 ze zm. Środki, o których mowa w przepisie, to środki pochodzące z funduszy strukturalnych, Funduszu Spójności i Europejskiego Funduszu Rybackiego oraz na realizację wspólnej polityki rolnej.

¹⁵ D. Habrat, Odpowiedzialność podmiotów zbiorowych za czyny zabronione pod groźbą kary. Komentarz., kom. do art. 10, LEXDelta/el 2014.

była kwestia charakteru statutowanej u.o.p.z. odpowiedzialności. Tego charakteru nie przesądza ani art. 1 ustawy, który wskazuje jedynie, że ustawa reguluje zasady odpowiedzialności podmiotów zbiorowych za czyny zabronione pod groźbą kary jako przestępstwa lub przestępstwa skarbowe oraz zasady postępowania w przedmiocie takiej odpowiedzialności, ani Konwencja o ochronie interesów finansowych Wspólnoty Europejskiej wraz z Protokołami dodatkowymi, która pozostawiła ustawodawcom krajowym swobodę co do określenia charakteru odpowiedzialności. Od początku nie ulegało jedynie wątpliwości, że odpowiedzialność przewidziana w u.o.p.z. nie ma charakteru cywilnego ani administracyjnego, skoro ustawa w art. 6 wprost stanowi, że jej zastosowanie nie wyłącza odpowiedzialności cywilnej za wyrządzoną szkodę ani odpowiedzialności administracyjnej. W doktrynie dyskusja sprowadzała się w istocie do tego, czy odpowiedzialność podmiotów zbiorowych ma charakter karny, czy też ustawa wprowadziła do polskiego systemu prawa nowy rodzaj odpowiedzialności o charakterze represyjnym. Rozstrzygnięcie powyższej kwestii jest o tyle istotne, że pozwala na ustalenie zakresu instytucji i gwarancji, które należy stosować do podmiotów zbiorowych odpowiadających na podstawie u.o.p.z.¹⁶

Przeciwnicy stanowiska, jakoby odpowiedzialności wynikającej z u.o.p.z. można przypisać charakter karny, wskazują przede wszystkim, że podmiot zbiorowy odpowiada wtórnie i pochodnie za przestępstwo osoby fizycznej, a zatem nie ponosi odpowiedzialności za swoje własne działanie. W konsekwencji przesłanki pociągnięcia go do odpowiedzialności nie odpowiadają tym wypracowanym na gruncie prawa karnego. Nie jest możliwe zastosowanie do podmiotu zbiorowego teorii czynu i winy. Choć więc w ustawie występują instytucje znane prawu karnemu to należy uznać, że u.o.p.z. wprowadziła nowy, autonomiczny typ odpowiedzialności¹⁷.

Zwolennicy teorii, że odpowiedzialność na podstawie u.o.p.z. to odpowiedzialność karna, podnoszą z kolei, że u.o.p.z. ma niewątpliwie charakter represyjny, postępowanie oparte jest na przepisach procedury karnej i wykroczeniowej, co więcej w ustawie występuje szereg instytucji typowych dla prawa karnego, takich jak np. recydywa, przedawnienie karalności, przedawnienie wykonania kary¹⁸, a dane o podmiotach zbiorowych, wobec których orzeczono karę pieniężną, przepadek, zakaz lub podanie wyroku do

¹⁶ M. P n i e w s k a, Problematyka charakteru prawnego odpowiedzialności podmiotów zbiorowych za czyny zabronione pod groźbą kary w prawie polskim, *Studia Iuridica Toruniensia*, t. 6, Toruń 2010, s. 185–188.

¹⁷ *Ibidem*, s. 196–197.

¹⁸ M. P n i e w s k a, Problematyka charakteru prawnego odpowiedzialności podmiotów zbiorowych za czyny zabronione pod groźbą kary w prawie polskim, *Studia Iuridica Toruniensia*, t. 6, Toruń 2010, s. 195.

publicznej wiadomości, gromadzone są w Krajowym Rejestrze Karnym¹⁹. Autorzy ci twierdzą, że wyłączenie stosowania na gruncie u.o.p.z. tradycyjnych instytucji karnych, jakimi są wina i czyn, powoduje niemożność zakwalifikowania regulowanej ustawą odpowiedzialności za mającą charakter *stricte* karny. Jak jednak słusznie zauważa B. Nita, pojęcie odpowiedzialności karnej występuje nie tylko w ustawach karnych, ale również na gruncie Konstytucji RP²⁰, gdzie ma autonomiczne znaczenie. Zdaniem B. Nity, odpowiedzialność karna ukształtowana na poziomie konstytucyjnym nie może odwoływać się bezpośrednio do kryteriów winy i czynu, jako elementów wyróżniających tę odpowiedzialność. Gdyby tak było, to możliwe byłoby formalne kwalifikowanie odpowiedzialności o cechach karnych przewidzianej w ustawach zwykłych, jako innego rodzaju odpowiedzialności, a w konsekwencji omijanie w ten sposób gwarancji konstytucyjnych, które musi spełniać tego typu odpowiedzialność. To wszystko prowadzi do uznania, że odpowiedzialność na podstawie u.o.p.z. ma charakter karny w szerokim rozumieniu²¹.

Istotne znaczenie w powyższej dyskusji miało orzeczenie TK z dnia 3 listopada 2004 r. w sprawie o sygn. akt K 18/03. Trybunał nie przesądził charakteru odpowiedzialności, jaka została wprowadzona u.o.p.z., jednak potwierdził, że wykazuje cechy represyjne i wyjaśnił, że pojęcie odpowiedzialności karnej na płaszczyźnie konstytucyjnej jest inne niż przyjęte w Kodeksie karnym. W konsekwencji powyższego do u.o.p.z. należy stosować wszelkie gwarancje konstytucyjne przewidziane dla postępowań karnych, podobnie, jak to ma miejsce w przypadku odpowiedzialności wykroczeniowej oraz dyscyplinarnej. W związku z powyższym, przepisy u.o.p.z. powinny zapewniać wszelkie gwarancje wynikające z zasady dostatecznej określoności prawa represyjnego, opisanej w art. 42 Konstytucji RP, jak również te, które mogą być wywodzone z zasady ochrony zaufania obywateli do państwa i stanowionego w tym państwie prawa, której źródło stanowi art. 2 Konstytucji RP²².

Należy stwierdzić, że do chwili obecnej omawiane zagadnienie nadal nie zostało jednoznacznie rozstrzygnięte. Niemniej jednak, nie ulega wątpliwości, że odpowiedzialność na gruncie u.o.p.z. ma co najmniej charakter represyjny, co oznacza, że koniecznym jest zapewnienie jej adresatom wszelkich gwarancji konstytucyjnych przewidzianych dla tego rodzaju odpowiedzialności, a w szczególności tych, o których mowa w art. 42 ust. 1 Konstytucji RP, tj. dostatecznego określenia prawa oraz zasad egzekwowania kar.

¹⁹ Art. 1 ust. 3 ustawy z dnia 24 maja 2000 r. o Krajowym Rejestrze Karnym, tekst jedn. Dz. U. z 2015 r., poz. 1036,

²⁰ Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej z dnia 2 kwietnia 1997 r., Dz. U. Nr 78, poz. 483 ze zm.

²¹ B. Nita, Model odpowiedzialności podmiotów zbiorowych za czyny zabronione pod groźbą kary, PiP 2003, nr 6, s. 17–18,

²² Wyrok TK z dnia 3 listopada 2004 r., sygn. K 18/03, Dziennik Ustaw 2004, nr 243, poz. 2442, s. 17224.

Uwagi na tle wyroku Trybunału Sprawiedliwości z dnia 5 marca 2015 r. (sygn. C–343/13)

Omawiając zagadnienie sukcesji odpowiedzialności podmiotów zbiorowych warto odnieść się pokrótce do zapadłego w dniu 5 marca 2015 r. wyroku Trybunału Sprawiedliwości w sprawie o sygn. C–343/13. Pytanie prejudycjalne portugalskiego trybunału ds. pracy dotyczyło tego, czy połączenie przez przejęcie powoduje przeniesienie na spółkę przejmującą obowiązku zapłaty grzywny nałożonej ostateczną decyzją po tym połączeniu za wykroczenia w świetle prawa pracy popełnione przez spółkę przejmowaną przed wspomnianym połączeniem. TS odpowiedział na pytanie twierdząco. W jego ocenie podstawę prawną takiego przejęcia stanowi art. 19 ust. 1 trzeciej dyrektywy dotyczącej łączenia się spółek akcyjnych²³, zgodnie z którym łączenie spółek oznacza przeniesienie – zarówno między spółką przejmowaną i spółką przejmującą, jak i w odniesieniu do stron trzecich – wszystkich aktywów oraz pasywów spółki przejmowanej na spółkę przejmującą²⁴.

Jakkolwiek Trybunał potwierdził przejście obowiązku zapłaty grzywny na spółkę przejmującą, to jednak z punktu widzenia problematyki u.o.p.z. wyrok zdaje się jedynie w niewielkim zakresie pomocny do rozwiązania problemów mogących powstać w związku ze stosowaniem ustawy. Dokonując oceny prawnej przedstawionego pytania Trybunał ograniczył się bowiem do ustalenia, czy odpowiedzialność spółki z tytułu wykroczeń polegająca na obowiązku zapłaty grzywny może być uznana za część jej pasywów w rozumieniu art. 19 ust. 1 trzeciej dyrektywy. Na tej podstawie TS przyjął, że nieuiszczoną przed przejęciem grzywnę, nawet, jeżeli do jej ostatecznego nałożenia doszło po przejęciu, należy uznawać za dług spółki przejmowanej, wchodzący w skład jej pasywów. Na dzień przejęcia istniała bowiem podstawa nałożenia grzywny, a także wierzyciel. Choć Trybunał w swoich rozważaniach wyjaśnił, że wykluczenie sukcesji w omawianym przypadku stanowiłoby dla ukaranej spółki prosty sposób na uniknięcie konsekwencji popełnionego wykroczenia, to nie sformułował generalnej tezy, jakoby sukcesja miała obejmować także każdy obowiązek wynikający z norm o charakterze represyjnym, któremu nie można przypisać wymiaru finansowego i ująć go po stronie pasywów w księgach rachunkowych spółki. TS w ogóle nie odniósł się zresztą do tego, jaki charakter miała odpowiedzialność obciążonej grzywną spółki i czy była to raczej odpowiedzialność represyjna czy raczej administracyjna. Na podstawie komentowanego wyroku nie sposób ocenić,

²³ Trzecia Dyrektywa Rady z 9 października 1978 r. wydana na podstawie art. 54 ust. 3 lit. g) Traktatu, dotycząca łączenia się spółek akcyjnych.

²⁴ Analogiczne brzmienie ma art. 19 ust. 1 Dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 2011/35/UE z dnia 5 kwietnia 2011 r. dotycząca łączenia się spółek akcyjnych, która weszła w życie dnia 1 lipca 2011 r. i zastąpiła trzecią dyrektywę.

jakie byłoby rozstrzygnięcie TS w przypadku, gdyby sankcja nałożona na przejmowaną spółkę polegała np. na zakazie brania udziału w postępowaniach w przedmiocie udzielenia zamówienia publicznego czy zakazie promocji lub reklamy prowadzonej działalności.

Wnioski

Ograniczenia zakresu sukcesji uniwersalnej przewidzianej w art. 494 § 1 KSH mogą wynikać z przepisów szczególnych lub z charakteru praw i obowiązków przysługujących spółce przejmowanej. Jak wskazywano powyżej, u.o.p.z. nie zawiera żadnego przepisu regulującego przejście odpowiedzialności na inny podmiot. Skoro tak, to rozważenia wymaga, czy skutek w postaci wyłączenia sukcesji może wynikać z samego charakteru przewidzianej ustawą odpowiedzialności.

W naszej ocenie brak w u.o.p.z. regulacji dotyczących sukcesji odpowiedzialności podmiotów zbiorowych w przypadku ich łączenia powoduje w każdym przypadku połączenia ustanie tej odpowiedzialności. Odpowiedzialność z u.o.p.z. ze względu na swój represyjny charakter podlega wyłączeniu z zakresu sukcesji przewidzianej w art. 494 § 1 KSH, albowiem taki charakter odpowiedzialności determinuje konieczność zapewnienia jej adresatom wszelkich gwarancji wynikających z art. 42 ust. 1 Konstytucji RP. W szczególności, z uwagi na obowiązywanie nakazu dostatecznej określoności prawa wynikającego z zasady *nullum crimen sine lege*, nie można sukcesji tego rodzaju odpowiedzialności w żadnym razie domniemywać. Skoro u.o.p.z. nie zawiera regulacji dotyczącej przejścia odpowiedzialności na spółkę przejmującą lub nowo zawiązaną, to próbę przypisania takiej spółce tej odpowiedzialności należałoby uznać za sprzeczną z art. 42 ust. 1 Konstytucji RP. W istocie bowiem „nowy podmiot” w takiej sytuacji byłby obarczany odpowiedzialnością pomimo braku istnienia jednoznacznych regulacji w tym przedmiocie²⁵. Powyższą tezę uzasadnia również odwołanie do ustawy o Krajowym Rejestrze Karnym, która nie zawiera żadnych regulacji w przedmiocie ujawnienia w rejestrze danych o ukaraniu w przypadku połączenia się podmiotów.

Ewentualną możliwość faktycznego przejścia odpowiedzialności z u.o.p.z. na spółkę przejmującą lub nowo zawiązaną w zakresie kar pie-

²⁵ Podobnie również B. Nita, *op. cit.*, s. 22; G. Dźwigała, M. Guzowski, Odpowiedzialność podmiotów zbiorowych za czyny zabronione, PP 2003, nr 12, LEXOmega 2015, nr 41731/1; M. Czyżak, Karnoadministracyjne, karnoskarbowe i *quasi*-karne formy odpowiedzialności podmiotów zbiorowych, WPP 2004, nr 1, LEXOmega 2015, nr 43028/2; R. Szczepaniak, W sprawie wykładni przepisów ustawy z dnia 28 października 2002 r. o odpowiedzialności podmiotów zbiorowych (uwagi cywilisty), Cz.PKiNP 2004, nr 1, LEXOmega 2015, nr 44167/5.

nieżnych nałożonych na podmiot zbiorowy można wyprowadzić z art. 19 ust. 1 dyrektywy 2011/35/UE, jako że z chwilą ich prawomocnego orzeczenia należy je traktować jako pasywa spółki przejmowanej, co po myśli przywołanego artykułu wystarcza do objęcia kar sukcesją. Wyrażamy przy tym wątpliwość co do tego, czy wobec represyjnego charakteru odpowiedzialności wynikającej z u.o.p.z. także pasywa stanowiące skutek orzeczenia kary nie powinny być z zakresu sukcesji wyłączone. Brakuje bowiem wystarczającego uzasadnienia dla różnicowania skutku połączenia spółek w zależności od rodzaju nałożonej sankcji. W naszej ocenie nie jest natomiast w żadnym razie do zaakceptowania na gruncie polskiego porządku prawnego koncepcja przyjęta przez TS w wyroku z dnia 5 marca 2015 r., jakoby prawomocne orzeczenie kary dopiero po dniu połączenia mogło odnieść skutek względem spółki przejmującej lub nowo zawiązanej. Z chwilą wykreślenia spółki przejmowanej lub spółek łączących się z rejestru przedsiębiorców ustaje bowiem ich byt prawny. Spółka przejmująca lub nowo zawiązana nie wstępuje do postępowania prowadzonego na podstawie u.o.p.z., a zatem nie może być ono kontynuowane i nie może już dojść do nałożenia kary.

Postulat *de lege ferenda*

W podsumowaniu przedstawionych rozważań autorzy pragną sformułować postulat niezwłocznego dokonania nowelizacji u.o.p.z. Naszym zdaniem, zasadnym wydaje się, aby ustawodawca wyraźnie uregulował w ustawie kwestię sukcesji odpowiedzialności podmiotów zbiorowych w przypadku ich łączenia, a także w przypadku przeprowadzenia przewidzianych w KSH procedur podziałowych i przekształceniowych. Brak regulacji tej materii nie tylko powoduje niepewność łączących się podmiotów co do ich sytuacji prawnej, ale i stanowi pole do nadużyć. Proste przejęcie spółki obciążonej choćby zakazem korzystania z państwowych dotacji przez jej spółkę córkę wystarcza bowiem do uniknięcia odpowiedzialności przez podmiot zbiorowy, co niewątpliwie kłóci się z celem ustawy i daje asumpt do obchodzenia jej przepisów.

Opisywany problem został już po części dostrzeżony przez ustawodawcę. W dniu 1 lipca 2015 r. wszedł w życie art. 26a u.o.p.z.²⁶, na mocy którego sąd może orzec środek zapobiegawczy w postaci m.in. zakazu łączenia się, podziału lub przekształcenia się podmiotu zbiorowego w czasie prowadzenia przeciwko niemu postępowania. Orzeczone zakazy, jako środki zapobiegawcze, upadają najpóźniej w chwili uprawomocnienia się wyroku. Za-

²⁶ Ustawa z dnia 27 września 2013 r. o zmianie ustawy – Kodeks postępowania karnego oraz niektórych innych ustaw, Dz. U. z 2013 r., poz. 1247.

tem póki co kwestia łączenia się podmiotów zbiorowych została uregulowana wyłącznie na czas postępowania, wciąż brak jest natomiast norm, które regulowałyby tę kwestię oraz problem sukcesji odpowiedzialności już po jego zakończeniu.

Succession of liability for acts prohibited under penalty upon merging businesses

Abstract

This paper examines issues around consequences of mergers between commercial companies, stemming from the Act of 28 October 2002 on Liability of Corporations for Acts Prohibited Under Penalty. The Act does not regulate the succession of liability for unlawful practices, leaving the issue of any possible transfer of liability to an acquiring or newly formed company open. This paper seeks to explore whether the lack of such specific regulation entails the applicability of the principle of universal succession under Article 494, § 1 of the Commercial Companies Code, or the nature of liability under the Act excludes any transfer of liability and a merger itself makes such liability expire. Given the need for clear regulation of liability of collective entities in the context of Constitutional guarantees related to repressive liability, a relevant amendment to the Act is urgently demanded.

Artur Kotowski

Pojęcie jednoznaczności wykładni prawa w świetle badań orzecznictwa Izby Karnej Sądu Najwyższego

Streszczenie

Przedmiotem artykułu jest omówienie problematyki pojęcia jednoznaczności wykładni prawa z perspektywy empirycznej analizy wykładni operatywnej, dokonywanej w ramach podejmowania uchwał przez Izbę Karną Sądu Najwyższego. Opracowanie zbudowano według klasycznego wzorca metodologicznego. Rozpoczyna je wątek teoretyczno-wprowadzający, gdzie w sposób odpowiednio syntetyczny dokonano przeglądu dominujących teorii egzegezy prawniczej, ze szczególnym uwzględnieniem pojęcia jednoznaczności wykładni prawa. Następnie przedstawiono opis liczbowy badania, opatrzone komentarzem z zakresu analizy jakościowej, z konieczności wynikającej z charakteru opracowania, w sposób łączny. Wnioskiem z przeprowadzonego badania jest wskazanie, że Sąd Najwyższy – Izba Karne stosuje w ramach podejmowania uchwał rozumowanie interpretacyjne o wysoce heterogenicznej strukturze, bardzo rzadko argumentując podjęte rozstrzygnięcie wzorcami interpretacyjnymi, które odwoływałyby się do jednoznacznego brzmienia tekstu prawnego.

Wprowadzenie

W opracowaniu przedstawiono wybrane rozważania dotyczące problematyki wykładni prawa dokonywanej w ramach specyfiki gałęzi prawa karnego, na podstawie prowadzonych analiz orzecznictwa Sądu Najwyższego¹. Jest to zatem fragment szerszego zagadnienia z zakresu empirycznych badań poświęconych wykładni operatywnej, ograniczonych przedmiotowo i temporalnie, tj. za wybrany okres czasu, na podstawie analizy wykładni dokonywanej przez najwyższy organ sądowego typu stosowania prawa, podejmujący rozstrzygnięcia w ramach gałęzi prawa karnego. Analiza orzecznictwa Sądu Najwyższego (uwaga ta ma oczywiście zastosowanie w określonym zakresie także do Sądów Apelacyjnych) posiada bowiem szczególny wymiar

¹ dr Artur Kotowski – asystent sędziego Sądu Najwyższego (Izba Karne), Adiunkt w Katedrze Teorii Państwa i Prawa, Europejska Wyższa Szkoła Prawa i Administracji w Warszawie.

analityczny, gdyż ze względu na złożone problemy prawne, prestiż i „siłę” oddziaływania argumentacyjnego tego organu, prezentowane rozważania na okoliczność specyfiki prowadzonej wykładni operatywnej i – przede wszystkim – adaptowanych z teorii prawa (nauki) wypowiedzi (twierdzeń) formułowanych w tym zakresie zasługują na szczególną uwagę, ze względu na możliwość badania rzeczywistej praktyki funkcjonowania zespołu twierdzeń formułowanych w ogólnych naukach prawoznawstwa na okoliczność prowadzenia egzegezy prawniczej (najszerszy sposób rozumienia nazwy: wykładnia prawa).

W tym więc znaczeniu artykuł stanowi syntetyczną próbę uchwycenia dominujących działań interpretacyjnych dokonywanych w procesach sądowego stosowania prawa w gałęzi prawa karnego, kontynuując w pewien sposób inne wątki na ten temat przedstawione już w innych opracowaniach². Przy czym nie chodzi tu o zagadnienia z pogranicza metodologii nauk prawnych, czy też – szerzej – teorii prawa, związanych z prawidłami budowania teoretycznego opisu działań interpretacyjnych dokonywanych przez określone podmioty. Zagadnienia tego rodzaju stanowią *de facto* wątek metateoretyczny wykładni prawa; choć fundamentalny dla teorii prawa i fascynujący, gdyż związany z problemem formułowania tez na okoliczności tworzenia opisu teoretycznego działań interpretacyjnych (potocznie: jak tego dokonać), to jednak związane są bardziej z zagadnieniem wewnętrznym samej teorii prawa i w ograniczony sposób pozostają użyteczne dla tzw. „praktyki prawniczej”, gdzie nawet bez powszechnej świadomości takiej relacji, następuje wymierny skutek takiego, a nie innego przyjęcia określonych założeń metateoretycznych w zakresie egzegezy prawniczej. Rozważania tego rodzaju, choć znane polskiej teorii prawa³, lecz dzisiaj raczej zarzucone w podstawowym dyskursie teoretycznym (o dogmatycznym nie wspominając), wymagają przede wszystkim bardziej szczegółowych badań, podejmowanych w pracach z istoty rzeczy bardziej obszernych niż specyfika wywodu, która może być przedstawiona w rzeczonym opracowaniu naukowym.

² Por. m.in. A. Kotowski, Z problematyki metody interpretacji językowo-logicznej – uwagi na gruncie dekodowania znaczenia karno-prawnego, *Prok. i Pr.* 2015, nr 6, *passim* i w szczególności, tenże, Adaptacja teorii wykładni prawa w praktyce orzeczniczej Izby Karnej Sądu Najwyższego, (w:) M. Chrzanowski, A. Przyborska-Klimczak, P. Sendek (red.), *Pro Scientia Iuridica*, Lublin 2014, *passim*.

³ Problematyka metateorii wykładni prawa (choć bez posługiwania się konkretnie taką nazwą) podjęta była przede wszystkim w okresie przedwojennym przez S. Frydmana (Cz. Nowiński). Por. S. Frydman, Dogmatyka prawa w świetle socjologii. Studium pierwsze: o wykładni ustaw, Wilno 1936, s. 85–88 i 106–107, w opracowaniu poświęconym streszczeniu dorobku tego Autora; por. U. Moś, Wykładnia prawa i problem empirycznych badań wykładni w ujęciu Sawy Frydmana, *Państwo i Prawo* 1987, nr 7, *passim* i w pewien sposób w pracach z zakresu metodologicznych aspektów teorii prawa, por. klasyczne opracowanie: K. Opałek, Zagadnienia teorii prawa i teorii polityki, Warszawa 1986, s. 81 i nast.; K. Opałek, J. Wróblewski, Zagadnienia teorii prawa, Warszawa 1969, s. 230 i nast.

Analizy działań interpretacyjnych faktycznie podejmowanych przez określone organy stosujące prawo są z istoty rzeczy przedmiotem wzmożonego zainteresowania tych podmiotów, które wchodzi z tymi organami w konkretne relacje procesowe, w ramach procesu stosowania prawa od strony – rzecz jasna – fachowo prowadzonej obsługi prawnej. Zainteresowaniu podlega więc w mniejszym stopniu to, co na okoliczność egzegezy prawniczej formułuje teoria prawa, ale to, co z niej zostaje zaczerpnięte (zaadaptowane) do przeprowadzanej wykładni operatywnej. Truizmem jest stwierdzenie, że zakres teoretycznego opisu praktyki wykładni operatywnej może, ale nie musi, pokrywać się z twierdzeniami formułowanymi w teorii prawa; zwykle – oczywiście – następuje określona zbieżność z powodu tego, że konkretne osoby pełniące funkcje w ramach organów stosujących prawo korzystają z dorobku prawoznawstwa, ale również powołują w określonym zakresie (przez stosowanie argumentu „z autorytetu”) twierdzenia pochodzące z prac naukowych pisanych przez Autorów osadzonych w określonych nurtach teorii wykładni prawa (*sensu largo*, *sensu stricto* itp.). W pewien jednak sposób opis teoretyczny podejmowanych działań interpretacyjnych w ramach wykładni prawa jest z istoty rzeczy swoisty, na co zwraca się uwagę w literaturze przedmiotu. Teoria wykładni operatywnej, wszystko jedno czy formułowana na szczeblu naukowym (jaka powinna być) lub dogmatycznym (jaka jest) jest zatem swoista, co wyznacza i specyfika działań interpretacyjnych w ramach wykładni operatywnej dokonywanej w ramach danego typu stosowania prawa, jak również wymogi konkretnej gałęzi prawa. Pytanie o to jednak, co determinuje ewentualne różnice (o ile takowe w ogóle występują); tzn. czy akt normatywny, czy sytuacja socjolingwistyczna określona koniecznością uwzględniania rodzaju regulacji prawnej, jest jednak zagadnieniem, ponownie, wykraczającym poza ramy takiego opracowania. Skupiwszy się konkretnie na gałęzi prawa karnego, artykuł ma na celu w pewien sposób odpowiedzieć na pytanie, jakie twierdzenia teoretyczne z zakresu wykładni prawa związane z pojęciem jednoznaczności są dominujące w specyfice sądowego stosowania prawa, jakie szczególnie mocno akceptowane są poprzez ich ilościowe występowanie w orzecznictwie, traktowanym przecież jako dyskurs – pole wymiany określonych komunikatów o konkretnej treści, w tym o tym, jakie argumenty o wykładni są podejmowane przez orzecznictwo „sądu karnego”. Rzecz jasna, na przykładzie Sądu Najwyższego jako organu, który „spina” wypowiedzi formułowane w tym przedmiocie w dyskursie sądowym.

II. Teoretyczne osadzenie wykładni prawa karnego

Niewątpliwie w pierwszej kolejności wymagane jest podanie ogólnych informacji o aktualnym definiowaniu i dominującym sposobie rozumienia po-

dejmowanych działań interpretacyjnych formułowanych w nauce prawa; choćby w najbardziej syntetycznej formie, co może być w pewien sposób rażące dla „teoretyka” prawa, na co dzień zajmującego się problemami wykładni. Warto jednak przywołać w jakim stopniu poszczególne prace naukowe traktujące o określonych koncepcjach wykładni są powoływane w orzecznictwie SN. Można na tej podstawie wnioskować o „sile oddziaływania” konkretnych teorii wykładni prawa lub stojącego za nimi określonego, choć nie zawsze *expressis verbis* wyrażonego nastawienia filozoficzno-prawnego o tym, w jaki sposób wykładnia prawa powinna być prowadzona. Wskazać bowiem należy powszechny współcześnie w teorii prawa pogląd, że zarówno stanowiska w przedmiocie zbioru twierdzeń na okoliczność tego według jakich metod i ich relacji wykładnia prawa powinna być prowadzona (tzw. dyrektywne/normatywne teorie wykładni prawa) i w konsekwencji większość konkretnych, spornych kwestii pozostających do rozstrzygnięcia przy konstruowaniu (w oparciu o określone założenia ontologiczno- lub epistemiczno-prawne) danej teorii wykładni prawa posiadają charakter „par excellence filozoficzny”⁴. Niemniej jednak pomimo znanych w polskiej teorii prawa co najmniej dziewięciu teorii wykładni prawa, najbardziej znane pozostają dwie, podlegające pewnej modyfikacji i wokół których toczy się główna dyskusja na poziomie naukowym: już w zakresie możliwości wypracowania stanowiska wspólnego dla klaryfikacyjności i derywacyjności, jak i bardziej na poziomie praktycznym, tj. rzeczywistych możliwości adaptacyjnych danego ujęcia przez praktykę prawa. Mowa oczywiście o starszej, bo pochodzącej jeszcze z lat 50. XX wieku teorii semantycznej (bardziej znanej jako klaryfikacyjnej), autorstwa łódzkiego profesora teorii prawa Jerzego Wróblewskiego⁵, i co bardzo ważne, następnie zmodyfikowanej i rozwiniętej przez samego Autora jak i innych teoretyków prawa do tzw. odmiany ekstensjonalnej⁶. Druga teoria, mająca swe źródło jeszcze w pracach z lat 60. XX wieku, powszechnie traktowana dzisiaj jako raczej wiodąca w dyskursie naukowym, to tzw. teoria derywacyjna, autorstwa Macieja Zielińskiego⁷, co bardzo ważne nadal rozwijana i – przynajmniej w założeniu – pozostająca klasyczną teorią dyrektywną⁸. Kilka cech odróżnia oba ujęcia. Pomimo genezy teorii seman-

⁴ Por. i cyt. W. Załuski, O granicach wykładni prawa w kontekście sporu o relacje między sprawiedliwością i prawością, <https://www.academia.edu/19484430> (dostęp w dniu 9 grudnia 2015 r., s. 1).

⁵ Por. J. Wróblewski, Zagadnienia teorii wykładni prawa ludowego, Warszawa 1959, *passim*, tenże, Sądowe stosowanie prawa, Warszawa 1973, *passim* i tenże, Rozumienie prawa i jego wykładnia, Wrocław 1990, *passim*.

⁶ Por. J. Wołęński, Logiczne problemy wykładni prawa, Warszawa–Kraków 1972, *passim*.

⁷ Por. M. Zieliński, Interpretacja jako proces dekodowania tekstu prawnego, Poznań 1972, *passim*.

⁸ Por. M. Zieliński, M. Zirk-Sadowski, Klaryfikacyjność i derywacyjność w integrowaniu polskich teorii wykładni prawa, (w:) Ruch Prawniczy, Ekonomiczny i Socjologiczny 2011,

tycznej w analizach orzecznictwa Izby Karnej Sądu Najwyższego z okresu jej powstania, obie stały się w istocie normatywnymi teoriami wykładni prawa, co tylko podkreśla ich rodowód jako w gruncie rzeczy filozofii interpretacji. O ile teoria semantyczna przynajmniej w założeniu miała być opisem działań interpretacyjnych, to z czasem przekształciła się w zbiór dyrektyw traktujących o tym jak wykładnia ma być prowadzona, według jakich akceptowanych założeń. Podczas gdy w przypadku teorii derywacyjnej za najważniejszy jej aspekt wyróżniający M. Zieliński podaje, że „podejście preferowane przez koncepcję derywacyjną przesądza jednocześnie o tym, że koncepcja ta musi mieć charakter nie koncepcji opisowej, lecz koncepcji normatywnej, proponującej (żeby nie rzec – narzucającej) określone postępowanie interpretacyjne wyznaczone właśnie przez cechy tekstów prawnych. Podejście to w najbardziej radykalny sposób indywidualizuje koncepcję derywacyjną”⁹. Z punktu widzenia praktyki prawa nie jest więc istotne to, jak określona pozostaje sama teoria wykładni prawa ani to, w jakim nurcie została osadzona, ale to, na ile trafny jest jej komponent teoretyczny, tzn. na ile można zaadoptować jej założenia jako rzeczywistą teorię w myśl definicji tego pojęcia w ogólnej metodologii nauk, czyli jako opisu określonego zjawiska (czegoś). Dlatego rodzima praktyka prawa, choć posługuje się niekiedy nazwami „teoria” wykładni prawa, to bardziej odwołuje się do nurtów w których zostały one osadzone, do tzw. koncepcji wykładni prawa, a w mniejszym stopniu adaptuje konkretne teorie. Autorstwo podziału w tym zakresie przypisuje się J. Wróblewskiemu, który wymieniał w tym względzie teorie *sensu stricto*¹⁰; w których pojęcie wykładni prawa rozumie się wąsko; „od granicy do granicy”. Pierwszą granicę wyznacza polisemiczność (zatem wieloznaczność) zwrotu podlegającego oznaczaniu, czyli negacja objęcia wykładnią czynności percepcyjnych z pogranicza nieświadomych rozumowań interpretatora (tzw. interpretacja nieświadoma). Tym samym teorie osadzone w nurcie *sensu stricto* odwołują się do *paremii clara non sunt interpretanda*, traktując wykładnię wąsko, jako pewne zabiegi wdrażające wypracowane w naukach prawnych metody pracy z tekstem w sytuacji świadomego stanu polisemiczności przepisu do granicy językowej, która pozwala (albo nie) uzyskać brzmienie normy prawnej, rozumianej również według tradycyjnej koncepcji lingwistycznej, jako zdekodowanie konkretnego wyrażenia, którego treść dyspozycji stanowi nakaz, zakaz lub dozwoleństwo adresatowi określonego zachowania się w danych okolicznościach. Teoria wprowadza po-

nr 2, *passim* oraz M. Zieliński, O. Bogucki, A. Choduń, S. Czepita, B. Kanarek, A. Munczewski, Zintegrowanie polskich koncepcji wykładni prawa, (w:) Ruch Prawniczy, Ekonomiczny i Socjologiczny 2009, nr 4, *passim*.

⁹ Por. M. Zieliński, Derywacyjna koncepcja wykładni prawa jako koncepcja zintegrowana, (w:) Ruch Prawniczy, Ekonomiczny i Socjologiczny 2006, nr 3, s. 95.

¹⁰ Por. J. Wróblewski, Zagadnienia teorii..., s. 109.

nadto gradację metod; gdzie najważniejsza pozostaje językowa (z rzadka nazywana również gramatyczną), a funkcjonalna i systemowa jedynie mogą potwierdzić (zweryfikować) znaczenie uzyskane za pomocą prostych w gruncie rzeczy reguł wykładni językowej, opartych na podstawowych kanonach (zasadach) egzegezy prawniczej. Wykładnia językowa posiada przy tym pewne umocowanie w przedwojennej koncepcji łączenia stadiów wykładni słownej i tzw. realnej, opartej o niektóre założenia semiotyki logicznej; stąd niekiedy nazywanie tej metody wykładni w teorii semantycznej mianem logiczno-językowej. Te podstawowe zasady tej metody pracy z przepisem prawa w celu uzyskania jego znaczenia to doskonale znane dyrektywy:

- zakazu wykładni synonimicznej – różnym zwrotom nie należy nadawać tego samego znaczenia (ponieważ różne nazwy posiadają różne denotacje);
- zakazu wykładni homonimicznej – tym samym zwrotom nie należy nadawać różnych znaczeń (ponieważ takie same nazwy posiadają równoznaczny stosunek denotacyjny);
- języka „potocznego” (literackiego) – powinno się przypisywać znaczenie zastane w języku, w którym wyraża się prawodawca (a jest to tzw. język literacki¹¹);
- języka prawnego i definicji legalnych – powinno przypisywać się w pierwszym rzędzie znaczenie funkcjonujące jako definicja legalna (1), znane w języku prawnym (2.), znane w języku prawniczym (3);
- innych metajęzyków (j. specjalistycznych) – zwrot należy wyklądać w oparciu o pragmatykę komunikacyjną prawodawcy, który, jeżeli postuluje się terminologią z danego języka specjalistycznego (np. medycyny), to czyni to świadomie odsyłając do takiego języka zawodowego;
- zakazu wykładni *per non est* – nie można odczytywać treści aktu normatywnego w sposób pomijający niektóre jego fragmenty.

Na gruncie teorii klaryfikacyjnej metody funkcjonalna i systemowa traktowane są jako subsydiarne. Interpretator jest uprawniony do skorzystania z nich w dwóch sytuacjach; albo gdy znaczenie normy (wyrażenia), które – co bardzo ważne – utożsamiane jest ze znaczeniem przepisów prawa uznanych za właściwe wskutek decyzji walidacyjnej, nie jest jasne, albo gdy potwierdza się uzyskane znaczenie za pomocą metody językowej. Ujęcie pierwsze wynika z prakseologii działania, drugie jest *de facto* uzależnione od

¹¹ Por. B. Wróblewski, *Język prawny i prawniczy*, Kraków 1948, s. 134: „z tego względu jest zrozumiałe, że ów codzienny język ustaw ma być właściwie zwykłym językiem literackim”. Język literacki jest rejestrem języka etnicznego, w którym, w stosunku do języka potocznego – rozumianego również jako rejestr języka etnicznego, występują bardziej wyszukane formy wyrazu językowego; język literacki posiada również bogatszą w stosunku do języka potocznego leksykę. Ma wreszcie inną funkcję pragmatyczną; odwołuje się do opisu rzeczywistości w sposób pełny co do środków językowego wyrazu, podczas gdy język potoczny nastawiony jest na prakseologię przekazu i maksymalizację treści. Oba są tzw. językami przedmiotowymi.

woli interpretatora, ewentualnie gdy odwołanie się do wykorzystania innych niż metoda językowa operacji pracy z tekstem wprowadził sam prawodawca (np. poprzez posługiwanie się kontekstem funkcjonalnym – odesłaniem pozanormatywnym, albo gdy systematyka aktu normatywnego wskazuje na konieczność sięgnięcia po rozumowania na nich oparte). Pełne streszczenie tego wątku wymagałoby poza tym wyjścia szerzej poza granice artykułu naukowego. Wreszcie, co już było wspomniane, teoria klaryfikacyjna (i to w obu jej znanych nauce prawa odmianach: intensjonalnej i ekstensjonalnej) odwołuje się do klaryfikacyjności, która sytuację wykładni definiuje wąsko, jedynie do zwrotów, które podlegają interpretacji poprzez świadome odwołania się do powyżej wskazanych metod pracy z tekstem. Tym samym wykładni prawa nie przeprowadza się w sytuacji bezpośredniego rozumienia, tj. gdy operacja interpretacyjna przebiega w ramach „nieświadomych”, intuicyjnych zabiegów interpretatora, w ramach tzw. lingwistycznej percepcji tekstu. Rodzi to konkretne skutki w postępowaniu, np. wszędzie tam, gdzie procedura wymaga szerszej argumentacji (przede wszystkim ze strony organu stosowania prawa). Posługując się założeniami teorii wykładni odwołującej się do założeń nurtu klaryfikacyjności, co do zasady, to ze swoistej „pozycji siły”, wyznaczonej rolą organu procesowego zależy na ile i w jakim stopniu zachodzi konieczność odwołania się do szerszego argumentowania podjętej decyzji interpretacyjnej. Niewątpliwie podejście takie znacznie ułatwia organom stosowania prawa praktyczne rozwiązanie konieczności uzasadniania sądów interpretacyjnych (uzasadniania przesłanki większej sylogizmu prawniczego jakim jest przesłanka prawa jako faktu interpretacyjnego). Organ stosowania prawa argumentuje to, co jest uważane za niejasne i w takim stopniu, na ile spodziewa się ewentualnej kontroli ze strony sądu odwoławczego. Dlatego też istotną rolę odgrywają utarte praktyki interpretacyjne i przyjmowane znaczenia w drodze linii orzeczniczych. Orzecznictwo, przede wszystkim Sądu Najwyższego, wypracowuje idące w setki, jeśli nie w tysiące, konkretne reguły apragmatyczne wykładni prawa, polegające na tym, jak należy rozumieć określony zwrot i co obowiązuje – ale nie w rozumieniu teleologicznym (jak norma prawna) – w zakresie pragmatycznym w danej wspólnotie komunikujących się w danej gałęzi prawa. Odnajdujemy w takim podejściu silne nawiązanie do koncepcji umysłu komunikacyjnego, wyrażaną od lat przez J. Habermassa¹².

Rola klaryfikacyjności (a co za tym idzie teorii klaryfikacyjnej) w rodzimej wykładni operatywnej doprowadziła do konieczności uwzględnienia tych po-

¹² „Świat jako ogół możliwych faktów konstituuje się tylko dla jakiejś wspólnoty interpretujących, którzy w obrębie intersubiektywnie podzielanego świata życia porozumiewają się ze sobą co do czegoś w świecie”. Cyt. J. H a b e r m a s, *Faktyczność i obowiązywanie. Teoria dyskursu wobec zagadnień prawa i demokratycznego państwa prawnego*, Warszawa 2005, s. 25.

stulatów w tzw. zintegrowanej koncepcji wykładni prawa. Sama derywacyjność, ujęcie szersze wykładni względem nurtu klaryfikacyjnego, polega bowiem na dwóch podstawowych założeniach konstytutywnych, które – co do zasady – są sprzeczne z podejściem klaryfikacyjnym. Pierwsze związane jest z założeniem, że norma prawna jest językowym derywatem przepisu, a tekst prawny traktuje się jako agregat. Derywacyjność to inaczej derywowalność, pojęcie które nie znalazło szerszego odwołania na gruncie polskiej nauki¹³, a używane jest jeszcze w pracach R. Carnapa.

Według R. Carnapa derywowalność odnosi się do „konsekwencji” i „dedukowalności”. Dlatego odnosząca się do tego założenia teoria derywacyjna M. Zielińskiego wprowadza wnioskowanie o poziomie przepisów prawa na poziomie metajęzyka, który go opisuje. Norma jest wywodzona z przepisów (dekodowana). Składa się z kompletnie innych słów, lub przynajmniej może się składać, a to, co podlega ewaluacji, to tożsamość znaczenia. Jeszcze inaczej, derywowalność polega na konstruowaniu czegoś z przesłanek przy zastosowaniu reguł inferencji (rozważanego rachunku). Jest to konstruowanie z przesłanek przy zastosowaniu reguł inferencji i zdań pierwotnych¹⁴.

W teorii egzegezy, na gruncie prawoznawstwa, nasza kultura prawna nie umożliwia – co do zasady – władzy sądowniczej uprawnienia do konstruowania znaczenia, co jest właściwe przede wszystkim nielingwistycznej koncepcji normy prawnej (dlatego dla J. Wróblewskiego derywacyjność była w istocie wykładnią konstrukcyjną). W kulturze kontynentalnej norma prawna definiowana jest jako wyrażenie językowe. Stąd konieczność zastąpienia konstruowania mianem dekodowania. W teorii derywacyjnej interpretacja (dekodowanie) definiowana jest jako proces polegający na „zastąpieniu przy pomocy reguł R przepisu P wyrażeniem W równoznacznym z P (na gruncie reguł R), a będącym normą postępowania lub jej elementem”, stąd przyjmuje się, że teoria wykładni to zbiór reguł R, które „pozwalają zastępować tekst prawny zbiorem norm postępowania równoznacznych na gruncie R z tekstem prawnym”¹⁵. Problem, który oczywiście objawia się, polega na tym, że teorie derywacyjne (i w pewien sposób derywacyjność sama w sobie) wprowadzają niebezpieczną dowolność w procesie dedukcji znaczenia dokonywanego przez interpretatora. By to zniwelować konieczne jest sięgnięcie po wysoce dyrektywne podejście do konstruowania teorii. Co więcej, tożsamość znaczenia jest poprawna jedynie na gruncie reguł R (teorii), które ostatecz-

¹³ Występuje za to w niektórych pracach z zakresu kognitywistyki, por. B. Maćkiewicz, *Logiki niemonotoniczne jako narzędzie rekonstrukcji rozumowań subiektywnie niepewnych w perspektywie badań nad Sztuczną Inteligencją*, (w:) A. Gajda, Sz. Chlebowski, M. Wyrwa (red.), *Teksty pokonferencyjne, 9 poznańskie forum kognitywistyczne*, s. 101.

¹⁴ Por. R. Carnap, *Pisma semantyczne*, Warszawa 2007, s. 178–179.

¹⁵ Cyt. M. Zieliński, *Interpretacja jako proces dekodowania tekstu prawnego*, Poznań 1972, s. 26.

nie pozwalają weryfikować zgodność przeprowadzanego sądu interpretacyjnego. Derywacyjność można bowiem porównać do wyróżnianej przez R. Carnapa, a bardzo popularnej, tzw. metody stosunku nazywania. Określa ona, po prostu, jak postępujemy przypisując nazwom pewne desygnaty; „każda nazwa ma dokładnie jeden nominat” (tzn. przedmiot, który nazywa). Ale w języku przedmiotowym prowadzi do „niepotrzebnego mnożenia wyrażań w języku przedmiotowym” i „jeśli zastąpimy nazwę występującą w zdaniu prawdziwym inną nazwą, która ma ten sam nominat, zdanie pozostanie prawdziwe”¹⁶. Uzyskaną poprawność znaczenia wyrażenia weryfikuje się poprzez operowanie zwykle szerszą leksyką niż ma to miejsce na gruncie języka przepisów prawa, i co oczywiście w pewien sposób staje się możliwe poprzez odwołanie się do tego, co przyjmuje się jako właściwe przypisywanie znaczenia na zasadzie dokładnie takiej samej jak na gruncie klaryfikacyjności, czyli apragmatyczne, reguły wykładni, np. że nazwy Trybunał Konstytucyjny i Sąd konstytucyjny są tożsame, zatem zastępując jedną nazwę nazwą równoznaczną uzyskuje się wartość prawdy logicznej poprzez odwołanie do tego samego nominatu. Warto przy tym zaznaczyć, że założenie takie wprowadza możliwość operowania tak skonstruowaną teorią zarówno w modelach argumentacyjnych stosowania prawa, jak i – przede wszystkim – typu sylogistycznego, gdzie paradygmatu prawdy „używa się” także w stosunku do rozumowań interpretacyjnych (a nie tylko faktualnych). Wprowadza to odstępstwo od spostrzeżenia dokonanego jeszcze przez C. H. Perelmana, że wyrażeniom normatywnym nie można przypisywać wartości prawdy lub fałszu, ale że – co do zasady – poddają się one ocenie z punktu widzenia argumentacji. Derywacyjność bazuje tymczasem na zdaniach analitycznych, zatem ocenianych pod kątem prawdziwości jedynie na gruncie reguł danego języka, w tym przypadku reguł R. Wykazanie poprawności rozumowania interpretacyjnego na gruncie teorii bazującej na określonych regułach R pozwala przyjąć, że efekt wykładni, czyli wyrażenie językowe, jest logicznie prawdziwe jako zdanie analityczne.

Rzeczywisty problem pojawia się natomiast przy wyrażeniach złożonych i choć w literaturze wskazuje się, że cała derywacyjność wprowadza „wymagowane problemy, zamiast rozwiązywać problemy rzeczywiste”¹⁷, to faktycznie, w sposób teoretyczny dobrze opisuje to, jak w istocie dekodujemy wyrażenia normatywne. Widać to doskonale w procesach wykładni operatywnej, gdy sąd w uzasadnieniach wskazuje na fragmenty wyrażenia operując po prostu bardziej rozbudowaną leksyką. W szczególności, nie tkwi jedynie w okowach tekstu prawnego, ale zastępuje wyrażeniem W przepis/y P przy zastosowaniu określonych reguł rozumowania, które są przyjęte we

¹⁶ Cyt. R. Carnap, *op. cit.*, s. 303.

¹⁷ Cyt. L. Morawski, *Zasady wykładni prawa*, Toruń 2006, s. 18.

wspólnocie komunikujących się. Tym samym, immanentną cechą teorii derywacyjnej autorstwa M. Zielińskiego, co było już sygnalizowane, jest wysoki stopień dyrektywności, który kieruje ona w stosunku do interpretatora. Autor ten podaje ów fakt nawet jako główny wyznacznik tej teorii, a co – jak się wydaje – stanowi m.in. o pewnej przeszkodzie w adaptacji teorii do praktyki wykładni operatywnej. Trudno bowiem wyobrazić sobie, by organ stosujący prawo, i to jeszcze najwyższego stopnia, rezygnował z pewnej elastyczności w zakresie doboru metod pracy z tekstem i godził się na narzucanie konkretnych metod postępowania; szczególnie, że pierwotna wersja teorii derywacyjnej w zakresie reguł I stopnia zawiera 33 dyrektywy opierające się przede wszystkim na rozumowaniach językowych¹⁸. Wtórny założeniem teorii derywacyjnej, wynikłym już bardziej z koncepcji derywacyjności jako takiej, jest przede wszystkim brak rangowania poszczególnych metod interpretacji prawa i szersze rozumienie tego pojęcia, jako początek jakiegokolwiek pracy z tekstem prawnym w celu nadawania mu znaczenia. Tym samym derywacyjność odrzuca *paremie clara non sunt interpretanda* i w pewnym sensie także *interpretatio cessat in claris*. Za wykładnię rozumie się bowiem zarówno posługiwanie się metodami wykładni prawa (co bardzo ważne, traktowanymi równorzędnie, bowiem jedynym wskaźnikiem jest uzyskanie tożsamości znaczenia normy względem poziomu przepisów – tekstu – prawa), jak i rozumowania, tradycyjnie uznawane za reguły inferencyjne. Choć wymagają one zastosowania uprzednio zinterpretowanej (za pomocą „tradycyjnych”) metody interpretacji normy pierwotnej, same w sobie również traktowane są jako wykładnia prawa. Skoro sensem derywacyjności jest konstruowanie wyrażenia (normy) z poziomu przepisów prawa, który zawiera elementy składowe rozrzucone w strukturze poziomej i pionowej systemu aktu normatywnych, to w istocie mniej istotny staje się podział samych metod uzyskania znaczenia, a ostateczna weryfikacja polega jedynie na wykazaniu zgodności znaczenia uzyskanego wyrażenia z tekstem prawnym. Zarazem derywacyjność odwołuje się do *paremii omnia sunt interpretanda*, czyli traktowaniu za wykładnię zarówno wyróżnianego już w okresie przedwojennym „bezpośredniego ujmowania ustawy” jak i świadomych, opartych na określonych (regułach R) metodach pracy z tekstem prawnym w celu rekonstrukcji normy jako wyrażenia językowego¹⁹.

¹⁸ Por. M. Zieliński, Interpretacja jako proces..., s. 66–69.

¹⁹ Chociaż Autor ten nie jest przedstawicielem nurtu derywacyjnego, to przed wojną *paremia omnia sunt interpretanda* traktowana była jako taka, która właściwie oddawała paradygmat pracy interpretatora z tekstem prawnym; „Wszystkie przepisy ustawy podlegają wykładni i wykładnia każdego, nawet najbardziej «jasnego» przepisu jest oparta na dowolnych z naukowego punktu widzenia”, cyt. por. S. Frydman, Dogmatyka prawa w świetle socjologii. Studium pierwsze: o wykładni ustaw, Wilno 1936, s. 101–102.

Na pierwszy rzut oka może się to wydawać skomplikowane, ale po pierwsze, w istocie dobrze obrazuje faktyczny przebieg interpretowania tekstu prawnego (choć sam status naukowy derywacyjności zawiera się w o wiele bardziej skomplikowanej strukturze teoretycznej niż nurt klaryfikacyjny), po drugie umożliwia realizację szeregu sposobów argumentowania prawniczego, w celu wykazania prawdziwości (w sensie analitycznym!) uzyskanego wyrażenia. Należy jednak zaznaczyć, że te ostatnie uwagi dotyczą derywacyjności wykładni, jako pewnego paradygmatu dokonywania operacji interpretacyjnych, podczas gdy konkretnie teoria derywacyjna odznacza się wysokim stopniem dyrektywności, wprowadzając konieczność posługiwania się regułami R precyzyjnie określonymi w teorii. Z tego też względu, jak się przekonamy, adaptacja ujęcia derywacyjnego ma raczej miejsce w orzecznictwie Sądu Najwyższego na gruncie odwołań do derywacyjności, a odwołania konkretnie do teorii derywacyjnej są praktycznie nieodnotowywane.

III. Orzecznictwo Sądu Najwyższego – Izby Karnej w świetle badań empirycznych

W zakresie rozumienia pojęcia jednoznaczności wykładni prawa analizie poddano reprezentatywną próbę 78 uchwał z 414 uchwał Izby Karnej Sądu Najwyższego, które zapadły w latach 2000–2015 i są powszechnie dostępne w bazach informacji prawniczej. Poziom ufności próby ($n = 78$) wynosi tym samym 0,95, przy nieco większym, niż tradycyjnie przyjmowanym, błędzie maksymalnym $\Delta n = 0,1$.

Tak określona próba badawcza uprawnia do estymacji wyników na populację oraz podjęciu wnioskowań w przedmiocie ogólnych prawidłowości w przedmiocie prowadzonej wykładni operatywnej, zarówno w badanym zakresie, jak i w części – ewentualnie – rozważań nieopisanych w niniejszym opracowaniu. Dodać wypada również, że prezentowane wyniki badań są częścią większego projektu i dotyczą, jak wskazano w tytule opracowania, jednego z wielu zagadnień badawczych, związanych z wykładnią operatywną dokonywaną w ramach działalności orzeczniczej sądów „karnych” lub – konkretnie – Izby Karnej Sądu Najwyższego.

Pojęcie jednoznaczności wykładni prawa stanowi doskonale już znany w teorii prawa problem naukowy. Wskutek przeprowadzonej analizy okazuje się, że jednoznaczność wykładni prawa jest zupełnie inaczej rozumiana w ramach prowadzonej wykładni operatywnej, niż w dotychczasowym ujęciu tego zagadnienia w stanowiskach teoretycznych, prezentowanych w ramach szerokiego nurtu rozważań o egzegezie prawniczej. Jak wskazano w poprzedniej sekcji, dominujące ujęcie teoretyczne – teoria semantyczna (klaryfikacyjna) wykładni prawa, przeciwstawia sytuację wykładni (polisemii) sytu-

acji niewymagającej wykładni (tzw. bezpośredniego rozumienia) – izomorfii. Literalnie interpretując takie twierdzenie, organ stosujący prawo jest zwolniony z przeprowadzania wykładni prawa i samo stanowisko w przedmiocie wypracowanej semantyki może legitymować (w uzasadnieniu) apragmatycznym podejściem do wykładni prawa, podając gotowe znaczenie, niejako dominujące w określonym dyskursie. Tym samym taka konstrukcja teoretyczna, od strony operatywnej, pozwala włączać klaryfikacyjność wykładni prawa (ale nie samą teorię klaryfikacyjną!) do szerszego nurtu, tworzonego w ramach tzw. teorii integracyjnej, gdyż jednoznaczność konkretnej (to bardzo ważne) semantyki staje się *de facto* jej regułą apragmatyczną – przyjmowanym znaczeniem, które nie wymaga zabiegów interpretacyjnych, nie tworząc sytuacji wyboru alternatyw decyzyjnych. Konsekwencją takiej konstrukcji teoretycznej jest przyznanie sytuacji izomorfii atrybutu reguły (rozumianej ogólnie) o charakterze apragmatycznym („gotowego” znaczenia); tworzy bowiem między egzegetą a semantyką stan bezpośredniego rozumienia, który legitymowany jest przyjętą w określonym dyskursie konwencją komunikacyjną, polegającą na przyznawaniu określonym wyrażeniom na poziomie tekstu prawnego (słynne ujęcie S. Frydmana tekstu prawnego jako „farby drukarskiej”²⁰) znaczeń w istocie wcale z niego nie bezpośrednio wynikających, a umocowanych pragmatycznie na poziomie relacji denotacyjnych między nazwami a desygnatami, budowanych kulturowo. Pogląd taki opiera się na stanowisku, że nie istnieje żaden naturalny, konieczny związek między znakiem a jego desygnatem, a znaczenie każdego wyrazu zależy od jego kontekstu²¹. Znaczenia normatywne nie są tym samym umocowane tekstowo, ale w istocie społecznie²². Tym samym klaryfikacyjność wykładni jest głęboko osadzona w pozytywizmie prawniczym i kooperujących z nim modelach subsumcyjnych. Spostrzeżenie to opiera się na bardzo istotnym założeniu teoretycznym; że określone modele stosowania prawa, wypracowane w teorii prawa na podstawie określonych założeń ontologicznych i epistemologicznych o zjawisku prawa, determinują powinność w przedmiocie brzegowych ram (twierdzeń) o naturze egzegezy prawniczej. Innymi słowy, określony model stosowania prawa „preferuje” określony typ wykładni operatywnej. Tym samym klaryfikacyjność wykładni i wynikające z niej postulaty powinny korelować z modelem subsumcyjnym stosowania prawa, podczas gdy derywacyjność wykładni i – jeszcze szerzej – kontekst kulturowy wy-

²⁰ Por. S. Frydman, *Dogmatyka prawa w świetle socjologii. Studium pierwsze: o wykładni ustaw*, Wilno 1936, s. 33–34.

²¹ Por. J. Piętkos, *Podstawy juryslingwistyki. Język w prawie – prawo w języku*, Warszawa 1999, s. 53 i 85.

²² Podobne spostrzeżenie wyrażał S. Ehrlich w koncepcji znanej pod nazwą „norm społecznych”, por. S. Ehrlich, *Dogmatyka prawa a metoda porównawcza*, (w:) S. Ehrlich (red.), *Studia z teorii prawa*, Warszawa 1965, s. 24 i nast.

kładni, wyodrębniony w typologii J. Wróblewskiego, jako wykładnia humanistyczna (*sensu largissimo*²³), winien korelować z wdrożeniem wszystkich metod interpretacyjnych (heurystyką interpretacyjną o heterogenicznej strukturze metodologicznej), argumentacyjno-dyskursywnym podejściem do uzasadniania stanowiska interpretacyjnego i przede wszystkim prezentowaniem różnych stanowisk co do semantyki, co w skrajnych przypadkach może skutkować inferencją o dopuszczeniu różnych norm prawnych z tego samego tekstu prawnego, tak samo umocowanych jurydycznie (jako mieszczących się w granicach wyznaczonych przez aksjologię kultury prawnej), a jedynie lepiej albo gorzej argumentowanych; z których uzasadnienie o wyborze znaczenia spośród alternatywy decyzyjnej dokonywane jest nie w oparciu o tekst prawny, ale relację pragmatyczną; wypowiedzi doktryny prawniczej, linie orzecznicze, a nawet cel i funkcje regulacji. O ile więc sylogistyczno-subsumcyjne modele stosowania prawa²⁴ odwołują się do wykładni z perspektywy „argumentu siły”, o tyle modele dyskursywno-argumentacyjne wdrażają postulaty o rozumieniu tekstu, a wykładnia *sensu largissimo* umieszcza znaczenie w kontekście kulturowym. Tym samym odwołują się do idei „lepszego argumentu”, czego oczywistą „ofiara” są jednak pewne elementy pewności i stabilności prawa. Innymi słowy, choć dopuszcza się konkurencyjne znaczenia, to finalne jest rekurencyjne, bo zapadło z wyboru przez organ do tego uprawniony, na zasadzie normy kompetencyjnej (bo jest uprawniony), a nie z powodu tego, że takie znaczenie wynika konkretnie z tekstu prawnego. Zamieszczona poniżej analiza wskazuje raczej na stanowisko, że organ ustala znaczenie w dominujący sposób o metodę językowo-logiczną, bo ów pragmatyczny zabieg (i wykładni i argumentacyjny) wymusza stanowisko kultury prawnej i rodzimego porządku prawnego, ale w rzeczywistości owo znaczenie tekstu prawnego jest bardzo silnie legitymowane nienormatywnymi podstawami walidacyjnymi, co pełnią przede wszystkim zmienne, które można pogrupować w rekonstrukcje operatywne (istniejące już „linie orzecznicze”) oraz rekonstrukcje nie-operatywne (wypowiedzi nauki prawa), powoływane w sposób bardzo skrupulatny i obszerny, wyraźnie osadzając tekst prawny w szerszej rzeczywistości kulturowej (następuje odwołanie, tym samym, do wykładni *sensu largissimo*). J. Wróblewski pisał nawet, że wykładnia oparta na derywowalności znaczenia ma charakter konstrukcyjny²⁵, który to pogląd można rozwinąć, nieco modyfikując takie stanowisko. Budowałbym raczej typologię następującą:

²³ Por. i cyt. J. Wróblewski, *Sądowe stosowanie...*, s. 112–113.

²⁴ Dokładna charakterystyka wszystkich, wyszczególnianych w literaturze modeli stosowania prawa przekraczałaby ramy niniejszego opracowania. Należy w tym względzie odesłać Czytelnika do innych opracowań, por. m.in. L. Morawski, *Argumentacja, racjonalność i postępowanie dowodowe*, Toruń 1988, *passim*.

²⁵ Por. J. Wróblewski, *Sądowe stosowanie prawa*, Warszawa 1988, s. 115.

- klaryfikacyjność wykładni – odwołuje się do lingwistycznej percepcji tekstu albo stanu bezpośredniego rozumienia. Inne stanowiska nie są uważane za będące wykładnią prawa;
- derywacyjność – odwołuje się do rekonstrukcji znaczenia (norma z poziomu tekstu prawnego), przy użyciu tylko jurystycznych metod interpretacyjnych i znaczeń określonych przez prawodawcę. To dlatego derywacyjność może być utożsamiana z ideą państwa prawa w klasycznym, kontynentalnym rozumieniu tej zasady; wiąże ona interpretatora w celu zapewnienia stałości prawa;
- interpretacja humanistyczna (*sensu largissimo*) do konstruowania znaczenia w oparciu o wzorce kulturowe. Owo „konstruowanie”, o którym wzmiankował J. Wróblewski, ma więc charakter konstrukcji normatywnej, ale jest umocowane (legitymowane) jurystycznie tylko wtedy, gdy istnieje społecznie. Jest to więc twierdzenie neo-pozytywistyczne, gdyż lokuje znaczenie normatywne w określonej relacji społecznej.

Powyższe można bardzo dokładnie zbadać, z czego analizę, która wcale nie wymaga obszernych danych ilościowych, prezentuję w niniejszym opracowaniu. W badanej próbie w 62 na 78 uchwałach zapadłych w latach 2000–2015 stwierdzono elementy odwołujące się do modelu decyzyjnego stosowania prawa; już bez dalszego rozróżniania na model argumentacyjny, względnie dyskursywny. Stanowi to bez mała 80% wszystkich orzeczeń tego typu zapadłych w Izbie Karnej SN w okresie podlegającym analizie. W blisko 13% spraw (10 uchwał) ustalono elementy rozumowania klasycznie odpowiadające modelowi subsumcyjnemu, natomiast w 6 uchwałach (blisko 8% spraw) nie można było poczynić ustaleń w tym przedmiocie (brak danych). Te sprawy, które uznano za odpowiadające cechom modelu decyzyjnego stosowania prawa, polegały zwykle na przywoływaniu przez Sąd Najwyższy wielu różnorodnych stanowisk, głównie z doktryny prawniczej, które wskazywały na różnorodne możliwości przyjęcia rozstrzygnięcia. W istocie więc organ, być może w sposób świadomy (lub nie) posługiwał się nie klasycznym (dwuprzestankowym) sylogizmem, ale odwoływał się do innego rodzaju arystotelesowskiego sylogizmu, jakim jest jego odmiana dialektyczna. Przypomnijmy, że ten rodzaj wnioskowania przez sylogizm nie odwołuje się do kryterium prawdy, ale argumentacyjnego umocowania twierdzenia poprzez jego dominującą pozycję w określonym dyskursie²⁶. Tym samym Sąd Najwyższy nie przesądzał o treści prawa, ale „wybierał” (dokonywał wyboru) znaczenia spośród konkurencyjnych stanowisk prezentowanych, przede wszystkim w doktrynie, względnie w judykaturze. Należy wyraźnie podkreślić (aprobuując taką metodologię), że jest to przejaw tak pożądanego autorefleksyjności organu stosującego prawo, rezygnacji z metodyki tak krytykowanej w litera-

²⁶ Por. Arystoteles, Topiki. O dowodach sofistycznych, Warszawa 1978, s. 3–4.

turze (m.in. przez E. Łętowską), że organ „unika elementów polemicznych (...) stwierdza, że coś jest i że to coś jest głosem ustawy”²⁷. Wyniki przeprowadzanej analizy wskazują na coś dokładnie odwrotnego; Sąd Najwyższy podejmując uchwały stosuje prawo nie według klasycznego modelu sylogistycznego, tj. rozumowań wskazujących na przyjęcie jednego znaczenia i jego legitymację jedynie z pozycji siły (pozycji) organu stosującego prawo, ale właśnie w sposób wysoce złożonej heurystyki rekonstrukcyjnej, gdzie podawane są owe „elementy polemiczne”, z których przez inne niż językowa metody wykładni dokonuje się wyboru trafnego rozstrzygnięcia. Z tego też względu zbadano, na ile w badanej próbie następuje odwołanie do poszczególnych wzorów rozumowań interpretacyjnych, wśród których wyszczególniono:

- lingwistyczną percepcję tekstu (przez co rozumie się owe legitymowanie znaczenia wyłącznie językowym brzmieniem wykładanego wyrażenia, nawet bez formalnego wdrożenia metod wykładni prawa opartych na właściwych jurysprudencji wzorcach rozumowań; w istocie są to więc zabiegi gramatyczno-językowe, bez szerszego odniesienia w zakresie rozumienia języka bądź kontekstu kulturowego),
- wzorce rekonstrukcyjne (dekodujące), co do zasady właściwe derywacyjnemu podejściu do wykładni prawa, względnie (jeszcze szerzej), ujęcia interpretacji humanistycznej. Pogląd ten najlepiej oddaje wielokrotnie powoływana definicja wykładni prawa wg. J. Habermasa, że jest to „rekonstrukcja prawa... (która polega na – przyp. Autora) eksplikacji znaczeń”²⁸,
- wzorce konstrukcyjne (konstruujące regułę), w której organ wyraźnie wskazywał, że albo tekst prawny w oparciu o metodę językowo-logiczną, bądź całą triadę interpretacyjną nie pozwalał na zrekonstruowanie znaczenia, albo (zdarzały się takie przypadki, choć nieliczne) znaczenie językowe zostało uzyskane, ale prowadziło do „absurdalnych” rezultatów, to wówczas konstruował regułę w oparciu o nietekstową podstawę waldacyjną.

Ustalono, że dominujące są wzorce rekonstrukcyjne (dekodujące), gdzie ma miejsce odwołanie się bądź do rozumienia znaczenia, bądź jego rozumienia w określonym kontekście kulturowym (tzw. relacja socjolingwistyczna). W 44 uchwałach z badanej próby stwierdzono posługiwanie się wzorcami rekonstrukcyjnymi (56%), w 22 uchwałach ustalono, że skład orzecznicy odwołał się do lingwistycznej percepcji tekstu, nawet gdy powoływał określone rekonstrukcje nieoperatywne lub operatywne (28% przypadków w badanej próbie). Jedynie w 7 uchwałach (9%) Sąd Najwyższy jawnie

²⁷ Cyt. i por. E. Łętowska, Pozaprosesowe znaczenie uzasadnienia, PiP 1997, nr 5, s. 3.

²⁸ Cyt. i por. J. Habermas, Faktyczność i obowiązywanie. Teoria dyskursu wobec zagadnień prawa i demokratycznego państwa prawnego, Warszawa 2005, s. 147.

wskazał na konieczność konstrukcji reguły (tzw. wykładnię potocznie nazywaną mianem prawotwórczej).

Wskazywana podbudowa argumentacyjna w oparciu o różnorakie stanowiska, które następnie Sąd Najwyższy w sposób wiążący uwzględnia, jest łatwo uchwytna na podstawie przeprowadzonej analizy. Warto w tym względzie przywołać inne dane ilościowe. W 65 uchwałach skład orzeczniczy Izby Karnej powołał rekonstrukcje wzorca normatywnego o charakterze nieoperatywnym, przez co należy rozumieć różnorakie stanowiska nauki prawa (stanowi to 83% spraw z próby badanej), jedynie zaś w 8 uchwałach (10%) nie powołano żadnych wzorców rekonstrukcji normatywnej podstawy decyzji stosowania prawa o charakterze nieoperatywnym (7% stanowiły braki danych). Przeważającą większość stanowią wzorce wykładni o charakterze apragmatycznym („gotowe” znaczenia wypracowane w nauce prawa), umocowane na poziomie dogmatyki prawa karnego – takie rozumowania wystąpiły w blisko 75% spraw z próby badanej. W blisko 37% spraw powoływano także (zdecydowanie rzadziej „tylko”) wzorce rozumowań o charakterze ogólnoprawnym; dotyczyło to głównie stanowisk badaczy z teorii prawa w zakresie określonych problemów pragmatycznych natury egzegezy prawniczej. Potwierdza to analiza powoływanych kategorii źródeł z zakresu prac naukowych o teorii wykładni prawa (jako części dyscypliny ogólnej prawnoznawstwa – teorii prawa). W blisko 62% uchwał (w 48) powoływano rozważania na okoliczność reguł wykładni prawa umocowanych nie w teorii prawa, ale dogmatyce prawa karnego. Wskazywać by to mogło na fakt, że Sąd Najwyższy (przynajmniej w sprawach karnych²⁹) z określonych powodów przede wszystkim korzysta z czegoś co można nazwać „dogmatyczną” teorią wykładni prawa, a twierdzenia z teorii prawa traktowane są jedynie subsidiarynie (albo z powodu braku możliwości ich adaptatywności, albo określonych deficytów w zakresie wypracowania rozwiązań na konkretne problemy w ramach penalnej wykładni operatywnej³⁰). W zakresie powoływania źródeł traktujących o wykładni prawa, które powstały z inicjatywy samych teoretyków prawa, w badanej próbie powołano te opracowania w sposób wyraźnie traktujący o ujęciu – odpowiednio – klaryfikacyjnym bądź derywacyjnym wykładni w przeważającej mniejszości. W 4 uchwałach (5% ogółu) powołano się konkretnie i jedynie na prace z dziedziny typu klaryfikacyjnego wykładni (najczęściej powoływano prace J. Wróblewskiego i L. Morawskiego), w jednym przypadku wskazano (w sposób zwerbalizowany) na odwołanie konkretnie do pracy z nurtu derywacyjnego wykładni (1,3% ogółu). Należy jednak wyraźnie zaznaczyć, że tam gdzie Sąd Najwyższy w ogóle powoływał się na wypowiedzi ze źródeł z dziedziny teorii prawa traktujących o eg-

²⁹ W zakresie komparatystyki z innymi gałęziami prawa badania są w toku.

³⁰ Osobiście skłaniam się ku temu drugiemu stanowisku.

zegezie prawniczej, najczęściej czynił to w sposób łączny, bez rozróżniania na stanowiska w przedmiocie klaryfikacyjności, derywacyjności, a już odwołania do wykładni *sensu largissimo* są w zasadzie zupełnie niewerbalizowane w treściach uzasadnień. Takie jednocześnie powołanie się na źródła (najczęściej o charakterze propedeutycznym) miało miejsce w 13 uchwałach, co stanowi blisko 17% ogółu uchwał z badanej próby (najczęściej powoływane są prace J. Wróblewskiego, L. Morawskiego, M. Zielińskiego i L. Leszczyńskiego – mniej więcej w takiej kolejności co do częstości powoływania). Przypomnijmy jednak, że wskaźnik ten jest drastycznie niższy niż powoływanie się na źródła w przedmiocie reguł wykładni prawa (najczęściej odnoszących się do twierdzeń o tym, jak wykładnia prawa rozumiana jest w ramach specyfiki prawa karnego) umocowanych dogmatyczno-prawnie, który wynosi – jak już wskazano – blisko 62% (dokładnie 61,5%). Być może odpowiedzią na ten fakt jest bardzo niska adaptacja twierdzeń umocowanych w konkretnych teoriach wykładni prawa. Sąd Najwyższy najczęściej powołuje różnorakie znaczenia wypracowane na poziomie operatywnym (tzw. linie orzecznicze) lub doktryny prawa karnego (względnie przytaczając w jaki sposób przyjęto określone znaczenie, na podstawie jakich argumentów zostało ono wypracowane przez egzegetę), z których wcale nie arbitralnie, ale właśnie argumentacyjnie wybiera określoną alternatywę, na zasadzie procesu decyzyjnego. Jest to więc klasyczny przykład wyróżnianego w specjalistycznej literaturze intrasubiektywnego dyskursu argumentacyjnego, tym razem nie egzegety, ale jawnie organu stosującego prawo, co częściowo – jak już wskazano – przeczy (przynajmniej na poziomie Sądu Najwyższego i w ramach instytucji uchwał) tezie o arbitralnym wyborze znaczenia przez organ stosujący prawo, na podstawie bliżej nieujawnianych powodów (co odnosi się właśnie do sylogistycznego/subsumcyjnego sposobu traktowania procesu stosowania prawa). Wracając do powoływania się na konkretne teorie wykładni prawa, to takie nawiązanie nie występuje praktycznie w ogóle³¹. Organ ogranicza się raczej do posługiwania się poziomem (konceptcją) wykładni derywacyjnej bądź semantycznej (klaryfikacyjnej), niekiedy przytaczając twierdzenia właściwe konkretne o danej teorii. Odwołanie do teorii klaryfikacyjnej (semantycznej, bez dyferencji na odmiany intesjo- i ekstensjonalną) ma miejsce w 10 uchwałach z badanej próby (blisko 13%), do teorii derywacyjnej (bez dyferencji na teorię M. Zielińskiego a derywacyjno-walidacyjnej L. Leszczyńskiego) w 4 uchwałach (5%) z badanej próby. W blisko 81% uchwał z badanej próby nie następuje odwołanie do żadnej konkretnej teorii wykładni prawa, względnie nie można było poczynić ustaleń

³¹ Warto wskazać, że chociaż miało to miejsce w postanowieniu, to w zapadłym w dniu 25 lutego 2016 r., sygn. I KZP 17/15, orzeczeniu tego typu Sąd Najwyższy konkretnie powołał teorię derywacyjną (miało to miejsce po powstaniu niniejszego opracowania, przed jego zgłoszeniem do publikacji w Prok. i Pr).

na tą okoliczność na podstawie badanego materiału empirycznego w postaci treści uzasadnienia.

Wysoki stopień autorefleksyjności składów orzeczniczych Izby Karnej Sądu Najwyższego (co jest kolejnym wskaźnikiem na adaptację raczej sylogizmu dwuprzestankowego w odmianie dialektycznej, niż klasycznego wnioskowania „trywialnego”) zdaje się potwierdzać bardzo rzadkie powoływanie się³² na sytuację izomorfii, tj. bezpośredniego rozumienia i odstępowania od szerszych wywodów argumentacyjnych. Powoływanie się na stan bezpośredniego rozumienia (czyli będącej bezpośrednią „bohaterką” opracowania – jednoznaczności) stwierdzono jedynie w 8 uchwałach w badanej próbie (10% spraw z próby); w 69 przypadkach (88%) Sąd Najwyższy nie powoływał się na sytuację izomorfii (jeden przypadek uznano jako „brak danych”). Powyższe stanowisko wzmacnia analiza odwoływania się w zakresie argumentacyjnym do szeroko poruszanego w specjalistycznej literaturze z zakresu teorii wykładni prawa problemu paradygmatu prowadzenia wykładni, według *paremii clara... bądź omnia sunt interpretanda. Paremia clara...* wiązana jest z klaryfikacyjnym ujęciem wykładni, *omnia...* z derywacyjnym i – szerszym – interpretacji humanistycznej. Ten szeroko zakrojony problem akademicki – jak się okazuje – praktycznie nie występuje w zakresie praktyki wykładni operatywnej, przynajmniej Izby Karnej Sądu Najwyższego. Powołanie się na *paremię clara non sunt interpretanda* odnotowano w 9 uchwałach z badanej próby (11%), zaś do *paremii omnia...* (w obu przypadkach w sposób albo jawnie zwerbalizowany, albo bez formalnego powoływania się na *paremię*, ale z treści wyводу wyraźnie była możliwa inferencja w tym przedmiocie) w 3 uchwałach (blisko 4%). W przeważającej większości (66 uchwał, blisko 85%) kwestia ta w ogóle nie wystąpiła, a Sąd Najwyższy w pełni ujawnił alternatywy interpretacyjne.

Ustalając współzmiennność między badanymi zmiennymi warto wskazać, że współzależność (wszystkie na podstawie testu korelacji χ^2) dla zmiennych: (a) modelu decyzyjnego stosowania i (b) powoływania rekonstrukcji nieoperatywnych okazała się istotna statystycznie, co pozwala z 99-procentową pewnością stwierdzić, że gdy organ stosujący prawo (w tym przypadku Sąd Najwyższy) powołuje rekonstrukcje nieoperatywne (tj. wzorce wykładni, najczęściej o charakterze apragmatycznym) to posługuje się decyzyjnym modelem stosowania prawa (bez dyferencji na odmianę argumentacyjną bądź dyskursywną). Istotna statystycznie okazała się także współzależność między – ponownie – zmienną (a) modelu stosowania prawa a (b) powoływaniem się na bezpośrednie rozumienie. Z 99-procentową pewnością można wskazać, że Sąd Najwyższy – Izba Karnej – posługując się

³² Przynajmniej w uchwałach; analiza wyroków i postanowień zapadłych w rzeczonym okresie czasowym pozostaje w toku.

modelem decyzyjnym (argumentacyjnym/dyskursywnym) stosowania prawa nie powołuje się na stan bezpośredniego rozumienia (*izomorfii*), bo (*argument a contrario*) z 99-procentową pewnością można stwierdzić, że gdy Sąd Najwyższy nie powołuje się na stan bezpośredniego rozumienia (a) to (b) powołuje rekonstrukcje nie-operatywne dla uzyskania wzorca normatywnej podstawy decyzji stosowania prawa.

Powyższe wnioski wzmacnia dalszy opis ilościowy. Sąd Najwyższy relatywnie rzadko korzystał z odwołania do woli prawodawcy (tzw. argument z autorytetu). Wszystko jedno, czy było to możliwe (z powodów deficytu materiałów z procesu legislacyjnego), czy też poprzez inferencję. Rozumowanie tego rodzaju stwierdzono w 16 uchwałach (20% z badanej próby). W 53 uchwałach (68% z badanej próby) nie stwierdzono żadnych podstaw do przyjęcia ustalenia, że Sąd Najwyższy kierował się elementami wykładni autentycznej (nieoficjalnej; natomiast w 9 uchwałach nie można było stwierdzić badanej okoliczności). Z kolei w blisko 35% uchwał z badanej próby (27 uchwał) Sąd Najwyższy odwoływał się do odmiany metody językowej wykładni, znanej jako wykładnia historyczna (komparatystyka znaczenia z poprzednio przyjmowanym z nieobowiązującego aktu prawnego). W 50 uchwałach (64% badanej próby) nie powoływano się na tego typu rozumowanie. Można jedynie domniemywać, że – przede wszystkim – nie zawsze tego typu rozumowanie było możliwe do przeprowadzenia (brak podstawy do porównania), albo z określonych powodów w ogóle go nie przeprowadzono, względnie nie ujawniono w treści uzasadnienia.

IV. Wnioski

W pierwszej kolejności należy podkreślić, że przedmiotem analizy nie był sposób uzasadnienia decyzji interpretacyjnej, ale na podstawie tego materiału empirycznego, który jest powszechnie dostępny (i w zasadzie jedyny), jakim jest uzasadnienie orzeczenia, usiłowano poczynić ustalenia w przedmiocie sposobu przeprowadzania wykładni operatywnej, ze szczególnym uwzględnieniem określonego tytułem opracowania problemu jednoznaczności w wykładni prawa (operatywnej). Celem była więc próba odpowiedzi na pytanie badawcze³³, czy Sąd Najwyższy w ramach czynionej wykładni operatywnej posługuje się wzorcami rozumowań interpretacyjnych, które

³³ Co do zasady pytanie badawcze winno być poprzedzone sformułowaniem dwóch hipotez; zerowej (o braku związku między zmiennymi) i alternatywnej (zakładającej określony związek między zmiennymi – badanymi zjawiskami). W zakresie jednoznaczności trudno jest jednak przyjąć, które twierdzenie miałoby pełnić rolę hipotezy podlegającej dowodzeniu, a odrzucać za pomocą lepszych, lub gorszych metod analizy ilościowo-jakościowej. Pełny od strony metodologicznej, opis takiej procedury badawczej wykraczałby także znacznie poza ramy charakteru opracowania.

dotyczą szeroko rozumianego pojęcia jednoznaczności. Innymi słowy: czy Sąd Najwyższy powołuje się na stan izomorfii (i jak często), ewentualnie porzeka jedynie na gramatycznej analizie języka i znaczenie umiejscawia jedynie na poziomie tekstu prawnego (najprostsza, klaryfikacyjna definicja wykładni według J. Wróblewskiego stanowi, że jest to przypisywanie znaczenia tekstu prawnego; polega więc jedynie na określaniu denotacji danym nazwom w celu rekonstrukcji wyrażenia – normy prawnej). Poza tym: w jaki sposób wykorzystywane są inne elementy pragmatycznego rozumienia „jednoznaczności”, jako pewnego argumentu w ramach legitymacji działań interpretacyjnych (nie eksplikacja znaczenia³⁴, ale owo arbitralne przyjęcie, że „coś jest, a coś nie jest głosem ustawy”³⁵), czyli paradygmat subiektywizmu (odwołania się do woli ustawodawcy), brak innych niż tekstowe wzorców rekonstrukcyjnych itp.

Podkreślenia wymaga oczywiście fakt, że ustaleń dokonywano na podstawie reprezentatywnej próby uchwał (a nie innych orzeczeń) Sądu Najwyższego, które z istoty rzeczy dotyczą rozumowań *in abstracto*, a nie kierowanych do (przede wszystkim) indywidualnego podmiotu prawa rozstrzygnięć *ad casum*. Z drugiej strony, to właśnie uchwały, jako najważniejszy element działalności orzeczniczej Sądu Najwyższego w zakresie kształtowania też pewnych ogólnych reguł judykatury w przedmiocie formy i sposobu rozumienia pojęcia wykładni prawa, odgrywają szczególną rolę.

Odpowiadając na ewentualną uwagę, że podjęcie uchwały wymaga samo w sobie spełnienia kryterium wątpliwości lub rozbieżności co do wykładni prawa (art. 59 i art. 60 § 1 ustawy o Sądzie Najwyższym), należy koniecznie zaznaczyć, że przedmiotem analizy był sposób dokonywania wykładni operatywnej Sądu Najwyższego, a nie podstawy formalno-prawnej do jej przeprowadzenia (co Sąd Najwyższy każdorazowo bada). Z istoty rzeczy, nawet rozstrzygając zagadnienie prawne wymagające podjęcia uchwały, Sąd Najwyższy mógłby posługiwać się heurystykami interpretacyjnymi odwołującymi się do szeroko rozumianej jednoznaczności, *stricte* sylogistycznego stosowania prawa, bezpośredniego rozumienia itp. Mógłby przecież zrezygnować z osadzania rozstrzygnięcia albo w sferze rozumienia języka (derywacyjności znaczenia), albo – nawet szerzej – w zakresie zestawiania wzorca normatywnego z rzeczywistością kulturową (element realizmu prawnego, jak się wydaje, będący komponentem koncepcji *sensu largissimo*). Nie jest więc tak (co podkreślono w na początku poprzedniej sekcji), że sama instytucja uchwał determinuje szerokie podejście do przeprowadzania wykładni operatywnej. Zakres swobody interpretacyjnej, dobór metod i koncepcji wykładni, wzorców rekonstrukcji itp. zależy przecież od organu rozstrzygającego, a nie

³⁴ Odwołując się do J. Habermasa.

³⁵ Odwołując się do E. Łętowskiej.

wynika z podstawy normatywnej tej instytucji w ustawie o Sądzie Najwyższym. Jedyne normatywne wzorce wykładni prawa, prócz definicji legalnych, zawarte są w Zasadach Techniki Prawodawczej, i to ujmowane tak jedynie wówczas, gdy reguły kodowania znaczenia normatywnego powiąże się z regułami ich dekodowania (innymi słowy, gdy egzegeta uwzględni zasady tworzenia prawa przy interpretowaniu znaczenia jako wiążące go wzorce normatywne). Także jednak w tym zakresie łatwo dostrzegalne jest to, że i w tym przedmiocie decyzja zależy do interpretatora.

Na podstawie analizy próby badawczej stwierdzono, że Sąd Najwyższy w badanym zakresie wyraźnie posługuje się w istocie dialektycznym rodzajem sylogizmu; wykorzystując decyzyjny model stosowania prawa, przede wszystkim (jak się wydaje) w odmianie argumentacyjnej. Nie jest to przecież nic nowego, skoro podstawy do takiego wniosku dostrzegł już J. Wróblewski, któremu – tradycyjnie – przypisuje się autorstwo modelu decyzyjnego stosowania prawa. Warto przytoczyć, że ten powszechnie powoływany w orzecnictwie i piśmiennictwie teoretyk prawa zdefiniował model decyzyjny jako zgodny z elementem praworządności, ale również podbudowany („słusznosciowo”) elementami decyzji racjonalnej, z której na podstawie określonych kryteriów (i tu w zależności od paradygmatu wykładni derywacyjnego bądź humanistycznego) umocowanych jedynie normatywnie (intrajurydycznie) bądź (także) społeczno-politycznie (eksternajurydycznie), organ dokonuje wyboru (podejmuje decyzję) w zakresie podstawy normatywnej decyzji stosowania prawa jak i finalnego rozstrzygnięcia (konsekwencja prawna). J. Wróblewski pisał, że model decyzyjny „nie przesądza (...) ani treści prawa, które powinno być przez sąd przestrzegane, ani też treści przesłanek oceniających racjonalnej decyzji, które są różne w odmiennych aksjologiach prawa i jego stosowania”³⁶. Rozumowanie tego rodzaju wymaga więc ujawnienia przesłanek decyzyjnych, ich ocenę w oparciu o określone kryteria i wybór z alternatyw decyzyjnych.

Powyższy, określony na potrzeby metodologii badania, wzór rozumowań interpretacyjnych, jako model decyzyjny w którym przeprowadzana jest wykładnia operatywna, jest z istoty rzeczy sprzeczny z założeniami jednoznaczności wykładni. Sąd Najwyższy – Izba Karna, na podstawie analizy uchwał w badanej próbie, powołuje złożone, choć niejednorodne i trudne do uchwycenia z perspektywy podziałów czysto teoretycznych, heurystyki interpretacyjne, z których dokonuje wyboru finalnej semantyki. Godzi i – co bardzo ważne – jak się wydaje, „waży” tym samym podstawy aksjologiczne wykładni operatywnej, wyszczególniane w modelu decyzyjnym przez J. Wróblewskiego, w postaci praworządności i racjonalności.

³⁶ Cyt. i por. J. Wróblewski, *Sądowe stosowanie...*, s. 341–342 oraz 343–354 i 343–393.

Wskazane w opracowaniu podstawy badania można zweryfikować poprzez powtórzną analizę reprezentatywnej próby badawczej na podstawie zmiennych zoperacjonalizowanych w tożsamy albo w analogiczny sposób.

Unequivocality of legal interpretation in the light of empirical studies on decisions of the Penal Chamber of the Supreme Court

Abstract

This contribution discusses unequivocality of legal interpretation, providing an empirical analysis of judicial interpretation the Penal Chamber of the Supreme Court is engaged while adopting resolutions. A standard methodological pattern is adopted. A theoretical introduction with both a synthetic review of prevailing theories of legal interpretation and a specific focus on unequivocality thereof is followed by a quantitative description of the analysis with comments drawing on a combined qualitative procedure. The conclusion is that, in its interpretative efforts for resolution adoption purposes, the Penal Chamber uses a highly heterogenic approach, rarely supporting their decisions with interpretative schemes that rely on unequivocal wording of legal texts.

Anna Zofia Krawiec

Warunki przeprowadzania przesłuchania w trybie art. 185a–185c k.p.k.

Streszczenie

Autorka omawia część ustawy z dnia 13 czerwca 2013 r. o zmianie ustawy – Kodeks karny oraz ustawy – Kodeks postępowania karnego¹, jak również rozporządzenie Ministra Sprawiedliwości z dnia 18 grudnia 2013 r. w sprawie sposobu przygotowania przesłuchania prowadzonego w trybie określonym w art. 185a–185c Kodeksu postępowania karnego². Przedstawia przepisy, analizuje skutki ich zaistnienia w polskim porządku prawnym oraz opisuje problemy, które mogą wystąpić w ramach stosowania tych regulacji w praktyce.

Wstęp

W dniu 24 stycznia 2014 r. weszła w życie ustawa z dnia 13 czerwca 2013 r. o zmianie ustawy – Kodeks karny oraz ustawy – Kodeks postępowania karnego. Artykuł 2 pkt 4 tej ustawy dodał do Kodeksu postępowania karnego art. 185d § 1–2. W myśl art. 185d § 1 k.p.k., przesłuchania, o których mowa w art. 185a–185c k.p.k., należy przeprowadzać w odpowiednio przystosowanych pomieszczeniach w siedzibie sądu lub poza jego siedzibą. Z kolei art. 185d § 2 k.p.k. stanowi ustawowe upoważnienie dla rozporządzenia Ministra Sprawiedliwości z dnia 18 grudnia 2013 r. w sprawie sposobu przygotowania przesłuchania prowadzonego w trybie określonym w art. 185a–185c Kodeksu postępowania karnego. Wobec przewidywanych zmian logistyczno-organizacyjnych dotyczących przeprowadzania przesłuchania w trybie art. 185a–185c k.p.k., w związku z wprowadzeniem nowych regulacji prawnych w tym zakresie ustawodawca zdecydował się na wprowadzenie *vacatio legis* dla spełnienia kryteriów określonych w art. 185d k.p.k. oraz w wyżej wymienionym rozporządzeniu. Zgodnie bowiem z art. 4 ustawy z dnia 13 czerwca 2013 r., w wypadku braku dostępu na obszarze właściwości sądu do pomieszczenia, które spełniałoby warunki określone w rozporządzeniu wydanym na podstawie art. 185d k.p.k., przesłuchania w trybie art. 185a–185c k.p.k. można było przeprowadzać w pomieszczeniach niespełniających tych wymo-

¹ Dz. U. z 2013 r., poz. 849.

² Dz. U. z 2013 r., poz. 1642.

gów, w terminie do 18 miesięcy od dnia wejścia w życie ustawy z dnia 13 czerwca 2013 r. Ponieważ ustawa ta weszła w życie w dniu 27 stycznia 2014 r., to należy uznać, że od dnia 27 lipca 2015 r. w polskim porządku prawnym istnieje bezwzględny nakaz przeprowadzania przesłuchania w trybie art. 185a–185c k.p.k. w warunkach określonych w art. 185d k.p.k. oraz rozporządzeniu Ministra Sprawiedliwości z dnia 18 grudnia 2013 r.³. Natomiast do momentu wejścia w życie ustawy z dnia 13 czerwca 2013 r. warunki przeprowadzania przesłuchania w trybie art. 185a–185b k.p.k. określały standardy dotyczące przesłuchiwanie małoletnich świadków w trybie art. 185a i 185b k.p.k.⁴ oraz wytyczne Ministra Sprawiedliwości z dnia 17 października 2007 r. w sprawie warunków, jakim powinny podlegać pomieszczenia służące do przeprowadzania czynności procesowych z udziałem małoletnich świadków⁵. Wprowadzenie nowych regulacji miało na celu implementację do polskiego systemu karnoprosesowego aktów prawa unijnego, tj.: Dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 2012/29/UE z dnia 25 października 2012 r. ustanawiającej normy minimalne w zakresie praw, wsparcia i ochrony ofiar przestępstw oraz zastępującej decyzję ramową Rady 2001/220/WSiSW⁶; Dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 2011/93/UE z dnia 13 grudnia 2011 r. w sprawie zwalczania niegodziwego traktowania w celach seksualnych i wykorzystywania seksualnego dzieci oraz pornografii dziecięcej, zastępującej decyzję ramową Rady 2004/68/WSiSW⁷; Dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 2011/36/UE z dnia 5 kwietnia 2011 r. w sprawie zapobiegania handlowi ludźmi i zwalczania tego procederu oraz ochrony ofiar, zastępującej decyzję ramową Rady 2002/629/WSiSW⁸, oraz stanowiło odpowiedź na problemy organizacyjne wynikające z codziennej praktyki organów ścigania i wymiaru sprawiedliwości, pomimo tego, że pierwszy w Polsce pokój przesłuchań powstał w 1997 r. w Warszawie z inicjatywy Fundacji Dzieci Niczyje⁹.

1. Zakres podmiotowo-przedmiotowy

Artykuł 185d k.p.k. oraz rozporządzenie Ministra Sprawiedliwości z dnia 18 grudnia 2013 r. dotyczą przeprowadzania przesłuchania w trybie art. 185a–185c k.p.k. Oznacza to, że omawianym regulacjom podlegają:

³ M. H o r n a, Przyjazne pokoje obowiązkowe, *Na wokandzie* 2015, nr 4, s. 4–5.

⁴ <https://ms.gov.pl/...dzieci/...przesluchanie-dziecka/download,2269,2.html>.

⁵ <http://ms.gov.pl/pl/dzialalnosc/przeciwdzialanie-przemocy-wobec-dzieci/akty-prawne-i-inne-dokumenty>.

⁶ Dz. U. UE. L z 2012 r., Nr 315, poz. 57.

⁷ Dz. U. UE. L z 2011 r., Nr 335, poz. 1.

⁸ Dz. U. UE. L z 2011 r., Nr 101, poz. 1.

⁹ <http://wiadomosci.wp.pl/kat,1515,title,Rzecznik-Praw-Dziecka-o-braku-uregulowan-ws-niebieskich-pokoi-przesluchan,wid,16927532,wiadomosc.html?ticaid=115b63>.

- osoby pokrzywdzone, które – co do zasady¹⁰ – w chwili przesłuchania nie ukończyły 15 roku życia, w sprawach o przestępstwa popełnione z użyciem przemocy lub groźby bezprawnej lub określone w rozdziałach XXIII (przestępstwa przeciwko wolności), XXV (przestępstwa przeciwko wolności seksualnej i obyczajności) i XXVI (przestępstwa przeciwko rodzinie i opiece) Kodeksu karnego (art. 185a k.p.k.),
- świadkowie, którzy w chwili przesłuchania nie ukończyli 15 roku życia, w sprawach o przestępstwa popełnione z użyciem przemocy lub groźby bezprawnej lub określone w rozdziałach XXV i XXVI Kodeksu karnego (art. 185b k.p.k.)¹¹,
- osoby pokrzywdzone w sprawach o przestępstwa określone w art. 197–199 k.k. (zgwałcenie i wymuszenie czynności seksualnej, seksualne wykorzystanie nie poczytalności lub bezradności, seksualne wykorzystanie zależności)¹² – art. 185c k.p.k. Ustawodawca nie zdecydował się zatem na zawężanie specjalnego trybu przesłuchania wyłącznie do małoletnich, lecz umożliwił korzystanie z warunków i sposobu przesłuchania w myśl art. 185d k.p.k. oraz rozporządzenia Ministra Sprawiedliwości z dnia 18 grudnia 2013 r. także osobom dorosłym, które stały się ofiarami przestępstw o charakterze seksualnym określonym w art. 185c *in principio* k.p.k.¹³.

¹⁰ Należy mieć na uwadze treść art. 185a § 4 k.p.k.

¹¹ Zob. więcej: M. Błaszczak, Problematyka przesłuchania małoletniego w procesie karnym – w świetle nowelizacji art. 185a i 185b kodeksu postępowania karnego, WPP 2013, nr 4, s. 76 i n.; R. Kosiór, Udział biegłego psychologa w przesłuchaniu dziecka, Prok. i Pr. 2010, nr 4, s. 42 i n.; A. Z. Krawiec, Przesłuchanie małoletniego pokrzywdzonego w polskim procesie karnym, WPP 2007, nr 1, s. 53 i n.; *Eadem*, Przesłuchanie małoletniego świadka po nowelizacji Kodeksu postępowania karnego, Prok. i Pr. 2013, nr 12, s. 117 i n.; M. Ostrowska, Elementy psychologii sądowej w postępowaniu karnym na tle regulacji dotyczących przesłuchania świadków, PPIA 2009, nr 81, s. 9 i n.; J. Pawlik-Czyniewska, Rola i zadania prokuratora w przesłuchaniu małoletnich świadków na podstawie art. 185a k.p.k. i art. 185b k.p.k., NKPK 2013, nr 30, s. 133 i n.; R. A. Stefański, Szczególne tryby przesłuchania w postępowaniu karnym świadka małoletniego, który nie ukończył 15 lat, WPP 2005, nr 4, s. 79 i n.; J. Żylińska, Biegły psycholog a odebranie i ocena zeznań małoletniego świadka w procesie karnym, NKPK 2013, nr 30, s. 155 i n.; P. Kruszyński, M. Błoński, M. Zbrojewska, Przesłuchanie świadka w trybie art. 185a k.p.k., Przesłuchanie świadka w trybie art. 185b k.p.k., Przesłuchanie świadka w trybie art. 185c k.p.k., (w:) Dowody i postępowanie dowodowe w procesie karnym. Komentarz praktyczny z orzecznictwem. Wzory pism procesowych, Legalis 2015.

¹² Zob. więcej: T. Grzegorzczak, Komentarz do art. 185(c) Kodeksu postępowania karnego, Kodeks postępowania karnego. Tom I. Artykuły 1–467. Komentarz, LEX/el. 2014; L. K. Paprzycki (red.), J. Grajewski, S. Steinborn, Komentarz aktualizowany do art. 185(c) Kodeksu postępowania karnego, Komentarz aktualizowany do art. 1–424 Kodeksu postępowania karnego, LEX/el. 2015.

¹³ Wypowiedź sekretarza stanu KPRM Agnieszki Kozłowskiej-Rajewicz, biuletyn nr 1733/VII, Komisja Nadzwyczajna do spraw zmian w kodyfikacjach nr 32, w dniu 17 kwietnia 2013 r., <http://orka.sejm.gov.pl/Zapisy7.nsf/wgskmr/NKK-32>.

W literaturze zaznacza się, że warunki określone w art. 185d k.p.k. oraz w rozporządzeniu Ministra Sprawiedliwości z dnia 18 grudnia 2013 r. są przewidziane tylko dla tych przesłuchań, które podlegają przeprowadzeniu na posiedzeniu¹⁴. W tej sytuacji nie jest możliwe skorzystanie z omawianych regulacji w ramach przesłuchania w trybie art. 177 § 1a k.p.k.¹⁵, tj. przesłuchania przy użyciu urządzeń technicznych umożliwiających przeprowadzenie tej czynności na odległość z jednoczesnym bezpośrednim przekazem obrazu i dźwięku¹⁶.

2. Warunki lokalizacyjne

Miejscem przeprowadzenia przesłuchania na zasadzie określonej w art. 185d k.p.k. oraz w rozporządzeniu Ministra Sprawiedliwości jest odpowiednio przygotowane pomieszczenie znajdujące się w siedzibie sądu lub poza jego siedzibą.

Zapisy prac legislacyjnych wskazują na to, że ustalenie powyższego nie było rzeczą prostą i wzbudziło wiele kontrowersji¹⁷. Zgodnie z pierwotną propozycją Ministerstwa Sprawiedliwości treść art. 185d § 1 k.p.k. miała przedstawiać się w sposób następujący: „Przesłuchania w trybie określonym w art. 185a–185c przeprowadza się w odpowiednio przystosowanych pomieszczeniach. Jeżeli w siedzibie sądu nie ma takiego pomieszczenia lub przeprowadzenie w nim czynności procesowej napotyka trudności, przesłuchanie przeprowadza się poza siedzibą sądu”. Próba wprowadzenia tego unormowania spotkała się jednak ze słuszną krytyką. Podnoszono bowiem, że z tak sformułowanej regulacji prawnej nie wynika, czy pomieszczenia znajdujące się poza sądem mają być specjalnie przygotowane, czy też nie¹⁸.

¹⁴ T. Grzegorzczak, Komentarz do art. 185(d) Kodeksu postępowania karnego, Kodeks postępowania karnego. Tom I. Artykuły 1–467. Komentarz, LEX/el. 2014; L. K. Paprzycki (red.), J. Grajewski, S. Steinborn, Komentarz aktualizowany do art. 185(d) Kodeksu postępowania karnego, Komentarz aktualizowany do art. 1–424 Kodeksu postępowania karnego, LEX/el. 2015; D. Gruszecka, uwagi do art. 185d k.p.k., (w:) J. Skorupka, Kodeks postępowania karnego. Komentarz. Warszawa 2015, Legalis; K. T. Boratyńska, uwagi do art. 185 k.p.k., (w:) K. T. Boratyńska, A. Górski, A. Sakowicz, Kodeks postępowania karnego. Komentarz, wyd. 6, Warszawa 2015, Legalis.

¹⁵ *Ibidem*.

¹⁶ G. Kopczyński, Przesłuchanie świadka na odległość w polskim procesie karnym, PPIA 2005, nr 72, s. 221–236.

¹⁷ Notatka ze wspólnego posiedzenia Komisji Ustawodawczej (nr posiedzenia 162) oraz Komisji Praw Człowieka, Praworządności i Petycji (nr posiedzenia 98), w dniu 23 maja 2013 r., <http://www.senat.gov.pl/download/gfx/senat/pl/senatkomisjeposiedzenia/4230/not/162.pdf>.

¹⁸ Wypowiedź posła Jerzego Kozdronia, Komisja Nadzwyczajna do spraw zmian w kodyfikacjach nr 38, w dniu 12 czerwca 2013 r., biuletyn nr 1910/VII, <http://www.sejm.gov.pl/Sejm7.nsf/biuletyn.xsp?documentId=78483AE069422BA1C1257B8D003FEF18>.

Uchwałą z dnia 6 czerwca 2013 r. Senat Rzeczypospolitej Polskiej¹⁹ wprowadził do tekstu art. 185d k.p.k. poprawkę, dzięki której przyjęto obecnie obowiązujące brzmienie przepisu wykluczające wątpliwości co do przygotowania pomieszczeń służących przeprowadzaniu przesłuchań w trybie art. 185a–185c k.p.k. Poprawiona regulacja jednoznacznie wskazuje na to, że nawet pomieszczenia znajdujące się poza siedzibą sądu muszą być do tego specjalnie przystosowane. Z uzasadnienia uchwały wynika, że Senat dostrzegł konieczność stworzenia przyjaznych warunków przesłuchania podmiotów podlegającym tej czynności dowodowej w myśl art. 185a–185c k.p.k., w szczególności małoletnich. Ponadto zwrócił uwagę na potrzebę zapewnienia możliwości organizowania tego typu przesłuchania głównie poza siedzibą sądu, w celu wytworzenia atmosfery zaufania i otwartości, w bardziej odformalizowanym środowisku²⁰. Poprawka ta została w całości zaaprobowana i przyjęta w dniu 12 czerwca 2013 r. przez Komisję Nadzwyczajną do spraw zmian w kodyfikacjach²¹.

Obowiązująca treść art. 185d k.p.k. poprzez zastosowanie alternatywy zwykłej w postaci spójnika „lub” pozwala na przyjęcie, że ustawodawca ostatecznie zrównał miejsce przeprowadzenia przesłuchania w trybie art. 185a – 185c k.p.k. w siedzibie sądu z pomieszczeniem służącym do tego celu poza siedzibą sądu. Obie kategorie miejsc powinny spełniać wymogi ściśle określone w rozporządzeniu Ministra Sprawiedliwości z dnia 18 grudnia 2013 r.²².

Pomieszczenia służące do przeprowadzania przesłuchania, o którym mowa w art. 185d k.p.k., powinny składać się z pokoju technicznego²³, poczekalni oraz pokoju przesłuchań.

Pokój techniczny powinien być pomieszczeniem, które przylega do pokoju przesłuchań i jest oddzielone od niego lustrem obserwacyjnym albo też pomieszczeniem połączonym z pokojem przesłuchań za pomocą środków

¹⁹ <http://www.sejm.gov.pl/Sejm7.nsf/druk.xsp?nr=1419>.

²⁰ *Ibidem*.

²¹ <http://www.sejm.gov.pl/Sejm7.nsf/biuletyn.xsp?documentId=78483AE069422BA1C1257B8D003FEF18>.

²² T. Grzegorzczak, Komentarz do art. 185(d) Kodeksu postępowania karnego, Kodeks postępowania karnego. Tom I. Artykuły 1–467. Komentarz, LEX/el. 2015.

²³ M. Hom a, Bliżej przesłuchiwanym dzieci, Na wokandzie 2014, nr 22, <http://nawokandzie.ms.gov.pl/numer-22/dobra-praktyki/blizej-przesluchiwanym-dzieci.html>; L. Ma z o w i e c k a (red.), A. B u d z y Ń s k a, O. T r o c h a, Prawo do bycia wysłuchanym – usłyszeć pokrzywdzonego; Planowanie czynności procesowych z udziałem dziecka; Przeprowadzenie przyjaznego, zgodnego ze standardami przesłuchania dziecka (w:) Dziecko uczestniczące w postępowaniu karnym, LEX/el. 2015; E. B i e Ń k o w s k a, Pokrzywdzony w świetle najnowszych nowelizacji przepisów prawa karnego, Prok. i Pr. 2014, nr 3, s. 28; Przesłuchania małoletnich, tryb ścigania przestępstw przeciwko wolności seksualnej, <http://czasopisma.beck.pl/nc/aktualnosc/przesluchania-maloletnich-tryb-scigania-przestepstw-przeciwko-wolnosci-seksualnej/>; J. K a b z i ń s k a, Przesłuchanie małoletniego pokrzywdzonego (art. 185a k.p.k.) i świadka (art. 185b k.p.k.) w świetle nowelizacji KPK, Kwartalnik Krajowej Szkoły Sądownictwa i Prokuratury, s. 35–47.

technicznych umożliwiających przeprowadzenie przesłuchania na odległość z jednoczesnym bezpośrednim przekazem obrazu i dźwięku. W tym drugim wypadku pokój techniczny może znajdować się w innym budynku niż pokój przesłuchań. Pokój techniczny ma na celu umożliwienie brania udziału w przesłuchaniu osobom, o których mowa w § 3 rozporządzenia Ministra Sprawiedliwości z dnia 18 grudnia 2013 r., tj. prokuratorowi, obrońcy i pełnomocnikowi pokrzywdzonego. Przepis § 3 cyt. rozporządzenia wymienia wprawdzie jeszcze sędziego, ale ten powinien znajdować się w pokoju przesłuchań jako podmiot przeprowadzający czynność dowodową. W pokoju technicznym zapewnia się też stanowisko pracy dla protokolanta.

Pokój przesłuchań jest przeznaczony do dokonania przesłuchania przez sędziego w obecności i z udziałem biegłego psychologa oraz tłumacza, jeżeli został powołany. W tym pomieszczeniu może być obecna w czasie przesłuchania osoba, o której mowa w art. 51 § 2 (przedstawiciel ustawowy albo opiekun faktyczny), albo osoba pełnoletnia wskazana przez pokrzywdzonego, o której mowa w art. 185a § 2 k.p.k. (np. nauczyciel²⁴, przyjaciel). Na powyższe musi być jednak wyrażona zgoda sędziego. Ponadto posłużenie się spójnikiem „albo” dość niefortunnie wyklucza jednoczesne przebywanie w pokoju przesłuchań obu rodzajów podmiotów. Z jednej strony ograniczenie liczby osób biorących udział w przesłuchaniu z pewnością ułatwia jego organizację. Z drugiej zaś strony obecność więcej niż jednej osoby, która wzbudza zaufanie i wykazuje postawę zrozumienia oraz ofiarowania pomocy dla przesłuchiwanego mogłaby w wielu wypadkach ułatwić wykonywanie obowiązków zawodowych przez przedstawicieli organów ścigania oraz wymiaru sprawiedliwości. Dopuszczalna lokalizacja pokoju przesłuchań to siedziba: sądu, prokuratury, policji, instytucji państwowej lub samorządowej albo podmiotu, do którego zadań należy pomoc małoletnim lub ofiarom przestępstwa zgwałcenia. Co do zasady przesłuchanie powinno się odbywać na obszarze właściwości sądu uprawnionego do rozpoznawania sprawy. Jeżeli jednak nie byłoby takiej możliwości wskutek braku albo niedostępności pokoju, który spełniałby warunki określone w rozporządzeniu, dopuszczalne jest przeprowadzenie przesłuchania w pokoju przesłuchań spełniającym te warunki, udostępnionym przez inny podmiot.

W rozporządzeniu podnosi się, że pokój przesłuchań powinien być izolowany od odgłosów dobiegających z zewnątrz w stopniu wystarczającym, by zapewnić należytą jakość zapisu dźwięku. Warto też zaznaczyć, że izolacja dźwiękowa powinna być uzasadniona potrzebą zagwarantowania odpowiednich warunków do składania zeznań przesłuchiwanemu. Nawet niewielki szum rozmów z korytarza lub pomieszczeń przylegających może w istotny

²⁴ A. Krawiec, Przesłuchanie małoletniego świadka po nowelizacji..., s. 124.

sposób zakłócić tok przesłuchania, sztyk składanych zeznań w formie wypowiedzianych zdań oraz zaburzenie ciągłości wypowiedzi.

Nie narzucono w sposób bardzo szczegółowy jednolitych standardów wyposażenia pokoju przesłuchań²⁵. Pokój przesłuchań powinien być utrzymany w barwach jasnych i stonowanych. W wielu wypadkach jest to kolor niebieski, stąd też nazwa „niebieski pokój przesłuchań”²⁶. W myśl § 8, pokój przesłuchań powinien być wyposażony w meble dostosowane dla osób dorosłych oraz meble dostosowane dla dzieci, a podłoga wyłożona miękką wykładziną. Wobec tego, że osobami przesłuchiwanymi w warunkach określonych w art. 185d k.p.k. oraz rozporządzeniu Ministra Sprawiedliwości z dnia 18 grudnia 2013 r. mogą też być osoby dorosłe, należałoby mieć na uwadze to, że nie każdy pokój przesłuchań musi być zaopatrzony w meble dziecięce. Osoba pokrzywdzona, o której mowa w art. 185c k.p.k., z pewnością nie będzie się dobrze czuła w pomieszczeniu nieadekwatnym do jej wieku i stopnia rozwoju psychospołecznego, innego przecież niż u dzieci²⁷.

W rozporządzeniu dużo uwagi poświęcono warunkom technicznym, jakie powinien spełniać pokój przesłuchań. Po pierwsze nakazuje się, by w każdym pokoju przesłuchań były obecne środki techniczne, które umożliwią utrwalanie obrazu i dźwięku z przebiegu przesłuchania (tj. kamera i mikrofony). Konieczne jest także umożliwienie obserwowania i słuchania przebiegu przesłuchania przez uczestników czynności przebywających w pokoju technicznym. Najczęściej następuje to za pośrednictwem głośników, tzw. lustra fenickiego albo też ekranu monitora podłączonego do urządzenia rejestrującego obraz i dźwięk²⁸. Niezbędne jest również przekazywanie sędziemu prowadzącemu przesłuchanie oraz biegłemu psychologowi pytań do świadka oraz wypowiedzi kierowanych przez uczestników czynności przebywających w pokoju technicznym. W tym celu powinien być dostępny system słuchawkowy dający możliwość ścisłej współpracy podmiotów uczestniczących w przeprowadzeniu przesłuchania²⁹.

²⁵ L. Paprzycki, J. Grajewski, S. Steinborn, Komentarz aktualizowany do art. 185(d) Kodeksu postępowania karnego, teza 1., LEX/el. 2015.

²⁶ Niebieski pokój – procedura i standardy, Procedura współpracy w zakresie korzystania z niebieskiego pokoju w zespole placówek specjalistycznych im. K. Lisieckiego „dziadka” w Gdyni, http://zps.net.pl/?page_id=354.

²⁷ E. Kolińska, Przesłuchiwanie zgwałconej kobiety – wtórna wiktymizacja środowiskowa, w: postępowaniu organów ścigania i wymiaru sprawiedliwości, Jurysta 2003, nr 9–10, s. 25; D. Gruszecka, uwagi do art. 185d k.p.k., (w:) J. Skorpka, Kodeks postępowania karnego. Komentarz. Warszawa 2015, Legalis.

²⁸ A. Rudnicka, Przygotowanie się do odebrania dowodu z zeznań świadka, Kwartalnik Prawno-Kryminalistyczny Szkoły Policji w Pile, s. 15, file:///C:/Users/Jerzy/AppData/Local/Microsoft/Windows/INetCache/IE/NG1717UE/kwartalnik_20.pdf.

²⁹ *Ibidem*, s. 16; K. Maliczowska, Psychologiczno-karne aspekty przesłuchania dziecka, s. 711, <http://www.wspia.eu/file/20300/65-MALICZOWSKA+KATARZYNA.pdf>.

Całość przesłuchania podlega utrwaleniu w formie zapisu dźwięku, pytań i wypowiedzi. W § 9 ust. 2 rozporządzenia zaznacza się, że w miarę potrzeby dźwięk z przebiegu przesłuchania może być utrwalany na dodatkowym nośniku. W tym miejscu warto podkreślić, iż utworzenie kopii zapasowej powinno następować za każdym razem. Zachowanie takiej ostrożności pozwoli uniknąć np. powtórnego przesłuchania w razie utraty bądź też zniszczenia częściowego zapisu zachowanego w wersji podstawowej. Po zakończeniu przesłuchania należy zapewnić, aby pracownicy tego podmiotu lub inne nieupoważnione osoby nie miały dostępu do utrwalonego obrazu i dźwięku. Niestety rozporządzenie reguluje tę kwestię jedynie w odniesieniu do sytuacji, gdy przesłuchanie odbywa się w siedzibie podmiotu innego niż organ procesowy, o których mowa w art. 9 ust. 1 i 2. Trzeba przecież zaznaczyć, że dla zachowania wszelkich standardów bezpieczeństwa procesowego, konieczność zapewnienia dostępu do zapisu przesłuchania tylko osobom do tego uprawnionym występuje w ramach wszystkich przesłuchań przeprowadzanych na podstawie art. 185a–185c k.p.k.

Środki techniczne instalowane są w taki sposób, który ma za zadanie umożliwić uczestnikom znajdującym się w pokoju technicznym ogląd pokoju przesłuchań oraz mimiki twarzy świadka, również gdy świadek opuszcza głowę. Kwestia ta jest niezwykle istotna i stanowiła podstawę do dyskusji w toku prac legislacyjnych³⁰. W doktrynie od dawna postulowano potrzebę dokładnego utrwalenia całości zachowań przesłuchiwanego³¹. Może to bowiem pomóc w ocenie prawdomówności osoby poddanej czynności dowodowej w postaci przesłuchania oraz poznać stopień wiktylizacji, a więc wpływu czynu na jej dalsze życie.

W wypadku braku odpowiedniego miejsca i warunków w pokoju przesłuchań, urządzenia służące do utrwalania obrazu i dźwięku z przebiegu przesłuchania umieszcza się w pokoju technicznym.

Rozporządzenie wprowadza względny nakaz posiadania przez pokój przesłuchań znajdujący się w budynku sądu, prokuratury lub policji odrębnego wejścia. Ewentualnie przyjmuje się też możliwość takiej lokalizacji pokoju przesłuchań, aby dojście do niego nie prowadziło przez części budynku, gdzie przebywają oskarżeni, zatrzymani lub pokrzywdzeni innymi czynami. W bezpośrednim sąsiedztwie pokoju przesłuchań powinien znajdować się ustęp, a możliwie najbliżej pokoju przesłuchań należy wyodrębnić poczekalnię. Takie usytuowanie pomieszczeń względem siebie należy uznać za w pełni uzasadnione i prawidłowe, szkoda tylko, że warunki o których mowa

³⁰ Uzasadnienie projektu rozporządzenia Ministra Sprawiedliwości w sprawie sposobu przygotowania przesłuchania przeprowadzanego w trybie określonym w art. 185a–185c Kodeksu postępowania karnego, [http://legislacja.rcl.gov.pl/docs//517/174200/174231/dokument 99979.pdf](http://legislacja.rcl.gov.pl/docs//517/174200/174231/dokument%2099979.pdf).

³¹ A. Krawiec, *Małoletni...*, s. 171–172.

w § 7 ust. 1 rozporządzenia powinny być realizowane tylko, jeżeli warunki lokalowe to umożliwiają.

Ostatnim uregulowanym w rozporządzeniu pomieszczeniem, istotnym dla warunków przesłuchania w trybie art. 185a–185c k.p.k., jest poczekalnia. Powinno być to wnętrze dające możliwość oczekiwania świadka na przesłuchanie w miejscu, do którego nie mają wstępu osoby nieuprawnione do udziału w przesłuchaniu. Chodzi tu o realne zagwarantowanie przygotowania się do przesłuchania, wyciszenie, zebranie myśli, a przede wszystkim uniknięcie narażenia na kontakt z osobami mogącymi mieć negatywny wpływ na treść składanych przez świadka zeznań, jak np. oskarżony, jego rodzina, znajomi. Przyjmuje się, że czas oczekiwania na przesłuchanie może być spędzony aktywnie. Stąd też zaleca się wyposażenie poczekalni w książki, czasopisma, kredki, papier i inne przedmioty odpowiednie dla wieku świadka, również będącego małoletnim poniżej lat 15. Nie powinno się natomiast umieszczać materiałów edukacyjnych i informacyjnych na temat przemocy i wykorzystywania seksualnego³². Tego typu przedmioty mogłyby bowiem stać się nośnikiem informacji wywołującym wtórną wiktymizację albo też stanowiącym podstawę do podświadomego uzupełniania fałszywymi sytuacjami rzeczywistego przebiegu zdarzenia przestępczego, w związku z którym przeprowadzane jest przesłuchanie.

3. Sposób przeprowadzania przesłuchania

W rozporządzeniu szczególną wagę przywiązano do sposobu przesłuchania świadka, który w chwili przesłuchania nie ukończył 15 lat. Wówczas wyznaczona pora i czas przesłuchania powinny uwzględniać potrzeby wynikające z jego wieku, potrzebę nawiązania z nim kontaktu przez biegłego psychologa przed przystąpieniem do przesłuchania oraz potrzebę ewentualnych przerw w prowadzonej czynności.

Szczególnie wnikliwie uregulowano czynności zmierzające do przygotowania przesłuchania.

Otóż przed rozpoczęciem przesłuchania małoletniego, który w chwili przesłuchania nie ukończył 15 lat lub osoby cierpiącej na upośledzenie umysłowe, oraz w innych sytuacjach uzasadnionych stanem emocjonalnym lub właściwościami osobistymi świadka, sędziego, prokuratora, obrońcy i pełnomocnika pokrzywdzonego mają możliwość uzgodnienia z biegłym psychologiem sposobu formułowania zadawanych świadkowi pytań, zwłaszcza odnoszących się do sfery intymnej. Także jeszcze przed zainicjowaniem czynności dowodowej w postaci przesłuchania biegły psycholog jest zobowiązany

³² A. Rudnicka, Przygotowanie się do odebrania..., s. 17.

do przeprowadzenia ze świadkiem wstępnej rozmowy w celu obniżenia poziomu lęku i niepokoju świadka.

W wypadku świadka małoletniego, który w chwili przesłuchania nie ukończył 15 lat lub osoby cierpiącej na upośledzenie umysłowe, biegły psycholog w miarę potrzeby udziela sędziemu pomocy w wyjaśnieniu w sposób zrozumiały dla świadka zasad przesłuchania, w tym prawa odmowy składania zeznań, jeżeli prawo to świadkowi przysługuje, obowiązku mówienia prawdy oraz faktu utrwalania czynności w formie zapisu na nośnikach. Ponadto sędzia poucza o sposobie prowadzenia przesłuchania, określonym w rozporządzeniu, osobę, o której mowa w art. 51 § 2 k.p.k., oraz wskazaną przez pokrzywdzonego osobę pełnoletnią, określoną w art. 185a § 2 k.p.k.

4. Podsumowanie

Przestrzeganie każdej z powyższych zasad przesłuchiwania w trybie przewidzianym w rozporządzeniu stanowi obowiązek organów uczestniczących w organizowaniu oraz przeprowadzaniu przesłuchania. Należy przy tym mieć na uwadze to, że korzystanie z tych specjalnych procedur nie powinno dotyczyć wyłącznie pierwszego przesłuchania przeprowadzonego w trybie art. 185a–185c k.p.k., ale także wtedy gdy zaistnieje konieczność ponownego przesłuchania³³ osoby, podlegającej któremukolwiek z tych trzech przepisów karnoprosesowych.

Istotnym problemem procesowym mogą stać się konsekwencje nieprzestrzegania wymogów określonych w art. 185d k.p.k. oraz rozporządzeniu Ministra Sprawiedliwości z dnia 18 grudnia 2013 r. Wówczas może się pojawić wątpliwość co do tego, czy przesłuchanie posiadało walor ważności, czy konieczne jest jego powtórzenie. Rozstrzygnięcie tego zagadnienia powinno być uzależnione od stopnia naruszenia standardów przesłuchania, np. na ile nie zostały zapewnione gwarancje prawne przesłuchiwanego, a na ile naruszono prawa oskarżonego (np. poprzez nieobecność jego obrońcy). Na pewno nie należy dopuszczać do sytuacji, w której tylko błahе uchybienie (np. brak miękkiej wykładziny w pokoju przesłuchań) miałoby stanowić podstawę do uruchomienia całej procedury przesłuchania ponownie. Takie założenie chroni świadka przed wtórną wiktymizacją, oszczędza czas i środki finansowe organów procesowych. Ponowne przesłuchanie powinno być zatem przeprowadzane tylko wtedy, gdy nie udało się zgromadzić niezbędnego materiału dowodowego w sprawie, a nie istnieją inne możliwości służące temu celowi, oraz w sytuacji poważnego naruszenia gwarancji stron procesowych.

³³ Wyrok Sądu Najwyższego z dnia 16 kwietnia 2015 r., sygn. V KK 4/15, LEX nr 1681525.

Warto też rozważyć, czy standardy przesłuchania obowiązujące od dnia 27 lipca 2015 r. powinny obejmować tylko przesłuchania w podstawowym wymiarze, czy także przesłuchania przeprowadzane np. w ramach konfrontacji czy okazania. W literaturze³⁴ od dawna postulowano, by warunki przeprowadzania przesłuchania określone w art. 185a k.p.k. były zapewniane również małoletnim świadkom przy okazji dokonywania czynności określonych w art. 172–173 k.p.k. Wobec faktu, że ustawodawca nie zawęził stosowania art. 185d k.p.k. wyłącznie do przesłuchania w jego klasycznym wariancie, należy uznać, że każde przesłuchanie z udziałem osób, o których mowa w art. 185a–185c k.p.k. w sytuacjach tam opisanych, powinno być przeprowadzane w warunkach przewidzianych w rozporządzeniu.

Korzystanie z ochrony świadków uwarunkowanej w art. 185d k.p.k. oraz rozporządzeniu powinno mieć jak najszerszy zasięg procesowy. Niestety w obecnych warunkach może być to wciąż zadanie utrudnione. Zgodnie z danymi przedstawianymi w toku prac legislacyjnych dotyczących art. 185d k.p.k. oraz rozporządzenia Ministra Sprawiedliwości z dnia 18 grudnia 2013 r., w Polsce istnieje ponad 300 lokalizacji przyjaznych pokoi przesłuchań, z czego w sądach znajduje się 71 pokoi, które spełniają podstawowe zasady przesłuchiwanie w sposób niestwarzający dodatkowej traumy³⁵. Liczby te nie zaspokajają z pewnością jeszcze potrzeb całego systemu ochrony przed wtórną wiktymizacją świadków małoletnich czy też osób pokrzywdzonych przestępstwami o charakterze seksualnym. Pomimo istnienia obowiązku od 27 lipca 2015 r. przeprowadzania każdego przesłuchania w trybie art. 185a–185c k.p.k. na zasadach określonych w art. 185d k.p.k. oraz w rozporządzeniu z dnia 18 grudnia 2013 r., trudno spodziewać się znaczącego wzrostu liczby przyjaznych pokoi przesłuchań. Koszty przygotowania jednego takiego pokoju szacuje się bowiem na ok. 35 tys. złotych³⁶.

Oprócz warunków lokalizacyjnych należy mieć na uwadze także właściwy dobór ludzi biorących udział w organizacji oraz przeprowadzeniu przesłuchania, zwłaszcza tych, którzy mają bezpośredni kontakt ze świadkiem. Szczególne znaczenie mają tutaj zdolności organizacyjne, interpersonalne oraz wyszkolenie w zakresie przeprowadzania czynności procesowych z osobami narażonymi na wtórną wiktymizację³⁷. Tylko bowiem wszechstronne przygotowanie stanowi solidną podstawę do zachowania standar-

³⁴ R. A. Stefański, Szczególne tryby przesłuchania w postępowaniu karnym świadka małoletniego, który nie ukończył 15 lat, teza 7., LEX/el. 50447/7.

³⁵ Wypowiedź Dyrektora Departamentu Prawa Karnego Ministerstwa Wymiaru Sprawiedliwości Tomasza Darkowskiego, biuletyn nr 1733/VII, Komisja Nadzwyczajna do spraw zmian w kodyfikacjach nr 32, w dniu 17 kwietnia 2013 r., <http://orka.sejm.gov.pl/Zapisy7.nsf/wgsknr/NKK-32>

³⁶ *Ibidem*.

³⁷ T. Cabała, Wzmocnić pokrzywdzonych, Na wokandzie 2015, nr 4, s. 5.

dów określonych w art. 185d k.p.k. oraz rozporządzeniu MS z dnia 18 grudnia 2013 r.

Conditions for examination conducted under Articles 185a to 185c of the Code of Criminal Procedure

Abstract

This contribution discusses some aspects of the Act of 13 June 2013 on Amendments to the Penal Code and Code of Criminal Procedure, as well as the Regulation of the Minister of Justice of 18 December 2013 on Preparing Examination Conducted under Articles 185a to 185c of the Code of Criminal Procedure. The Act and Regulation are presented, with their consequences for Polish legislation analysed and possible application challenges described.

Piotr Karasek

Odzyskiwanie usuniętych dowodów cyfrowych w postępowaniu karnym

Streszczenie

Wychodząc z założenia, że wiedza o podstawach technologii zapisu i usuwania danych cyfrowych może pozwolić na lepszą realizację celów postępowania karnego w sprawach, w których występuje cyfrowy materiał dowodowy, Autor opisuje techniczne i taktyczne aspekty poszukiwania przez organy ścigania usuniętych dowodów cyfrowych. Zwraca uwagę, że kwestie „skutecznego usuwania” i „skutecznego odzyskiwania” danych cyfrowych są tylko pozornie sobie przeciwstawne, gdyż obie są konieczne z punktu widzenia szeroko pojmowanego bezpieczeństwa. Autor wyjaśnia podstawy zapisu danych, stosowane w magnetycznych dyskach twardych oraz w dyskach SSD oraz prezentuje możliwości usuwania danych wrażliwych i odzyskiwania cyfrowych dowodów przestępstw w odniesieniu do obu technologii.

Wstęp

Ze względu na postępujące upowszechnienie technologii komputerowych, kwestie związane z cyfrowym materiałem dowodowym stanowią temat niezwykle aktualny, także w kontekście postępowania karnego. Biorąc pod uwagę możliwości i ograniczenia techniczne związane z formą takiego materiału, należy zadać istotne z punktu widzenia postępowania karnego pytanie: czy możliwe jest zniszczenie dowodów cyfrowych przez sprawcę przestępstwa? Konsekwencją ewentualnej twierdzącej odpowiedzi na tak zadane pytanie, jest konieczność ustalenia, jakimi sposobami może on tego dokonać i w jakim stopniu możliwe jest odzyskanie danych po tym, jak zostały usunięte? Udzielenie rzetelnej odpowiedzi na te pytania wymagać będzie prezentacji podstawowych pojęć i zagadnień z zakresu tzw. bezpiecznego usuwania danych, z uwzględnieniem różnego rodzaju ich nośników. Technologiczne szczegóły tych zagadnień są skomplikowane, jednakże warto podjąć próbę ich wyjaśnienia, choćby w uproszczonej formie. Funkcjonariusze i pracownicy organów ścigania powinni bowiem zdawać sobie sprawę ze swoich możliwości i ograniczeń w zakresie odzyskiwania danych cyfrowych. Po pierwsze ułatwia to odpowiednią redakcję pytań do biegłego analizujące-

go materiał, po drugie umożliwia zrozumienie wydanej opinii i dostosowanie kolejnych czynności postępowania do jej treści.

W dalszej części niniejszego artykułu opisane zostaną praktyczne granice możliwości organów ścigania w zakresie odzyskiwania usuniętych danych cyfrowych w kontekście dostępnych technik ich usuwania – wskazane zostaną podstawowe problemy i wskazówki umożliwiające bardziej skuteczną pracę organów ścigania. Osłą rozważań będą także różnice, jakie w tym zakresie wiążą się z zastosowaną technologią zapisu danych cyfrowych. W celu umożliwienia zrozumienia istoty opisywanych problemów, przedstawiono także technologiczne podstawy funkcjonowania najbardziej popularnych rodzajów nośników danych cyfrowych.

W pierwszej kolejności warto krótko scharakteryzować pojęcie „dowodu cyfrowego”. W rozumieniu obowiązujących przepisów postępowania karnego nie stanowi on odrębnego rodzaju dowodów i należy do kategorii dowodów rzeczowych. Zarazem jednak posiada on zestaw charakterystycznych cech wyróżniających go na ich tle (jedną z takich cech jest na przykład łatwość, z jaką materiał cyfrowy poddaje się zewnętrznej modyfikacji)¹. Wzrost dowodu mają w tym wypadku tzw. dane komputerowe, rozumiane szeroko – mogą to być zarówno pliki świadomie utworzone przez użytkownika (pliki tekstowe, nagrania, zdjęcia itp.), jak i generowane automatycznie (rejstry i logi systemowe, historia wyszukiwań internetowych) czy będące programami komputerowymi. Warto w związku z tym zauważyć, że dowody cyfrowe mogą występować praktycznie w każdego rodzaju przestępstwach, nie tylko tych *stricto* komputerowych, lecz w każdym przypadku wykorzystania sprzętu elektronicznego przez osoby w jakikolwiek sposób zaangażowane w realizację czynu zabronionego² (takim materiałem może być np. historia wyszukiwań internetowych czy notatki sprawcy pozostawione w formie dokumentu tekstowego). Biorąc pod uwagę wszystkie te elementy, można sformułować następującą, odpowiednią dla celów postępowań karnych, ogólną definicję dowodów cyfrowych: dowód cyfrowy stanowią wszelkie informacje mające wartość dla toczącego się postępowania, a przechowywane pod postacią danych cyfrowych (a więc ciągów zer i jedynek stanowiących binarny zapis dowolnego rodzaju danych)³. Jak każdy inny materiał

¹ Zob. m.in.: P. Krejza, Najlepsze praktyki w poszukiwaniu i zabezpieczaniu dowodów elektronicznych, (w:) M. Szmit (red.), Elementy informatyki sądowej, Polskie Towarzystwo Informatyczne 2011, s. 41.

² Z karno-materiałnego punktu widzenia dotyczy to wszelkich form stadialnych i zjawiskowych popełnienia przestępstwa.

³ Por. M. B. Mukasey, J. L. Sedgwick, D. W. Hagy, Electronic Crime Scene Investigation: a guide for first responders, U. S. Department of Justice Office of Justice Programs 2008, s. IX, zob. też.: P. Karasek, Gdy dowodem są dane – czyli prawdy i mity związane z pozyskiwaniem dowodów cyfrowych, Edukacja Prawnicza 2015, nr 2, s. 22–26.

dowodowy, także dowód cyfrowy musi zostać odpowiednio zabezpieczony, a następnie przeanalizowany i zaprezentowany.

Sprawcy przestępstw często starają się zatrzeć pozostawione przez siebie ślady. Dotyczy to także dowodów cyfrowych. Powszechnieje zarazem wiedza o tym, że dane „skasowane” z komputera można odzyskać – „usuwanie danych” często jest sformułowaniem mylącym. Należy więc zastanowić się, co rzeczywiście dzieje się z danymi, gdy decydujemy się na ich skasowanie za pośrednictwem systemu operacyjnego⁴. Dane cyfrowe przechowywane są w formie plików, ściśle zorganizowanych w tzw. systemie plików. Przykładowo bardzo popularny w środowiskach systemu Windows, system plików NTFS składa się z dwóch poziomów: zapisanych danych (czyli „fizycznie” zapisanych na nośniku plików) oraz z ich opisu (swoistej „mapy” tego, jakie pliki znajdują się na nośniku). Struktura opisująca przechowywane dane⁵ zawiera dokładne informacje o plikach, ich rozmiarach oraz dokładnej lokalizacji w obszarze danych (czyli o swoistym „adresie” konkretnego fragmentu danych w ramach ich nośnika, dzięki któremu mogą być odnalezione i odtworzone). Standardowe „usunięcie” plików polega na wprowadzeniu do opisu danych odpowiedniej modyfikacji, oznaczającej zajmowaną przez nie dotychczas przestrzeń jako „wolną” do wykorzystania. Tymczasem same dane nie ulegają zmianie, a są jedynie „niewidzialne” dla systemu operacyjnego. Należy podkreślić, że „formatowanie dysku” również nie daje oczekiwanego zwykle przez użytkowników efektu usunięcia danych. Długość czasu, jaki zajmuje komputerowi przeprowadzenie tej operacji, wynika jedynie z tego, że w jej trakcie poszukiwane są i naprawiane błędy na dysku (np. w postaci uszkodzonych sektorów, *bad sectors*). Samo zaś formatowanie dysku w istocie jest tym samym, czym skasowanie pojedynczego pliku, z tym że przeprowadzonym na szerszą skalę: usunięte zostają wszystkie dane o alokacji plików⁶. Przywrócenie skasowanych w ten sposób plików jest kwestią ich ponownego odnalezienia w przestrzeni dyskowej i odtworzenia ich połączenia z systemem⁷ – w konkretnych przypadkach może okazać się to zadaniem trudnym, jednak

⁴ J. R. Mallery, Secure deletion – fact or fiction, SANS Institute 2006, <http://www.sans.org/reading-room/whitepapers/incident/secure-file-deletion-fact-fiction-631?show=secure-file-deletion-fact-fiction-631&cat=incident>, dostęp w dniu 31 sierpnia 2015 r., s. 3.

⁵ W wypadku NTFS jest to MFT (*Master File Table*). Tabela ta ma postać pliku zawierającego pełne informacje o rozmiarze, ścieżce dostępu, datach edycji i utworzenia każdego pliku. Zob. Microsoft TechNet, How NTFS works, [http://technet.microsoft.com/en-us/library/cc781134\(Ws.10\).aspx](http://technet.microsoft.com/en-us/library/cc781134(Ws.10).aspx), dostęp w dniu 31 sierpnia 2015 r.

⁶ Sytuację taką można porównać do zniszczenia katalogu bibliotecznego – wszystkie dane są wówczas nadal na swoim miejscu, jednak trudno je zlokalizować. Zob. N. Kuncik, A. Harbison, Counter forensics techniques – a brief overview, Grant Thornton 2010, http://www.grantthornton.ie/db/Attachments/Publications/Forensic_And_inve/Grant%20Thornton%20-%20Counter%20forensics%20techniques.pdf, dostęp w dniu 31 sierpnia 2015 r.

⁷ P. O d o r, Kasowanie danych jako element polityki bezpieczeństwa, (w:) J. K o s i Ń s k i (red.), VIII Seminarium Naukowe – Przestępczość Teleinformatyczna, Szczepno 2005, s. 136.

w swoich założeniach jest to stosunkowo nieskomplikowana operacja. O ile nie zastosowano bardziej specjalistycznych technik usuwania danych, można tym sposobem odzyskać wiele pozornie usuniętych danych komputerowych. Należy przy tym podkreślić, iż możliwości w zakresie odzyskiwania danych różnią się w zależności od tego, czy usunięto pojedyncze pliki czy też wszystkie dane z nośnika. Możliwości odzyskiwania fragmentów danych (lub przynajmniej wnioskowania o ich treści na podstawie innych, znanych elementów) są szersze. Nie są one jednak przedmiotem niniejszego opracowania.

„Dwie strony medalu”

Z kryminalistycznego punktu widzenia, sytuacja w której skasowane dane cyfrowe stosunkowo łatwo jest odtworzyć mogłaby wydawać się korzystna, gdyż utrudnia sprawcom przestępstw komputerowych zniszczenie dowodów cyfrowych. Z drugiej jednak strony należy mieć na uwadze konieczność ochrony danych wrażliwych, przechowywanych i przetwarzanych przez osoby fizyczne, przedsiębiorstwa oraz agencje państwowe. Istnieje wiele sytuacji, w których konieczne jest trwałe ich usunięcie. Duże spółki mogą być do tego zobligowane przez prawo lub branżowe standardy, na przykład nakazujące usuwanie po pewnym czasie danych dotyczących kart płatniczych. Może również nastąpić konieczność usunięcia z dysku danych tajnych lub poufnych z nieakredytowanego nośnika, jeżeli zostały tam przypadkiem skopiowane⁸. Pośród najczęściej występujących sytuacji, w których zachodzi konieczność trwałego usunięcia danych wymienić można chęć modernizacji posiadanego sprzętu komputerowego. W każdym wypadku zmiany posiadacza dysku twardego (na przykład drodze sprzedaży używanego sprzętu) należy upewnić się, że nie zawiera on żadnych możliwych do odzyskania danych⁹. Szczególnie niebezpieczne może okazać się niedochowanie zasad ostrożności w zakresie bezpieczeństwa danych w razie utylizacji dysków twardych. Wskazuje się między innymi na silny związek pomiędzy eksportem odpadów elektronicznych i zużytego sprzętu komputerowego do państw afrykańskich a wysokim udziałem Nigerii czy Ghany w międzynarodowej przestępczości komputerowej¹⁰. Kwestia tzw. bezpiecznego

⁸ J. Kozioł, Przegląd rozwiązań z zakresu usuwania danych w centrach danych oraz bezpieczeństwo w środowisku *cloud computing*, (w:) J. Kosiński (red.), *Przestępczość Teleinformatyczna*, Szczytno 2012, s. 233–234.

⁹ P. Odoń, *op. cit.*, s. 134–135.

¹⁰ Na wysypiskach odpadów elektronicznych w Środkowej Afryce często można odnaleźć dyski twarde, pamięci USB – przestarzałe lub jedynie częściowo uszkodzone, jednak nadal zawierające dane swoich pierwotnych właścicieli. Są one wykorzystywane do wyludzeń, kradzieży tożsamości i innych przestępstw dokonywanych za pośrednictwem Internetu. Zob. J. War-

usuwania danych może być więc postrzegana w dwojaki sposób. Rozwiązania technologiczne nie ułatwiają niszczenia dowodów cyfrowych, co sprzyja ściganiu przestępstw komputerowych, natomiast narzędzia służące do trwałego usuwania wrażliwych danych mają poprawiać bezpieczeństwo i zapobiegać tego typu przestępczości. Sytuacja ta zdaje się stanowić równowagę pomiędzy dwoma kierunkami kryminalistyki, która definiowana jest przecież jako nauka zajmująca się zarówno opracowaniem metod „ujawniania i zabezpieczania faktów mających znaczenie wykrywcze i dowodowe”, jak i „zapobiegania ujemnym zjawiskom społecznym”¹¹.

Istnieją więc obecnie zarówno metody poszukiwania oraz odzyskiwania skasowanych danych, jak i programy gwarantujące bezpieczne ich usuwanie w sposób uniemożliwiający ich odzyskanie z wykorzystaniem istniejących obecnie technik¹². Usuwanie danych w „bezpieczny” sposób jest w ramach niniejszej pracy rozumiane jako dokonane celowo, w taki sposób, co do którego nie ma wątpliwości, że nie będzie możliwe ich odzyskanie żadnymi znanymi metodami. Jak zasygnalizowano, oceny skuteczności wspomnianych rozwiązań i określenia na tej podstawie możliwości organów ścigania w zakresie odzyskiwania dowodów cyfrowych należy dokonywać w uwzględnieniu technologii zapisu danych wykorzystanej w danym nośniku – za podstawowe można przyjąć rozróżnienie na magnetyczne (HDD) oraz elektroniczne dyski twarde (SSD). Konieczne jest także przedstawienie technologicznych podstaw zapisu, odczytu i ew. kasowania danych z takich nośników.

Magnetyczne dyski twarde

W języku polskim wyraźne rozróżnienie dysków magnetycznych i elektronicznych jest problematyczne, a obecna praktyka terminologiczna – nieprecyzyjna. Nazwa „dysk twardy” na stałe weszła do języka potocznego i informatycznego w odniesieniu do głównego nośnika trwałej pamięci komputera. Stanowi ona bezpośrednie tłumaczenie angielskiej nazwy tego urządzenia (*hard disk*, *Hard Disk Drive*, HDD), nadanej dyskom magnetycznym ze względu na ich główny element konstrukcyjny. Dysk twardy jest bowiem zbudowany z jednego lub kilku sztywnych (twardych) talerzy (dysków) pokrytych materiałem magnetycznym. Dane cyfrowe (składające się *de facto* z „0” i „1”) zapisywane są w formie zmian polaryzacji domen magnetycznych (je-

ner, Understanding cyber-crime in Ghan: a view from below, *International Journal of Cyber Criminology*, Jan–July 2011, vol. 5, s. 736–749.

¹¹ Oba cytaty za: E. Gruza, M. Goc, J. Moszczyński, *Kryminalistyka – czyli rzecz o metodach śledczych*, Warszawa 2008 s. 19.

¹² J. Kozioł, *op. cit.*, s. 240.

den kierunek magnetyczny oznacza binarne „1”, drugi zaś binarne „0”). W dysku twardym są również zamontowane głowice odczytująco-zapisujące, mechanizm ich pozycjonowania oraz napęd elektryczny¹³. Oprócz wymienionych elementów, istotny jest również układ umożliwiający „komunikację” pomiędzy systemem a dyskiem twardym (tzw. sterownik dyskowy¹⁴), zwykle umieszczany na płycie głównej komputera. Aby więc zapisać określone dane, system operacyjny przesyła, za pośrednictwem kontrolera, odpowiednie polecenie do dysku. Ten zaś zapisuje je w określonym przez system miejscu swojej powierzchni. Jeżeli głowica natrafi wówczas na dane oznaczone przez system jako „usunięte”, zostaną one automatycznie nadpisane¹⁵. Dysk twardy wykonuje więc tylko dwa rodzaje operacji: odczyt oraz zapis danych. Bardzo istotną cechą zapisu danych na dysku magnetycznym jest to, że miejsce przypisane im przez system operacyjny faktycznie odpowiada fizycznej ich lokalizacji na jego powierzchni¹⁶. Do momentu nadpisania przestrzeni dyskowej nowymi wartościami, odzyskanie skasowanych danych jest stosunkowo proste, jednakże po tym, gdy to nastąpi, odzyskanie wcześniejszych danych staje się niemożliwe w praktyce. Odczytanie usuniętych lecz nie nadpisanych danych jest możliwe, ale tylko wówczas, gdy w toku zabezpieczania materiału dowodowego została wykonana binarna kopia danych.

Podstawowym obszarem jaki należy przeanalizować w poszukiwaniu usuniętych dowodów cyfrowych jest więc właśnie przestrzeń dysku oznaczona w systemie plików jako „pusty”, nieprzypisany danym (*unallocated space*), potocznie nazywana „pustym miejscem na dysku”. Nienadpisane pliki znajdujące się w tej przestrzeni można odzyskać wykorzystując odpowiednie oprogramowanie¹⁷.

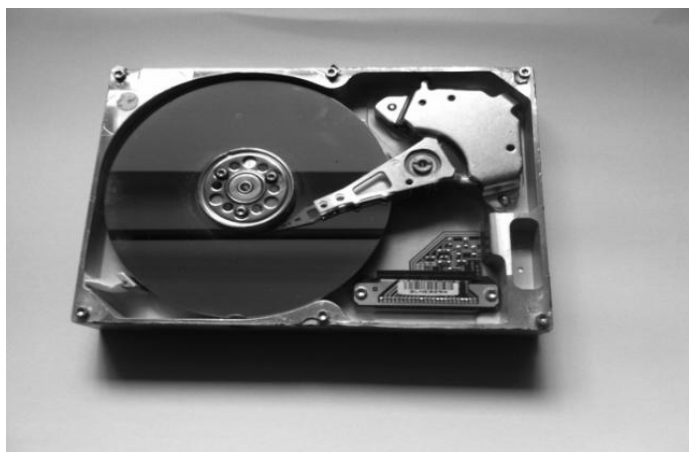
¹³ J. W o o d c o c k (red.), Microsoft: Encyclopedyia komputerowa, Warszawa 2002, s. 246, 321.

¹⁴ *Disc controller*, błędnie nazywany „kontrolerem dysku”. Jest to „specjalizowany układ scalony, który kieruje odczytem i zapisem wykonywanym przez napęd dysku. Sterownik zajmuje się pozycjonowaniem głowicy zapisująco-odczytującej i pośredniczy między napędem a procesorem komputera”, za: J. W o o d c o c k (red.), *op. cit.*, s. 164.

¹⁵ Nadpisywanie danych nie wymaga żadnych dodatkowych zabiegów polegających np. na wyzerowaniu domen magnetycznych. Nowe wartości są nadawane poprzednim bezpośrednio (podobnie jak przy nagrywaniu nowego materiału na poprzednio używaną kasetę VHS). Zob. G. B. Bell, R. Boddington, Solid State Drives: the beginning of the end for current practice in digital forensic recovery, *Journal of Digital Forensics, Security, and Law* 2010, vol. 5, s. 4.

¹⁶ W przeciwieństwie do technologii zastosowanej w SSD, która zostanie opisana w dalszej kolejności.

¹⁷ J. R. Mallery, *op. cit.*, s. 5.



Ryc. 1. Wewnętrzna budowa magnetycznego dysku twardego. Właściwym nośnikiem danych jest w nim płyta magnetyczna. Element ten odpowiada za nazwę „dysk twardy”.

Źródło: materiały własne.

Drugim obszarem poszukiwań są nieprzypisane danym końcówki klastrów (*slack space*). Aby zrozumieć to zjawisko, należy wiedzieć, że choć wartości binarne są kodowane w domenach magnetycznych dysku, te są zorganizowane w większe struktury rozpoznawane przez system operacyjny komputera. Powierzchnia dysku podzielona jest na strony (górną i dolną), ścieżki (pierścienie na stronie) oraz sektory (*sector*). Te ostatnie są najmniejszą fizyczną jednostką przechowywania danych, zwykle mogącą pomieścić 512 bajtów informacji¹⁸. Natomiast najmniejszą jednostką, jaką może dysponować system operacyjny jest klastrowanie (*cluster*), składający się z określonej podczas formatowania dysku liczby sektorów (zwykle od 2 do 8)¹⁹. System operacyjny nie może przypisywać plikom miejsca bezpośrednio w sektorach, i przydziela im od razu całe klastry. Przykładowo więc, jeżeli mały plik zajmie tylko dwa z ośmiu dostępnych w klastrze sektorów, to pozostałe sześć pozostanie niewykorzystane (choć wszystkie będą rozpoznawane jako „zajęte”). Duże pliki mogą natomiast zajmować więcej niż jeden klastrowanie. Posługując się nadal przykładem klastra o ośmiu sektorach (a więc o łącznej pojemności 4kB): plik o objętości 9kB zajmie trzy klastry, z czego ostatni będzie wykorzystany jedynie w połowie²⁰. To niewykorzystane miej-

¹⁸ J. Woodcock (red.), *op. cit.*, s. 462.

¹⁹ *Ibidem*, s. 100.

²⁰ LSoft Technologies Inc., Hard disk drive basics: sectors and clusters, <http://ntfs.com/hard-disk-basics.htm>, dostęp w dniu 31 sierpnia 2015 r.

sce określa się właśnie terminem *slack space*. Ponieważ przestrzeń ta nie zostaje nadpisana nową informacją, nadal znajdują się w niej poprzednio przechowywane dane. Jest to przestrzeń niedostępna dla użytkownika, ani dla systemu operacyjnego. Stosując jednak odpowiednie oprogramowanie, można dzięki temu odzyskać fragmenty plików znajdujących się poprzednio w danym klastrze. Ilość danych obecnych w *slack space* jest zwykle niewielka, jednak często wystarczająca do odtworzenia zrozumiałych części informacji, zwłaszcza w przypadku danych tekstowych czy liczbowych (pliki tekstowe, arkusze kalkulacyjne, fragmenty baz danych)²¹.

Biorąc pod uwagę powyższe informacje, można wyróżnić dwie zasadnicze grupy metod trwałego usuwania informacji z dysku magnetycznego. Pierwszą z nich stanowią metody fizycznej ich likwidacji, druga zaś opiera się na wykorzystaniu odpowiedniego oprogramowania do uczynienia danych niemożliwymi do odczytania. Oceniając je warto mieć na uwadze, że ich skuteczność będzie do pewnego stopnia zależna od zasobów czasowych i finansowych, jakimi dysponuje ten, kto chce dane odzyskać.

Fizycznej likwidacji danych z dysku magnetycznego można dokonać poprzez jego zniszczenie. Istotne jest to, by w jak największym stopniu uszkodzić wierzchnią warstwę płyt magnetycznych (to na niej przecież zapisane są dane). Jest ona bardzo wrażliwa na czynniki zewnętrzne. Dysk magnetyczny można więc stopić palnikiem, zeszlifować czy też zalać żrącą substancją. W praktyce również jego połamanie lub przewiercenie uniemożliwi odczytanie danych. Należy jednak zaznaczyć, że odzyskanie przynajmniej fragmentów danych będzie wciąż teoretycznie możliwe, jeżeli zachowają się dostatecznie duże fragmenty płyty magnetycznej²². Dane z dysków częściowo uszkodzonych (celowo lub przypadkowo), zarysowanych, lub w których awarii uległy elementy mechanizmu odczytującego-zapisującego (np. głowica lub napęd) można odzyskać jeżeli dysponuje się odpowiednią do tego wiedzą i właściwie wyposażonym laboratorium²³. Nie zmienia to oczywiście faktu, że odzyskanie jakichkolwiek informacji z całkowicie zniszczonego dysku twardego nie jest możliwe.

²¹ P. O d o r, *op. cit.*, s. 136–137, J. R. M a l l e r y, *op. cit.*, s. 4–5.

²² „Dostatecznie duże”, czyli zawierające przynajmniej jeden sektor. Oczywiście dane z jednego tylko sektora (512 bajtów) będą zwykle niewystarczające dla celów postępowania, niemniej jednak należy o tym pamiętać. Zob. G. F. H u g h e s, D. M. C o m m i n s, T. C o u g h l i n, *Disposal of disk and tape data by secure sanitization*, IEE Security and Privacy 2009, vol. 7, Issue 4, s. 31.

²³ Najczęściej odpowiednimi narzędziami będzie dysponował producent danego urządzenia. Sukcesami na tym polu chwali się m.in. Seagate Technology (jedna z trzech korporacji kontrolujących rynek dysków magnetycznych). Zob. Seagate Technology, *Seagate Recovery Services saved my digital life: customer testimonials*, <http://www.seagate.com/files/www-content/services-software/en-us/docs/customer-testimonials-sc507-1-1208us.pdf>, dostęp w dniu 22 maja 2014 r.

Również fizyczną, lecz bezinwazyjną metodą niszczenia danych zapisanych na dysku twardym jest jego rozmagnesowanie. Aby tego dokonać, należy poddać go działaniu silnego pola magnetycznego. Istnieją specjalnie zaprojektowane do tego celu urządzenia tzw. demagnetyzery (*degausser*). Istotą tego rozwiązania jest całkowite oczyszczenie powierzchni magnetycznej dysku z wszelkich obecnych tam wcześniej śladów magnetycznych. W trakcie tej operacji rozmagnesowaniu ulegają również elementy wbudowane w napęd dysku twardego, dlatego też nie będzie on nadawał się potem do dalszego użytku. Z tego powodu ciężko jest zweryfikować, czy rzeczywiście cała powierzchnia została oczyszczona z danych. Rozmagnesowanie jest jednak bardzo skuteczną metodą niszczenia danych, pod warunkiem, że zostało do tego wykorzystane odpowiednio silne pole magnetyczne. Wraz z rozwojem technologii zapisu danych, dyski stają się coraz bardziej pojemne, a domeny magnetyczne ułożone są coraz gęściej. W konsekwencji do usunięcia zapisu konieczne jest coraz silniejsze pole magnetyczne²⁴. Do zniszczenia dowodów cyfrowych z nowoczesnego dysku twardego sprawcy przestępstwa z pewnością nie wystarczy więc domowy magnes, ani nawet demagnetyzer starszego typu. Wciąż jednak stosunkowo łatwo można w ten sposób uszkodzić napęd dysku twardego albo jego głowicę, wobec czego może okazać się, że sprawca będzie sądził, że zniszczył zawartość dysku, podczas gdy jedynie uszkodził jego napęd.

Drugą grupę metod niszczenia danych stanowią rozwiązania programistyczne. Ich zaletą jest to, że z oczyszczonego w ten sposób dysku nadal można korzystać. Istotą tych rozwiązań jest nadpisanie danych. Na podstawie wcześniej przedstawionych informacji wydaje się, że dane nadpisane choćby jednokrotnie, nie są możliwe do odzyskania. Kwestia ta od lat budzi jednak poważne kontrowersje w środowisku naukowym.

Podstawowym ich źródłem jest opublikowany w 1996 roku artykuł P. Gutmanna zatytułowany „Secure deletion of data from magnetic and solid-state memory”. Opisał on w nim teoretyczne podstawy odzyskiwania nadpisanych danych z dysków twardych na podstawie dokładnego pomiaru pola magnetycznego. Wyjaśnił on, że dokonując pierwotnego zapisu danych, głowica dysku nadaje domenom magnetycznym odpowiednio wartości: „1” lub „0”. Przy kolejnym zapisie, domeny otrzymują jedną z tych wartości ponownie. Głowica dysku odczytuje je prawidłowo, jednak po dokładnym zmierzeniu wartości magnetycznych z użyciem precyzyjnego oscyloskopu okaże się, że gdy na „0” nałoży się „1”, to rzeczywista wartość pola magnetycznego będzie bliższa „0,95”²⁵. Zdaniem P. Gutmanna, na podstawie ta-

²⁴ G. F. Hughes, D. M. Commins, T. Coughlin, *op. cit.*, s. 31–32.

²⁵ Analogicznie: gdyby „0” nadpisać „1”, wartość rzeczywista wyniesie nieco więcej niż „0”, a „1” nadpisana kolejną „1” da wartość bliższą „1,05”.

kiego pomiaru można obliczyć do dwóch „warstw” poprzednio zapisanych na danym obszarze wartości binarnych²⁶.

Druga opisana przez Gutmanna technika odzyskiwania nadpisanych danych wykorzystuje fakt, że głowica zapisująca dane nie dokonuje tego w dostatecznie precyzyjny sposób. Nowe informacje często tylko częściowo „zakrywają” dotychczasowy zapis, a na skrajach ścieżki zapisu (*track edge*) znajdują się magnetyczne szумы i pozostałości po poprzednich plikach. Odczytanie ich, a w konsekwencji odzyskanie wielu „poprzednich warstw” danych, miałyby być możliwe w drodze analizy powierzchni dysku z użyciem tzw. mikroskopu sił magnetycznych (*Magnetic Force Microscope*, MFM)²⁷.

Wniosek był więc następujący: nawet kilkukrotne nadpisanie powierzchni dyskowej nowymi danymi nie jest wystarczające, by całkowicie wykluczyć możliwość odzyskania wcześniej przechowywanych na nośniku plików przez osoby posiadające dostęp do odpowiednich narzędzi. Rozwiązaniem tego problemu miałyby być wielokrotne nadpisywanie przestrzeni dyskowej różnymi wartościami. Autor przedstawił 35 różnych wzorów wartości binarnych, które wykorzystane w odpowiedniej konfiguracji do nadpisania danych uczynią je niemożliwymi do odzyskania.

Praca opublikowana przez P. Gutmanna stała się źródłem wielu nieporozumień i półprawd o tym, że „nadpisane dane można odzyskać”. Sama zaś „Metoda Gutmanna” jest jednym z funkcjonujących komercyjnie sposobów bezpiecznego usuwania danych, oferowanych przez popularne programy służące do porządkowania plików²⁸. Co ciekawe, zazwyczaj jest ona stosowana nieprawidłowo. Oprogramowanie reklamujące się tym, że wykorzystuje „Metodę Gutmanna” nadpisuje dane aż 35-krotnie, z wykorzystaniem wszystkich opisanych przez niego wzorów. Tymczasem autor wyraźnie stwierdza, że zależnie od różnych czynników konieczne jest skorzystanie z najwyżej kilku czy kilkunastu z nich²⁹.

W świetle przedstawionych powyżej twierdzeń, zasadne jest pytanie o to, czy w drodze analizy dysku magnetycznego rzeczywiście możliwe jest odtworzenie danych nadpisanych. W szczególności należy rozważyć, czy techniki opisane przez Gutmanna w ogóle nadają się do zastosowania w praktyce. Jego praca była bowiem wielokrotnie poddawana krytyce.

²⁶ P. G u t m a n n, Secure deletion of data from magnetic and solid-state memory, http://www.cs.auckland.ac.nz/~pgut001/pubs/secure_del.html, dostęp w dniu 31 sierpnia 2015 r.

²⁷ *Ibidem*.

²⁸ Takie rozwiązanie oferuje m.in. program CCleaner, który może zostać tak skonfigurowany, by nadpisywać dane „Metodą Gutmanna”. Zob. Piriform, Changing CCleaner settings, <http://www.piriform.com/docs/ccleaner/ccleaner-settings/changing-ccleaner-settings>, dostęp w dniu 31 sierpnia 2015 r.

²⁹ Takie rozwiązanie jest oczywiście skuteczne, jednak całkowicie zbędne i czasochłonne. Zob. Epilogue, (w:) P. G u t m a n n, *op. cit.*

Przede wszystkim należy pamiętać o tym, że opracowanie to powstało w 1996 roku, w odniesieniu do ówczesnie stosowanej technologii i miało wyłącznie teoretyczny charakter. Sam autor kilkakrotnie na przestrzeni lat uzupełniał swoją pracę o dodatkowe zakończenia, w których zwracał uwagę na problem niezrozumienia jej przez wielu odbiorców. Również w dodanym po latach wstępie do tekstu wprost stwierdza, że: „ma on ponad 15 lat i opisuje technologię aktualną 15–20 lat temu”. Opisane w nim techniki zdecydowanie nie nadają się do zastosowania wobec współczesnych dysków twardych, gdyż od czasu ich powstania znacznie wzrosła gęstość i precyzja zapisu danych na dyskach magnetycznych. Nieaktualność problemów podniesionych przez Gutmanna była dostrzegana przez autorów różnych opracowań już na początku XXI wieku, jednak wobec braku wyraźnych dowodów nieskuteczności opisanych metod, zwykle i tak zalecano szczególną ostrożność podczas usuwania danych³⁰.

Nie istnieją też wyraźne dowody, by metody te były kiedykolwiek skuteczne, gdyż żaden taki przypadek nie został oficjalnie udokumentowany³¹. Recenzji pracy Gutmanna podjął się m.in. D. Feenberg, który postanowił zweryfikować podawane w artykule materiały źródłowe. W jego ocenie wiele twierdzeń nie znajduje w nich uzasadnienia. Powziął również wątpliwości, czy technologia MFM w ogóle nadaje się do stworzenia czytelnego obrazu danych z dysku magnetycznego. Po pierwsze, zeskanowanie całej powierzchni dysku magnetycznego w ten sposób zajęłoby bardzo dużo czasu. Po drugie, uzyskany obraz zawierałby co prawda wiele częściowo nachodzących na siebie ścieżek danych, jednakże nie możliwe byłoby stwierdzenie kolejności ich pojawienia się. Dane zapisane wcześniej od tych, które pragnie się usunąć/odzyskać będą więc utrudniały ich odczyt w równym stopniu co zapisane później³².

Udokumentowanej próby zastosowania opisanej techniki do odtworzenia nadpisanych danych dokonali w 2008 roku C. Wright, D. Kleiman oraz S. Sundhar. W wyniku przeprowadzonych eksperymentów stwierdzili oni kategorycznie, że szansa odzyskania jakiegokolwiek zrozumiałego fragmentu danych z dysku twardego, po jego jednokrotnym nadpisaniu wynosi „mniej

³⁰ W ten sposób m.in.: N. Ferguson, B. Schneier, *Kryptografia w praktyce*, Helion 2004, s. 263. Autorzy przywołują pracę P. Gutmanna, stwierdzając następnie, że jest ona „najprawdopodobniej przestarzała”, po czym opisują jej elementy i zalecają kilkakrotne nadpisywanie usuwanych danych.

³¹ J. R. Mallery, *op. cit.*, s. 13.

³² Opracowanie autorstwa D. Feenberga powstało w ramach jednej z amerykańskich organizacji pozarządowych w 2003 roku, po czym było kilkakrotnie aktualizowane przez autora. Ostatnia wersja pochodzi z 2013 roku. Zob. D. Feenberg, *Can intelligence agencies read overwritten data? A response to Gutmann*, National Bureau of Economic Research, 2013, <http://www.nber.org/sys-admin/overwritten-data-gutmann.html>, dostęp w dniu 31 sierpnia 2015 r.

niż 0,01%”, i to tylko wówczas, gdy dysk ten nie był wcześniej w ogóle używany³³. Zwrócili również uwagę na to, że nie da się określić, czy uzyskana w wyniku pomiaru śladu magnetycznego wartość „0,95” jest wynikiem nałożenia się na siebie ścieżek zapisu danych, czy też wahań temperatury i wilgotności otoczenia (na które wrażliwy jest dysk magnetyczny)³⁴.

Najwięcej emocji budzi zwykle stwierdzenie, że państwowe służby bezpieczeństwa dysponują technologią umożliwiającą odzyskiwanie nadpisanych danych. Źródłem tych podejrzeń jest omawiana praca P. Gutmanna³⁵, a także opublikowane dotychczas rządowe instrukcje bezpiecznego usuwania danych. Przykładowo, w pochodzącej z 2001 roku instrukcji amerykańskiego Departamentu Obrony, opisano procedurę trwałego oczyszczenia nośnika magnetycznego z danych w drodze ich nadpisania: proces ten należało przeprowadzić 3-krotnie, nadpisując najpierw całą powierzchnię dysku „1”, później „0”, a następnie pseudo-losowym ciągiem znaków³⁶. Identyczne postępowanie nakazywała kanadyjska instrukcja bezpieczeństwa, opublikowana w 2006 roku³⁷. Natomiast aktualna instrukcja obowiązująca agencje rządowe w Stanach Zjednoczonych w ogóle nie przewiduje nadpisywania danych na dyskach twardych – dopuszczalne jest jedynie ich fizyczne zniszczenie³⁸.

Na tej podstawie wiele osób uważa, że służby państwowe dysponują takimi technikami odzyskiwania danych, które czynią wyżej wymienione procedury koniecznymi. Nie bierze się jednak pod uwagę innych czynników, jakie mogą o tym decydować. Po pierwsze, fizyczne zniszczenie dysku twardego łatwo jest zweryfikować, co upraszcza proces likwidacji tajnych danych³⁹. Priorytetem jest przecież ochrona informacji niejawnych. Lepiej

³³ C. Wright, D. Kleiman, S. Sundhar, Overwriting Hard Drive Data: The Great Wiping Controversy, *Information Systems Security*, vol. 5352/2008, s. 251.

³⁴ *Ibidem*, s. 250. Praca ta została, skrytykowana przez P. Gutmanna. Stwierdził on, że jej autorzy nie zrozumieli opisanego przez niego problemu i przyjęli błędne założenia podczas przeprowadzania swoich eksperymentów. Wydaje się, że krytyka jest, przynajmniej częściowo, słuszna. Por. Further Epilogue, (w:) P. Gutmann, *op. cit.*

³⁵ Pada w niej wyraźne stwierdzenie, że „[agencje państwowe] posiadają doświadczenie w odczytywaniu takich skomplikowanych obrazów danych”, jednakże nie zostaje ono poparte materiałem źródłowym.

³⁶ Zob. U. S. Department of Defence, Unclassified computer hard drive disposition, 2001, http://iase.disa.mil/policy-guidance/asd_hd_disposition_memo060401.pdf, dostęp w dniu 31 sierpnia 2015 r.

³⁷ Zob. Government of Canada, Communications Security Establishment, Clearing and declassifying electronic data storage devices (ITSG-06), 2006, <http://www.cse-cst.gc.ca/its-sti/publications/itsg-csti/itsg06-eng.html>, dostęp w dniu 31 sierpnia 2015 r.

³⁸ Zob. National Security Agency/Central Security Service, NSA/CSS Storage device declassification manual, 2007, http://www.nsa.gov/ia/_files/government/MDG/NSA_CSS_Storage_Device_Declassification_Manual.pdf, dostęp w dniu 31 sierpnia 2015 r., s. 1–2.

³⁹ D. Feenberg pisze, że: „zniszczenie dysku twardego przy pomocy młotka jest proste do wykonania, proste do potwierdzenia i trudno jest zrobić to źle”. Zob. D. Feenberg, *op. cit.*

jest więc zniszczyć cały nośnik, niż ryzykować, że pracownik odpowiedzialny za niszczenie danych zrobi to źle (przypadkiem lub celowo). Po drugie, instrukcje nakazujące wielokrotne nadpisywanie danych powstawały najczęściej w okresie, gdy nie było pewności co do skuteczności nadpisywania danych.

Obecnie jednak stopniowo odchodzi się od przekonania, że odzyskanie nadpisanych danych jest możliwe. Amerykański Instytut Normalizacyjny i Techniczny (NIST), w zaleceniach skierowanych w 2012 roku do sektora prywatnego rekomenduje: „nadpisanie danych jeden lub więcej razy”⁴⁰. Interesujące rozwiązanie wprowadził w 2011 roku rząd Nowej Zelandii. Dyski magnetyczne przechowujące niejawne informacje, a pochodzące sprzed 2001 r. lub mieszczące mniej niż 15GB danych muszą być nadpisywane trzykrotnie. Nowsze i bardziej pojemne dyski twarde wystarczy nadpisać raz⁴¹.

W świetle powyższych rozważań można z całą pewnością stwierdzić, odzyskanie danych z dysku magnetycznego po ich jednokrotnym nadpisaniu nie jest obecnie możliwe. Oczywiście, przy założeniu, że zostanie ono przeprowadzone prawidłowo (czyli, że nadpisane zostaną dokładnie te sektory, które były zajmowane przez dane). Jak zresztą wspomniano, z tym stwierdzeniem zgadza się również P. Gutmann. Nawet jeżeliby założyć, że pozwalająca na to technika istnieje i jest wykorzystywana gdzieś na świecie, to z pewnością nie leży ona w zasięgu „zwykłych” organów ścigania. Także prywatni dostawcy usług informatyki kryminalistycznej nie posiadają takich możliwości⁴².

Można więc uznać, że trwałe usunięcie danych z dysku magnetycznego jest możliwe do przeprowadzenia zarówno w drodze ich fizycznego zniszczenia, jak i z poziomu oprogramowania. Dotyczy to zarówno usuwania danych wrażliwych (tajemnic państwowych, tajemnic przedsiębiorstw czy prywatnych informacji), jak i cyfrowych dowodów popełnionych przestępstw. Należy jednak zwrócić uwagę na to, że w wypadku usuwania pojedynczych plików, ciężko jest zlikwidować z systemu operacyjnego wszystkie ich pozostałości (plik może już nie istnieć na dysku i nie być możliwy do odzyskania, jednak o jego wcześniejszej obecności mogą świadczyć wpisy w rejestrze,

⁴⁰ Zob. R. Kissel, M. Scholl, S. Skolochenko, X. Li, NIST Special Publication 800–88: Guidelines for media sanitization, U.S. Department of Commerce, National Institute of Standards and Technology, September 2012, http://csrc.nist.gov/publications/drafts/800–88–rev1/sp800_88_r1_draft.pdf, dostęp w dniu 31 sierpnia 2015 r., s. 29.

⁴¹ Zob. New Zealand Government, Communications Security Bureau, New Zealand information security manual (NZIST–402), June 2011, http://www.gcsb.govt.nz/newsroom/nzism/NZISM_2011_Version_1.01.pdf, dostęp w dniu 31 sierpnia 2015 r., s. 154.

⁴² Na przykład na stronie internetowej polskiego przedsiębiorstwa odzyskującego dane VS DATA można odnaleźć następującą informację: „przekonanie, że nadpisane dane można odzyskać jest mitem wyssanym z palca”. Zob. VS Data, Mity nadpisanych danych, <http://www.odzyskiwaniemiedanych.info/index.php/component/content/article/3/70–mit–nadpisanych–danych>, dostęp w dniu 31 sierpnia 2015 r.

logi dostępu do plików oraz jego pozostałości w danych ulotnych). Może się także zdarzyć, że nadpisana zostanie jedynie część sektorów zajmowanych przez poszukiwany plik, więc wciąż możliwe będzie odzyskanie jego części.

Dyski SSD

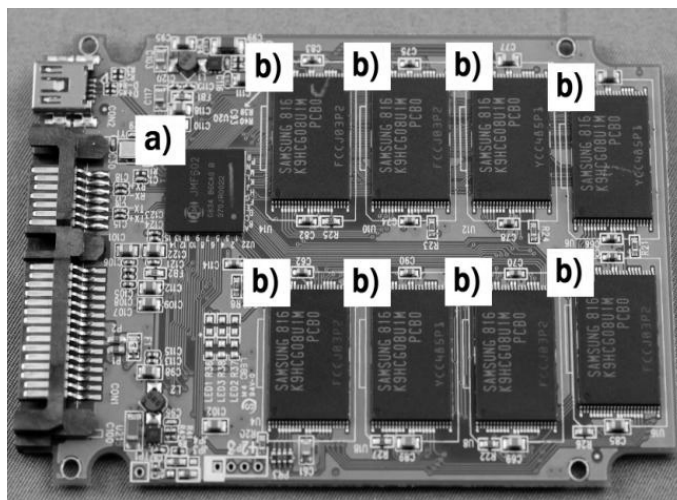
Większość opisywanych wyżej technik powstało z myślą o magnetycznych dyskach twardych. Obecnie dużą popularność (zwłaszcza w komputerach przenośnych) zdobywają tzw. dyski SSD (*Solid State Drive*), które są szybsze, bardziej energooszczędne i trwalsze od tradycyjnych już dysków magnetycznych. Należy zastanowić się, w jaki sposób różnice technologiczne pomiędzy „standardowymi” dyskami HDD, a „nowoczesnymi” SSD wpływają na skuteczność stosowanych rozwiązań. Istnieje kilka poważnych ograniczeń zastosowanej w dyskach SSD technologii, których skutki w znacznym stopniu wpływają na możliwości w zakresie pozyskiwania dowodów cyfrowych z tego rodzaju nośników. W szczególności problematyczne może okazać się bezpieczne usuwanie informacji wrażliwych, odzyskiwanie usuniętych dowodów cyfrowych oraz wykonywanie i uwierzytelnianie kopii binarnych danych.

Wyjaśnienie działania technologii stosowanej w dyskach SSD zacząć można od kwestii stosowanej terminologii. Nie istnieje uniwersalnie akceptowany polskojęzyczny odpowiednik angielskiego *Solid State Drive* (SSD). Polskim terminem odpowiadającym oryginałowi mógłby być „dysk monolityczny”⁴³, jednak częściej można spotkać określenia takie jak „dysk elektroniczny” czy „półprzewodnikowy”. Najczęściej natomiast mówi się jednak o „dysku SSD”. W zasadzie wszystkie powyższe terminy są do pewnego stopnia mylące, gdyż urządzenia te nie wykorzystują przecież „dysków” do zapisu danych. Taka jest jednak obecna praktyka językowa, a jej zwalczanie nie wydaje się celowe.

Nośnikami danych i głównymi elementami budowy dysku SSD są, ułożone na krzemowej płytce, kości pamięci stałej. Obecnie wykorzystywana jest do tego przede wszystkim pamięć typu *flash* – pamięć błyskowa (*flash memory*). Tego samego typu kości pamięci są wykorzystywane we współczesnych telefonach komórkowych, odtwarzaczach muzycznych czy przenośnych pamięciach USB. Dyski SSD wyróżnia jednak bardziej zaawansowany układ sterujący dostępem do poszczególnych kości pamięci i optymalizujący

⁴³ Ze względu na sformułowanie „solid state”, oznaczające „ciało stałe” (w kategoriach fizycznych). W odróżnieniu od dysków magnetycznych, SSD nie zawiera ruchomych elementów mechanicznych. O „dysku monolitycznym” jest mowa, (w:) J. W o o d c o c k (red.), *op. cit.*, s. 482.

ich pracę. Kości pamięci wraz ze sterownikiem dysku umieszczone są w obudowie, która rozmiarem i kształtem przypomina magnetyczny dysk twardy⁴⁴.



Ryc. 2. Wewnętrzna budowa „dysku” SSD: a) Sterownik dysku (disk controller), b) Kości pamięci flash.

Źródło: <http://img.clubic.com/02299426-photo-comparatif-ssd-2009-ocz-solid-series-inside.jpg>, dostęp w dniu 31 sierpnia 2015 r., (opracowanie własne zdjęcia).

Pamięć typu *flash*, zaprojektowana na początku lat 80. XX wieku, jest zbudowana z pojedynczych komórek tranzystorowych, które przechowują bity informacji w postaci ładunków elektrycznych: obecność impulsu w komórce pamięci jest odczytywana jako „0”, a komórka rozładowana oznacza „1”. Taki ładunek, bez zewnętrznego źródła prądu, utrzymuje się przez okres od 10 do 100 lat⁴⁵.

Występują dwie odmiany pamięci typu *flash*⁴⁶. Powszechnie stosowana w dyskach SSD jest odmiana NAND, gdyż pozwala na znaczną oszczędność miejsca. Oznacza to jednak, że odczyt i zapis danych mogą być dokonywane wyłącznie dla całego rzędu komórek pamięci tzw. strony (*page*)

⁴⁴ L. Hutchinson, Solid-state revolution: in-depth on how SSDs really work, ArsTechnica, June 4, 2012, <http://arstechnica.com/information-technology/2012/06/inside-the-ssd-revolution-how-solid-state-disks-really-work/2/>, dostęp w dniu 31 sierpnia 2015 r., s. 2.

⁴⁵ M. Breeuwsma, M. de Jongh, C. Klaver, R. van der Knijff, M. Roeloffs, Forensic data recovery from flash memory, Small Scale Digital Evidence Forensics Journal, vol. 1, no. 1, June 2007, s. 1.

⁴⁶ NOR oraz NAND. W pierwszej z nich, komórki pamięci połączone są ze sobą równolegle, a sterownik dysku ma bezpośredni dostęp do każdej z nich. W drugiej zaś są one połączone całymi szeregami i w ten także sposób mogą być odczytywane.

równocześnie. Strona pamięci jest najmniejszą jednostką rozpoznawaną przez sterownik dyskowy. Zazwyczaj mieści ona ok. 512b danych (lub ich wielokrotność). Strony ułożone są zaś w bloki (zazwyczaj składające się z 32, 64 lub 128 stron)⁴⁷. Należy pamiętać, że system operacyjny komputera, zaprojektowany z myślą o dyskach magnetycznych, zazwyczaj będzie nadal posługiwał się pojęciami kłastrów i sektorów, których nie ma na dysku SSD. Ułożenie komórek pamięci *flash* w strony i bloki pozwala więc, w pewnym sensie, odzwierciedlić „klasyczną” organizację jednostek pamięci na dysku magnetycznym, co ułatwia komunikację pomiędzy dyskiem SSD a procesorem komputera⁴⁸.

Pamięć *flash* typu NAND, w przeciwieństwie do dysków magnetycznych, może wykonywać trzy podstawowe operacje: odczytywania, zapisu oraz kasowania danych. Jak wspomniano, zapisywane i odczytywane mogą być tylko całe strony pamięci, a nie pojedyncze komórki. Kasowanie danych może zaś obejmować wyłącznie całe bloki stron. Przemiana binarnej „1” na „0” (naładowanie komórki pamięci) może nastąpić w dowolnym momencie. Nie można jednak rozładować pojedynczej komórki ani strony – dane można usunąć jedynie przywracając binarne „1” w całym bloku pamięci⁴⁹. Jest to spowodowane wysokim napięciem uwalnianym podczas usuwania ładunku elektrycznego, który mógłby uszkodzić sąsiadujące komórki, gdyby te nadal były naładowane⁵⁰.

W konsekwencji nie ma więc możliwości „nadpisania” danych na dysku SSD. Zapisanie jakichkolwiek nowych danych (pojęcie to obejmuje również zapis polegający wyłącznie na modyfikacji już istniejących plików) możliwe jest wyłącznie po wcześniejszym usunięciu ich z wybranego bloku pamięci⁵¹. Zarazem pamięć typu *flash* „zużywa się”. Uwalnianie ładunków elektrycz-

⁴⁷ J. E. Regan, The forensic potential of flash memory, U.S. Department of Commerce National Technical Information Service, vol. 1006, September 2009, s. 7, 9, 11–12.

⁴⁸ Zob. M. Breeuwsma, M. de Jongh, C. Klaver, R. van der Knijff, M. Roeloffs, *op. cit.*, s.1, oraz L. Hutchinson, *op. cit.*, s. 2.

⁴⁹ L. M. Caulfield, Symbiotic Solid State Drives: management of modern NAND flash memory, University of California, San Diego 2013, s. 8.

⁵⁰ L. Hutchinson, *op. cit.*, s. 3.

⁵¹ M. Wei, L. M. Grupp, F. E. Spada, S. Swanson, Reliably erasing data from flash-based Solid State Drives, Proceeding of 9th USENIX Conference on File and Storage Technologies, San Jose, California 2011, http://static.usenix.org/event/fast11/tech/full_papers/Wei.pdf, dostęp w dniu 31 sierpnia 2015 r., s. 2.; Warto dodać, że w maju 2014 roku, podczas konferencji IEEE International Memory Workshop w Taipei, zaprezentowano innowacyjne oprogramowanie dla sterownika dysku (a więc teoretycznie, można będzie je zainstalować również w już istniejących dyskach SSD), które ma zminimalizować ten problem. Ponieważ jest to nowe, potencjalnie przełomowe rozwiązanie, nie jest możliwe szczegółowe jego przedstawienie i ocena konsekwencji dla informatyki kryminalistycznej. Zob. J. Walker, SSD breakthrough means 300% speed boost, 60% less power usage... even on old drives, Neowin, 23 May 2014, <http://www.neowin.net/news/ssd-breakthrough-means-300-speed-boost-60-less-power-usage-even-on-old-drives>, dostęp w dniu 31 sierpnia 2015 r.

nych (zmiana wartości z „0” na „1”) powoduje stopniowe uszkodzanie się elementów budowy komórek pamięci⁵². Liczba możliwych do przeprowadzenia cykli zapisu i usuwania danych jest więc skończona, a po jej przekroczeniu dana komórka pamięci traci zdolność przechowywania ładunków i nie nadaje się do dalszego wykorzystania⁵³. Należy podkreślić, że degradacji komórek nie powoduje odczytywanie przechowywanych w nich danych, a jedynie ich usuwanie⁵⁴.

Aby zapobiec zbyt szybkiemu i nierównemu w czasie uszkodzaniu się komórek pamięci w różnych obszarach dysku, producenci wprowadzili do niego „system wyrównywania zużycia” (*Wear-levelling system*)⁵⁵. Nie pozwala on na zbyt częste wykorzystywanie tych samych komórek pamięci i kierując nowe dane do mniej zużytych obszarów. Za proces ten jest odpowiedzialna część sterownika dysku nazwana „warstwą tłumaczącą pamięci flash” (*Flash Translation Layer, FTL*). Dzięki wbudowanym w nią algorytmom, komórki pamięci są wykorzystywane równomiernie, co ma zapewnić długą bezawaryjną pracę dysku. Równocześnie jednak system operacyjny traci przez to bezpośrednią kontrolę nad tym, gdzie faktycznie przechowywane są pliki⁵⁶. Z tego powodu bezpieczne usunięcie konkretnych plików staje się bardzo trudne.

Teoretycznie system operacyjny komputera „wie”, w jakim miejscu przestrzeni dyskowej przechowywany jest konkretny plik⁵⁷. W praktyce jednak, gdy do współczesnego dysku SSD zostaje przesłane polecenie zapisu danych w określonym bloku pamięci, jest ono przechwytywane przez FTL, a dane są kierowane do najmniej wykorzystywanego wcześniej fragmentu dysku. System operacyjny nie ma możliwości skasowania czy wpisania danych do konkretnych komórek pamięci (inaczej niż w dyskach magnetycznych), gdyż kontrolę nad faktycznymi „adresami” danych w systemie plików sprawuje FTL.

⁵² Wysokie napięcie wyzwalane w tym procesie utlenia elementy konstrukcyjne komórki pamięci. Zob. L. M. Caulfield, *op. cit.*, s. 9–10.

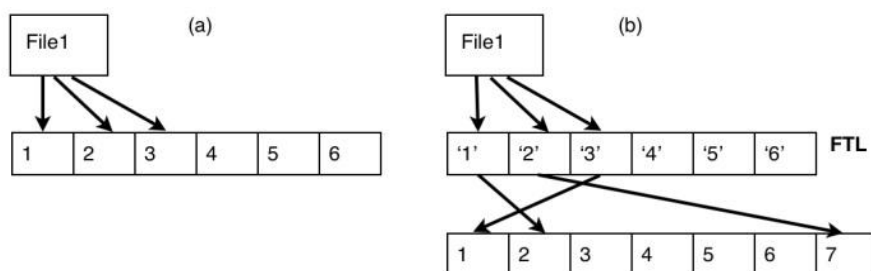
⁵³ Liczba cykli pracy komórki pamięci flash szacowana jest na od 10^4 do 10^6 razy. Zob. M. Breeuwsma, M. De Jongh, C. Klaver, R. van der Knijff, M. Roeloffs, *op. cit.*, s. 2.

⁵⁴ L. Hutchinson, *op. cit.*, s. 4.

⁵⁵ W istocie jest to specjalnie opracowany algorytm, według którego analizowane są poziomy wykorzystania poszczególnych komórek, stron i bloków. Algorytm określa, w których partiach dysku „najlepiej” jest zapisać nowe dane. Szczegóły stosowanych w różnych dyskach algorytmów są utrzymywane przez producentów dysków w tajemnicy. Zob. M. Breeuwsma, M. de Jongh, C. Klaver, R. van der Knijff, M. Roeloffs, *op. cit.*, s. 2.

⁵⁶ B. B. Bell, R. Boddington, *op. cit.*, s. 5, por. m.in.: J. E. Regan, *op. cit.*, s. 14.

⁵⁷ Kwestia ta została omówiona na przykładzie systemu plików NTFS, przy okazji omówienia procesu zapisu danych na dyskach magnetycznych.



Ryc. 3. Schemat działania Flash Translation Layer (FTL): a) Plik na dysku magnetycznym jest zapisywany bezpośrednio w sektorach klastra przypisanego mu przez system operacyjny, b) Na dysku SSD, plik jest przesyłany do komórek pamięci za pośrednictwem FTL, która przyporządkowuje mu miejsca zgodnie ze wskazaniem algorytmu wyrównującego poziom zużycia.

Źródło: B. B. Bell, R. Boddington, *Solid State Drives: the beginning of the end for current practice in digital forensic recovery?*, *The Journal of Digital Forensics, Security and Law* 2010, vol. 3, nr 3, s. 5.

Rodzi to poważne skutki zarówno w zakresie bezpiecznego usuwania jak i odzyskiwania danych z takich dysków. Okazuje się bowiem, że żadna z tradycyjnie zalecanych technik trwałego usuwania pojedynczych plików (polegających na identyfikowaniu miejsca zajmowanego przez plik na dysku i nadpisywaniu go) nie jest w tym wypadku w pełni skuteczna⁵⁸. Również kasowanie i nadpisywanie całej dostępnej przestrzeni dysku SSD nie daje stuprocentowej pewności usunięcia wszystkich danych, gdyż mogą one być przechowywane również w „zapasowych” blokach pamięci, niedostępnych dla systemu operacyjnego. Na jednym z badanych dysków udało się odnaleźć aż 1% pierwotnych danych nawet po 20 cyklach nadpisywania⁵⁹.

Na tej podstawie można stwierdzić, że w pełni bezpieczne i kontrolowane przez użytkownika usunięcie danych z dysków SSD nie jest możliwe. Opisane wcześniej fizyczne metody niszczenia danych są, oczywiście, skuteczne wobec dysków SSD. Wyjątkiem jest technika polegająca na użyciu de magnetyzera – podczas przeprowadzonych w tym kierunku eksperymentów, dane w pamięci *flash* pozostały nienaruszone, pomimo użycia silnego pola magnetycznego, co nie jest dziwne biorąc pod uwagę zastosowaną technologię⁶⁰.

Powyższe trudności wydają się być stopniowo zauważane przez autorów oficjalnych instrukcji bezpieczeństwa. Dokument opublikowany w 2007 r.

⁵⁸ W różnych miejscach dysku SSD może być zachowanych nawet kilkanaście „starych” kopii pliku. Zob. M. Wei, L. M. Grupp, F. E. Spada, S. Swanson, *op. cit.*, s. 3.

⁵⁹ *Ibidem*, s. 6.

⁶⁰ *Ibidem*, s. 6.

przez amerykańską Agencję Bezpieczeństwa Narodowego, za bezpieczne uznaje nadpisanie wszystkich obszarów pamięci *flash*, pod warunkiem późniejszej weryfikacji, czy nie jest możliwe odczytanie pierwotnych danych⁶¹. Rząd Nowej Zelandii (we wspomnianej wcześniej instrukcji bezpieczeństwa z 2011 r.) zauważa, że: „system wyrównywania zużycia pamięci *flash* zapisuje pliki równomiernie we wszystkich jej obszarach, dlatego należy dwukrotnie nadpisać wszystkie bloki pamięci” oraz zastrzega, że: „nadpisane nośniki pamięci typu *flash* należy wciąż traktować zgodnie z nadaną im wcześniej klauzulą tajności”⁶². Z kolei zgodnie z zaleceniami NIST (w wersji z 2012 r.), jedynym sposobem na pewne oczyszczenie pamięci typu *flash* z danych jest jej zniszczenie (np. poprzez jej spalenie lub zmielenie)⁶³.

Może się więc wydawać, że z zabezpieczonego w toku postępowania karnego dysku SSD, skasowane pliki można odzyskiwać bez ograniczeń. Rzeczywiście, w efekcie opisanych wcześniej procesów, dysk SSD przechowuje zarówno pliki aktualne, jak często ich poprzednie, usunięte już wersje. W pewnym momencie jednak „zapycha się” danymi, przez co znacznie spada prędkość zapisu danych⁶⁴. Aby temu zapobiec, wprowadzony został mechanizm „zbierania śmieci” (*garbage collection*), skorelowany z wbudowaną w nowe wersje systemów operacyjnych komendą „przycinania” (*TRIM*)⁶⁵. Za pomocą tego algorytmu, sterownik dysku identyfikuje zbędne (tj. oznaczone przez system jako usunięte) dane i „prewencyjnie” kasuje je, aby zawczasu przygotować puste miejsce przeznaczone na nowe dane. Po faktycznym skasowaniu z dysku SSD dane całkowicie znikają, a ich odzyskanie nie jest możliwe choćby teoretycznie. Jest to w pełni zautomatyzowany, zaawansowany mechanizm samo-oczyszczania się dysku z niepotrzebnych już danych. Działa on w tle innych operacji i, gdy zostanie uruchomiony, praktycznie nie sposób go zatrzymać. Innymi słowy: pomimo, że dane usunięte powinny znajdować się nadal na dysku SSD, on sam je usuwa⁶⁶.

Tę właściwość dysków SSD zbadali B. B. Bell i R. Boddington, którzy w 2010 r. przeprowadzili serię eksperymentów mających na celu sprawdzenie, jaki jest wpływ *garbage collection* na zabezpieczanie cyfrowego materiału dowodowego i poszukiwanie danych usuniętych z dysków SSD. Rezultaty ich pracy potwierdziły wcześniejsze obawy, że skasowane przez użytkowni-

⁶¹ Zob. National Security Agency/Central Security Service, *op. cit.*, s. 4–5.

⁶² New Zealand Government, Communications Security Bureau, *op. cit.*, s. 158.

⁶³ Zob. R. Kissel, M. Scholl, S. Skolochenko, X. Li, *op. cit.*, s. 35.

⁶⁴ Gdy dysk jest pełen nowych i starych plików, operacja zapisu danych będzie musiała zostać wstrzymana do czasu, gdy dysk przygotuje dla nich miejsce w blokach dotychczas zajmowanych przez stare dane. Kasowanie danych jest zaś procesem stosunkowo długotrwałym.

⁶⁵ J. Savill, What is the TRIM function for solid state disks (SSDs), and why is it important?, Windows IT Pro, 21 kwietnia 2009, <http://windowsitpro.com/systems-management/q-what-trim-function-solid-state-disks-ssds-and-why-it-important>, dostęp dnia 31 sierpnia 2015 r.

⁶⁶ B. B. Bell, R. Boddington, *op. cit.*, s. 5–6.

ka dowody cyfrowe podlegają ciągłemu, automatycznemu procesowi trwałego usuwania danych. Ujawniony został również inny, bardzo poważny problem: ponieważ wspomniane zmiany w strukturze danych są wprowadzane w pełni niezależnie od pracy systemu operacyjnego, usuwanie „niepotrzebnych” plików trwa zawsze wtedy, gdy dysk SSD jest podłączony do zasilania, a więc również podczas wykonywania dowodowej kopii danych. Może się więc zdarzyć, że dane ulegną modyfikacji zanim ich kopia zostanie uwierzytelniona przez biegłego czy specjalistę za pomocą sumy kontrolnej, a w efekcie standardowa weryfikacja integralności danych nie będzie możliwa. Co więcej, procesom tym nie zapobiega stosowanie sprzętowych bloków zapisu. Autorzy sugerują, że byłoby to możliwe poprzez fizyczne wymontowanie sterownika dysku przed podjęciem próby zabezpieczenia danych. Jednocześnie jednak słusznie dodają, że stanowiłoby to duże wyzwanie techniczne. Niestety, szczegóły algorytmów *garbage collection* są pilnie strzeżoną tajemnicą handlową producentów sprzętu, a bez ich znajomości nie można w pełni zagwarantować poprawności procedur zabezpieczania dowodów⁶⁷.

Podsumowanie

Szeroko pojmowane bezpieczeństwo informacji wymaga, aby istniały skuteczne metody trwałego usuwania danych. Jednocześnie jednak potrzeba realizacji celów postępowania karnego wymaga, aby istniały także skuteczne metody i narzędzia służące odzyskiwaniu usuniętych dowodów cyfrowych. Prawidłowe podejście organów ścigania do tego problemu wymaga zrozumienia technicznych procesów z tym związanych.

Konstrukcja współczesnych systemów plików powoduje, że zwykłe skasowanie danych z systemu nie jest równoznaczne z ich trwałym usunięciem. Z jednej strony stanowi to zagrożenie dla bezpieczeństwa wrażliwych informacji, z drugiej zaś otwiera to szerokie możliwości odzyskiwania dowodów cyfrowych dla potrzeb postępowania karnego. Technologia zastosowana w „tradycyjnych”, magnetycznych dyskach twardych pozwala na odnalezienie wielu przydatnych w postępowaniu informacji w aktualnie nieużywanych sektorach pamięci oraz w tzw. *slack space* (pod warunkiem wcześniejszego wykonania binarnej kopii danych). Dyski magnetyczne nie kasują danych a jedynie nadpisują je nowymi, dlatego też tak długo, jak powierzchnia zajmowana przez usunięty plik nie zostanie ponownie wykorzystana, tak długo możliwe będzie jego odzyskanie. Pomimo kontrowersji pojawiających się w tej kwestii w przeszłości, obecnie nie ulega wątpliwości, że już jednokrotnie

⁶⁷ B. B. Bell, R. Boddington, *op. cit.*, s. 6–13.

nadpisanie danego fragmentu dysku magnetycznego czyni wcześniej znajdujące się tam dane niemożliwymi do odzyskania.

Obecne na rynku od kilku lat dyski SSD, pomimo wielu zalet, są źródłem kilku poważnych problemów związanych z bezpiecznym usuwaniem oraz odzyskiwaniem danych. Jest za to odpowiedzialna zastosowana w nich technologia zapisu i odczytu plików oraz algorytmy optymalizujące pracę urządzenia. Z jednej strony trudno jest uzyskać pewność, że usuwane w teoretycznie bezpieczny sposób dane zostaną naprawdę skasowane z dysku. Z drugiej zaś, dyski SSD samoczynnie kasują stare dane, nawet podczas wykonywania kopii binarnej z zastosowaniem sprzętowych blokerów zapisu. Usunięte dowody cyfrowe można teoretycznie odnaleźć w „pustej” przestrzeni dyskowej zarówno na dyskach magnetycznych jak i SSD (w tych drugich nie występuje jednak zjawisko *slack space*). Jednakże w praktyce usunięte dane mogą zostać trwale zniszczone przez sterownik dysku SSD bez żadnych zewnętrznych poleceń. Jeżeli to nastąpi, odzyskanie danych nie jest możliwe. W związku z tym, B. B. Bell i R. Boddington otwarcie wieszczą „koniec złotej ery odzyskiwania dowodów cyfrowych”⁶⁸.

Recovery of deleted digital evidence in criminal proceedings

Abstract

Technical and tactical aspects of law enforcement agencies' searches for deleted digital evidence are described with the assumption that fundamental knowledge of digital data storage and deletion methods can support better fulfilment of purposes of criminal proceedings in cases involving digital evidence. Although "effective deletion" and "effective recovery" of digital data appear to be opposites, they both are necessary to ensure the broadly understood safety. Fundamentals of data writing on magnetic hard disks and SSDs are clarified, while options for deletion of sensitive data and recovery of digital evidence of crime are presented for both storage technologies.

⁶⁸ *Ibidem*, s. 15.

Małgorzata Żbikowska

Wniosek o skazanie bez rozprawy po noweli k.p.k. z dnia 27 września 2013 r. (kilka uwag do artykułu I. Pączek)

Streszczenie

W niniejszym artykule zaprezentowano kilka uwag do artykułu I. Pączek pt. „Wniosek o skazanie bez rozprawy po noweli k.p.k. z dnia 27 września 2013 r.”, opublikowanego w Prokuraturze i Prawo 2015, nr 10. Skoncentrowano się przede wszystkim na wykazaniu nietrafności kilku tez wyrażonych przez I. Pączek, a przedstawionych w zacytowanym powyżej artykule.

W niniejszym szkicu zaprezentowano kilka uwag do artykułu I. Pączek pt. „Wniosek o skazanie bez rozprawy po noweli k.p.k. z dnia 27 września 2013 r.”, opublikowanego w Prokuraturze i Prawo 2015, nr 10.

W pierwszej kolejności należy odnieść się do wstępnych rozważań I. Pączek poczynionych w zacytowanym już artykule. Autorka bezpośrednio wskazała – zarówno w tytule artykułu, jak i w jego treści – że przedmiotem rozważań poczynionych w opracowaniu są zmiany w zakresie instytucji skazania bez rozprawy, wprowadzone ustawą z dnia 27 września 2013 r. o zmianie ustawy – Kodeks postępowania karnego oraz niektórych innych ustaw¹. Instytucja skazania na posiedzeniu zostaje odkodowana z kilku przepisów prawnych, do których należą zwłaszcza przepis art. 335 k.p.k., art. 339 § 1 pkt 3 k.p.k. oraz art. 343 k.p.k. Materialne przesłanki instytucji skazania na posiedzeniu odczytujemy zaś przede wszystkim z treści przepisu art. 335 k.p.k. Co prawda Autorka wskazała, że przedmiotem rozważań są zmiany w Kodeksie postępowania karnego wprowadzone wspomnianą wyżej nowelizacją z dnia 27 września 2013 r., z drugiej jednak strony I. Pączek oprócz części rozważań nad zagadnieniami (np. nad rozszerzeniem zakresu przedmiotowego art. 335 k.p.k. na wszystkie występki), które faktycznie zostały wprowadzone tą ustawą nowelizacyjną, przytacza fragmenty przepisu art. 335 k.p.k. obowiązujące po dniu wejścia w życie innej ustawy nowelizującej, a konkretnie ustawy z dnia 20 lutego 2015 r.², o czym Autorka

¹ Dz. U. z 2013 r., poz. 1247.

² Dz. U. z 2015 r., poz. 396.

w żadnym miejscu nie informuje. Nowelizacja z dnia 20 lutego 2015 r. zmieniła bowiem niektóre postanowienia nowelizacji z dnia 27 września 2013 r. oraz niektóre postanowienia Kodeksu postępowania karnego. Do takich postanowień należał właśnie przepis art. 335 k.p.k. Z kolei obie nowelizacje weszły w życie (choć nie w pełnym zakresie, o czym poniżej) dnia 1 lipca 2015 r., co rodzi konieczność precyzyjnego ustalania, na podstawie jakiej ustawy nowelizującej dane przepisy prawne obowiązują w określonym kształcie. Co za tym idzie, I. Pączek nie opisała w znacznej części (wbrew temu co zawarte jest w tytule Jej artykułu) instytucji skazania bez rozprawy po nowelizacji z dnia 27 września 2013 r., albowiem nowelizacja ta – w zakresie dotyczącym przepisu art. 335 k.p.k. – weszła w życie dnia 9 listopada 2013 r.³ Autorce – jak się wydaje – nie chodziło zatem o dawne brzmienie przepisu art. 335 k.p.k. (o brzmienie nadane nowelizacją z dnia 27 września 2013 r.), ale o nowe brzmienie tego przepisu prawnego, na które się zresztą Autorka powołała⁴. Należy zatem wyraźnie zaznaczyć, że przepis art. 335 k.p.k. – na czas pisania przez I. Pączek artykułu (październik 2015 r.) – obowiązywał w nowym brzmieniu od dnia 1 lipca 2015 r., na mocy nowelizacji z dnia 20 lutego 2015 r. o zmianie ustawy – Kodeks karny oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. z 2015 r., poz. 396). Autorka w żadnym miejscu nie wskazała na tę ustawę nowelizacyjną⁵. W dalszej kolejności należy przejść do kilku szczegółowych już uwag odnoszących się do rozważań I. Pączek. Na stronie 64 Autorka pisze: „W wyniku nowelizacji Kodeksu postępowania karnego ustawą z dnia 27 września 2013 r. zostały określone nowe ramy instytucji skazania oskarżonego bez rozprawy. Idea przepisu art. 335 k.p.k. pozostała bez zmian, w dalszym ciągu jego istotą jest skrócenie postępowania przygotowawczego, a co za tym idzie, uproszczenie procedury w odpowiednich, ściśle określonych w tym przepisie sytuacjach”. O ile rozważania dotyczące idei takiego ukształtowania tej instytucji prawnej (warstwa postulowana) są zasadniczo trafne⁶, o tyle wysunięcie tak optymistycznych wnio-

³ Zgodnie z art. 56 pkt 5 ustawy z dnia 27 września 2013 r. o zmianie ustawy – Kodeks postępowania karnego oraz niektórych innych ustaw, w odniesieniu do przepisu m.in. art. 335 k.p.k., ustawa weszła w życie po upływie 14 dni od dnia ogłoszenia, tj. dnia 9 listopada 2013 r. (albowiem ogłoszenie nastąpiło dnia 25 października 2013 r.).

⁴ Taki wniosek można wysnuć także z faktu, iż artykuł I. Pączek został opublikowany w październiku 2015 r., a zatem już po wejściu w życie obu ustaw nowelizacyjnych.

⁵ Należy wyraźnie podkreślić, że czynione w tym miejscu rozważania dotyczą stanu prawnego na dzień napisania przez I. Pączek artykułu pt. „Wniosek o skazanie bez rozprawy po noweli k.p.k. z dnia 27 września 2013 r.” (opublikowanego w Prok. i Pr. 2015, nr 10). Nie można w tym miejscu jednak nie wspomnieć o kolejnej zmianie rzeczzonego przepisu prawnego mocą nowelizacji z dnia 11 marca 2016 r. (Dz. U. z 2016 r., poz. 437), która weszła w życie dnia 15 kwietnia 2016 r.

⁶ Na temat idei skrócenia i przyspieszenia postępowania przygotowawczego w perspektywie zmian przepisu art. 335 k.p.k. wypowiadali się także: J. Machlańska, (w:) Kilka uwag krytycznych o trybach konsensualnych w projekcie ustawy o zmianie kodeksu postępowania

sków w tym zakresie nie może zostać przyjęte, jeżeli wziąć pod uwagę warstwę stosowania prawa⁷. Nie budzi wątpliwości, że przepis art. 335 k.p.k. zmierza do skrócenia czasu trwania postępowania sądowego przez skierowanie sprawy na posiedzenie, oraz wyłączenie prowadzenia podczas tego posiedzenia postępowania dowodowego (ograniczenie zasady bezpośredniości – zob. art. 343 § 4 k.p.k.). Sąd wydając bowiem stosowne rozstrzygnięcie opiera się przede wszystkim na materiale dowodowym zgromadzonym w postępowaniu przygotowawczym. Fakt ten nie pozwala jednak na jednoznaczne wysunięcie twierdzenia o każdorazowym skróceniu czasu trwania postępowania przygotowawczego. Choć przepis art. 335 k.p.k. *expressis verbis* zezwala na zredukowanie przeprowadzanych w postępowaniu przygotowawczym czynności procesowych, o tyle inne względy nie pozwalają na przyjęcie tak jednoznacznych wniosków w tym zakresie. Wyjdźmy zatem od analizy treści przepisu art. 335 § 1 *in principio* k.p.k., zgodnie z którym: „Jeżeli oskarżony przyznaje się do winy, a w świetle jego wyjaśnień okoliczności popełnienia przestępstwa i winy nie budzą wątpliwości, a postawa oskarżonego wskazuje, że cele postępowania zostaną osiągnięte, można zaniechać przeprowadzania dalszych czynności”. Co za tym idzie, jeżeli zostaną spełnione wyżej wskazane przesłanki, do których należą: 1) przyznanie się do winy, 2) brak wątpliwości co do okoliczności popełnienia przestępstwa, 3) brak wątpliwości co do winy oskarżonego, 4) postawa oskarżonego wskazująca, że cele postępowania zostaną osiągnięte, to dalszych czynności w postępowaniu przygotowawczym można nie przeprowadzać⁸. Wskazany przepis prawny statuuje zatem uprawnienie po stronie

karnego zaproponowanym przez Komisję Kodyfikacyjną Prawa Karnego, (w:) P. Wiliński (red.), *Kontradyktoryjność w polskim procesie karnym*, Warszawa 2013, s. 420; K. T. Bora-tyńska, A. Górski, M. Górski, A. Sakowicz, M. Warchoń, A. Ważny, (w:) *Kodeks postępowania karnego. Komentarz*, wyd. 6, Warszawa 2015, s. 723.

⁷ Wątpliwości takie wypowiadał już J. Skorupka, (w:) *Opinia z dnia 17 marca 2010 r. dot. modelu postępowania przygotowawczego i sądowego*, <http://bip.ms.gov.pl/pl/dzialalnosc/komisje-kodyfikacyjnej/komisja-kodyfikacyjna-prawa-karnego/komisja-kodyfikacyjna-prawa-karnego-2009-2013/konferencje/rok-2010/download,72,1.html>.

⁸ Z przepisu art. 335 § 1, a także z przepisu art. 343 § 2 k.p.k. wynika także, że jest jeszcze jedna przesłanka, której niespełnienie uniemożliwia skierowanie do sądu wniosku o skazanie bez przeprowadzenia rozprawy. Tą przesłanką jest uwzględnienie prawnie chronionych interesów pokrzywdzonego, a zatem niesprzeczność z tym interesem. Na marginesie należy tylko wskazać, że wzmocnienie interesów pokrzywdzonego w kontekście tej instytucji prawnej zasługuje na uznanie. Należy zaakceptować zwłaszcza treść przepisu art. 343 § 2 k.p.k., zgodnie z którym uwzględnienie wniosku jest możliwe tylko wówczas, jeżeli nie sprzeczy się temu pokrzywdzony, należycie powiadomiony o terminie posiedzenia. Względ na interesy oraz zdanie pokrzywdzonego po pierwsze akcentuje wzrost funkcji gwarancyjnej realizowanej wobec tego uczestnika postępowania karnego, a po drugie stanowi naturalną konsekwencję rozszerzenia zakresu przedmiotowego przepisu art. 335 k.p.k. na wszystkie występkę. O ile ta zmiana jest – jak już wskazano – bardzo dobrym rozwiązaniem, o tyle poczyniona zarówno w § 1, jak i § 2 przepisu art. 335 k.p.k. zmiana polegająca na dodaniu do treści

organów prowadzących postępowanie przygotowawcze do zredukowania dokonywanych w nim czynności dowodowych ograniczonych do niezbędne-go minimum. Założenie to jednak jedynie z pozoru doprowadza do wniosku o faktycznym, każdorazowym skróceniu czasu trwania postępowania przygotowawczego. Wynika to z co najmniej dwóch powodów. Po pierwsze, większość ze wskazanych powyżej przesłanek jest zależnych od postawy oskarżonego – to oskarżony musi się przyznać do winy, a jego wina nie może budzić wątpliwości (co zależne jest od przyznania się do winy), to jego postawa musi wskazywać, że cele postępowania zostaną osiągnięte. Skoro przesłanki skierowania do sądu wniosku o skazanie na posiedzeniu (w trybie art. 335 § 1 k.p.k.) zależne są w znacznej mierze od oskarżonego, to zmiana postawy oskarżonego, czy jego wyjaśnień – już po skierowaniu do sądu owego wniosku – może doprowadzić do zaniechania skorzystania przez sąd z tej konsensualnej formy zakończenia sprawy, co będzie obligowało ów organ procesowy do oddalenia wniosku i zwrócenia sprawy prokuratorowi do dalszego prowadzenia postępowania przygotowawczego (jeżeli bowiem będą zachodziły wątpliwości co do okoliczności popełnienia czynu lub co do winy oskarżonego, to wykluczone jest skorzystanie z tej konsensualnej formy zakończenia sprawy)⁹. Z kolei, jak wiadomo, brak przeprowadzenia pewnych czynności procesowych na początku postępowania przygotowawczego może doprowadzić do sytuacji, w której na dalszym jego etapie przeprowadzenie takich czynności będzie niemożliwe lub znacznie utrudnione, co w rezultacie (a zatem już przed sądem, po wniesieniu zwykłego aktu oskarżenia) może doprowadzić do wydania rozstrzygnięcia, które dla prokuratora

przepisu zwrotu: „uwzględniających również prawnie chronione interesy pokrzywdzonego” lub „uwzględniających też prawnie chronione interesy pokrzywdzonego” („również” – „też” – dlaczego to różnicowanie?) jest zbędnym *superfluum*. Zbędność ta uwarunkowana jest tym, iż na gruncie przepisów Kodeksu postępowania karnego obowiązuje już norma prawna zobowiązująca organy procesowe do uwzględniania prawnie chronionych interesów pokrzywdzonego. Normę tę można odkodować z treści przepisu art. 2 § 1 pkt 3 k.p.k., zgodnie z którym przepisy niniejszego kodeksu mają na celu takie ukształtowanie postępowania karnego, aby zostały uwzględnione prawnie chronione interesy pokrzywdzonego przy jednoczesnym poszanowaniu jego godności (art. w brzmieniu ustalonym ustawą: Dz. U. z 2015, poz. 21). Nie analizując szerzej w tym miejscu tego przepisu prawnego, należy tylko wskazać, iż jest on wyznacznikiem dla stosowania wszystkich instytucji w procesie karnym, a tym samym zbędne jest dodatkowo podkreślanie jego istoty w innych przepisach prawnych.

⁹ Innymi słowy nie ma w tym wypadku możliwości skierowania sprawy na rozprawę. K. T. Boratyńska, A. Górski, M. Górski, A. Sakowicz, M. Warchoł, A. Ważny, (w:) Kodeks postępowania..., s. 724. Natomiast zgodnie z przepisem art. 335 § 4 k.p.k.: „W wypadku, gdy sąd nie uwzględniając wniosku, o którym mowa w § 1, zwrócił sprawę prokuratorowi, ponowne wystąpienie z takim wnioskiem jest możliwe, jeżeli zwrot nastąpił z przyczyn wskazanych w art. 343 § 1, 2 lub 3 (a zatem, gdy zachodzi potrzeba naprawienia szkody, pokrzywdzony wystąpił ze sprzeciwem lub zdaniem sądu konieczna jest zmiana zaakceptowana przez oskarżonego – uważa autorki). Zwrot sprawy nie stoi też na przeszkodzie wystąpieniu następnie z wnioskiem, o którym mowa w § 2”.

satysfakcjonujące nie będzie. I nie chodzi tu o zaniechanie dokonania czynności niepowtarzalnych, albowiem zgodnie z treścią wskazanego już przepisu art. 335 § 1 k.p.k.: „Jeżeli zachodzi potrzeba oceny wiarygodności złożonych wyjaśnień czynności dowodowych dokonuje się jedynie w niezbędnym do tego zakresie. W każdym jednak wypadku, jeżeli jest to konieczne dla zabezpieczenia śladów i dowodów przestępstwa przed ich utratą, zniszczeniem lub zniekształceniem, należy przeprowadzić w niezbędnym zakresie czynności procesowe, a zwłaszcza dokonać oględzin, w razie potrzeby z udziałem biegłego, przeszukania lub czynności wymienionych w art. 74 § 2 pkt 1 w stosunku do osoby podejrzaney, a także przedsięwziąć wobec niej inne niezbędne czynności, nie wyłączając pobrania krwi, włosów i wydzielin organizmu”. Czasami bowiem to także inne czynności dowodowe, nienależące do zakresu czynności niecierpiących zwłoki, czy czynności niepowtarzalnych, także mogą z upływem czasu być niewykonalne lub trudne do wykonania. Tym samym prokurator, przeprowadzając w postępowaniu przygotowawczym czynności dowodowe, nawet przygotowując się do złożenia wniosku w trybie art. 335 § 1 k.p.k. powinien rozważyć ewentualną możliwość zmiany okoliczności sprawy, poprzez zmianę postawy oskarżonego, co z kolei może przyczynić się do ostrożniejszego rezygnowania z przeprowadzanych na etapie postępowania przygotowawczego czynności procesowych. Nie pozwala to zatem na przyjęcie jednoznacznego, prostego założenia o każdorazowym skróceniu czasu trwania postępowania przygotowawczego, nawet gdy będą zachodziły przesłanki do skierowania do sądu wniosku w oparciu o przepis art. 335 § 1 k.p.k. Ponadto prokurator rezolutnie winien podchodzić do redukcji czynności dowodowych, albowiem to przede wszystkim na tych dowodach sąd oprze swoje rozstrzygnięcie, a zatem zdecydować, czy zachodzą podstawy do skazania oskarżonego na posiedzeniu, czy też nie.

Po drugie, z pola widzenia nie może umknąć fakt, że postępowanie przygotowawcze (zwłaszcza dochodzenie) prowadzi nie tylko prokurator, ale także inne organy ścigania¹⁰, np. policja. Policja nie posiada jednak uprawnień do skierowania do sądu wniosku o skazanie bez rozprawy, choć to ona przecież prowadzi postępowanie przygotowawcze (dochodzenie), a w związku z tym decyduje o ewentualnym zredukowaniu czynności dowo-

¹⁰ Naturalnie podejmowane tu rozważania nie dotyczą organów, o których mowa w przepisie art. 325d k.p.k., a zatem organów określonych w rozporządzeniu Ministra Sprawiedliwości z dnia 13 czerwca 2003 r. (Dz. U. Nr 108, poz. 1019 ze zm.). Jak bowiem wynika z treści przepisu art. 325i § 3 k.p.k. uprawnienia prokuratora określone w art. 335 k.p.k. przysługują także innym niż prokurator organom uprawnionym do wnoszenia i popierania oskarżenia w sprawach o przestępstwa ścigane z oskarżenia publicznego (przepis art. 325i § 3 k.p.k. w brzmieniu nadanym nowelizacją Dz. U. z 2016 r., poz. 437).

dowych na tym etapie postępowania¹¹. W rezultacie jednak widząc podstawy do skierowania do sądu takiego wniosku, winna zwrócić się do prokuratora o jego sporządzenie i przesłanie. W takiej konfiguracji procesowej mamy zatem do czynienia z dwoma organami: organem prowadzącym postępowanie przygotowawcze (policja) oraz organem decyzyjnym w przedmiocie skierowania do sądu wniosku o skazanie na posiedzeniu (prokurator). Prokurator podejmuje taką decyzję w oparciu o zgromadzony przez policję materiał dowodowy, co z kolei przerzuca na policję ciężar podejmowania decyzji o zredukowaniu czynności procesowych. Na tym tle może pojawić się pytanie, czy policja będzie skłonna redukować do niezbędnego minimum czynności procesowe, mając w świadomości to, że prokurator może nie przychylić się do skierowania do sądu – w oparciu o taki ograniczony materiał dowodowy – wniosku o skazanie na posiedzeniu oraz nakazać, w trybie nadzoru, kontynuację zbierania materiału dowodowego.

Powyższe refleksje nie pozwalają na przyjęcie tak jednoznacznego wniosku o każdorazowym redukowaniu zakresu prowadzonego postępowania przygotowawczego, a zatem o znacznym skróceniu czasu jego trwania, wbrew temu co wyraża ustawodawca w treści przepisu art. 335 § 1 k.p.k. Nie można bowiem jednocześnie redukować do minimum postępowania przygotowawczego i postępowania jurysdykcyjnego, albowiem na jakimś (i to nie byle jakim) materiale dowodowym należy wydać stosowne rozstrzygnięcie. Słusznie zatem wskazał J. Tylman, że „konsensualizm w pewnym sensie wprowadza modelowe rozwiązania w ślepy zaulek, bo krańcowo ograniczając postępowanie sądowe, w szczególności dowodowe, rodzi niebezpieczeństwo przesuwania «dowodowego punktu ciężkości» w procesie karnym w tych sprawach – jeszcze bardziej niż dotychczas na postępowanie przygotowawcze. W konsekwencji, podobnie jak w naszej odległej przeszłości, sądy mniej lub bardziej, ale tylko weryfikują ten materiał i – w zasadzie – tylko przez «lekturę akt»”¹².

¹¹ Naturalnie prokurator prowadzi nadzór nad postępowaniem przygotowawczym w zakresie, w jakim go sam nie prowadzi (art. 326 § 1 k.p.k.), tym niemniej względem na fakt, iż prokurator niejednokrotnie nie wie, że dochodzenie jest w toku, utrudnia mu sprawowanie efektywnego nadzoru nad tym postępowaniem. Co prawda przytaczaną już nowelizacją z dnia 27 września 2013 r. uchylono przepis art. 325e § 3 k.p.k., zgodnie z którym nie jest wymagane powiadomienie prokuratora o wszczęciu dochodzenia, jednak nie oznacza to tym samym istniejącego po stronie organów prowadzących dochodzenie obowiązku każdorazowego poinformowania prokuratora o jego wszczęciu. Uchylenie przepisu prawnego, który zezwalał na nie informowanie prokuratora o wszczęciu dochodzenia nie oznacza pojawienia się obowiązku po stronie organów procesowych do informowania prokuratora o takim wszczęciu. Pojawienie się takiego obowiązku musiałoby zostać poprzedzone wprowadzeniem normy zobowiązującej do dokonania takiej czynności procesowej. Tak też: J. Tylman, *Model procesu karnego a nadzór nad postępowaniem przygotowawczym*, (w:) Państwo prawa i prawo karne. Księga jubileuszowa Profesora Andrzeja Zolla, Warszawa 2012, s. 1821.

¹² J. Tylman, *Model procesu karnego...*, s. 1812–1813.

Na stronie 65 I. Pączek pisze: „Kluczową zmianą stała się nowa forma wniosku o wydanie wyroku i orzeczenie uzgodnionych z oskarżonym kar lub innych środków przewidzianych w kodeksie karnym. Otóż zgodnie ze znowelizowanym przepisem art. 335 § 2 k.p.k. prokurator lub organ prowadzący dochodzenie (art. 325i § 3 k.p.k.) może dołączyć do aktu oskarżenia wniosek o wydanie na posiedzeniu wyroku skazującego i orzeczenie uzgodnionych z oskarżonym kar lub innych środków przewidzianych za zarzucany mu występki”. Otóż, pomijając pewną modyfikację tego przepisu prawnego (wcześniej był to przepis art. 335 § 1 k.p.k.), należy zauważyć, iż kluczową zmianą przepisu art. 335 k.p.k. było dodanie innej formy wniosku, a mianowicie tej przewidzianej w obowiązującym przepisie art. 335 § 1 k.p.k. Przepis ten przewiduje bowiem możliwość skierowania przez prokuratora skargi w postaci samodzielnego wniosku o wydanie wyroku na posiedzeniu i orzeczenie uzgodnionych z oskarżonym kar lub innych środków przewidzianych za zarzucany mu występki. Art. 335 § 1 *in fine* k.p.k. wyraźnie wskazuje, iż prokurator zamiast z aktem oskarżenia występuje do sądu z wnioskiem o wydanie na posiedzeniu wyroku skazującego. Co za tym idzie, wniosek o skazanie na posiedzeniu, określony w przepisie art. 335 § 1 k.p.k. stanowi surogat aktu oskarżenia. Z kolei przepis art. 335 § 2 k.p.k. nie stanowi o nowej formie wniosku, jest to w zasadzie taki sam wniosek (jeżeli chodzi o formę), jaki obowiązywał z chwilą wprowadzenia do Kodeksu postępowania karnego instytucji skazania bez rozprawy¹³. Tym samym, na tle obowiązującego stanu prawnego, mamy w rezultacie do czynienia z pewnym dualizmem, a zatem z dwoma formami takiej skargi. Po pierwsze, może być to wniosek o skazanie na posiedzeniu stanowiący surogat aktu oskarżenia, po drugie może być to wniosek o skazanie na posiedzeniu, dołączany do aktu oskarżenia. Do tego dualizmu przyjdzie jeszcze w dalszej części opracowania nawiązać¹⁴.

Nadto I. Pączek nie miała racji pisząc (w październiku 2015 r.), że inny aniżeli prokurator organ prowadzący dochodzenie (art. 325d k.p.k.) miał uprawnienie do złożenia wniosku o skazanie na posiedzeniu w trybie art.

¹³ Pierwotnie, tj. z chwilą wejścia w życie Kodeksu postępowania karnego z 1997 r., wniosek o skazanie bez rozprawy dołączany był do aktu oskarżenia jako odrębne pismo procesowe. Dopiero ustawą z dnia 10 stycznia 2003 r. o zmianie ustawy – Kodeks postępowania karnego, ustawy – przepisy wprowadzające Kodeks postępowania karnego, ustawy o świadku koronnym oraz ustawy o ochronie informacji niejawnych (Dz. U. Nr 17, poz. 155) wprowadzono zmianę przepisu art. 335 k.p.k., zgodnie z którą wniosek o skazanie bez rozprawy zamieszczany był w akcie oskarżenia, a zatem stanowił jego integralną część.

¹⁴ W literaturze nawet wskazuje się, że nowelizacja z dnia 20 lutego 2015 r. wyodrębniła dwa tryby konsensualne – uproszczony – określony w przepisie art. 335 § 1 k.p.k. i zwykły – określony w przepisie art. 335 § 2 k.p.k. Tak: K. T. Boratyńska, A. Górski, M. Górski, A. Sakowicz, M. Warchoń, A. Ważny, (w:) Kodeks postępowania..., s. 723.

335 § 2 k.p.k.¹⁵. Było wręcz przeciwnie. Ani nowelizacja Kodeksu postępowania karnego z dnia 27 września 2015 r., ani nowelizacja z dnia 20 lutego 2015 r. nie zmieniła bowiem treści przepisu art. 325i § 3 k.p.k., zgodnie z którym uprawnienia prokuratora określone w art. 335 § 1 k.p.k. przysługiwały także organom, o których mowa w art. 325d k.p.k. Co za tym idzie, nieprokuratorscy oskarżyciele publiczni, o których mowa w przepisie art. 325d k.p.k., nie mieli uprawnienia do samodzielnego złożenia aktu oskarżenia z wnioskiem, określonym w przepisie art. 335 § 2 k.p.k., a mieli jedynie uprawnienie do złożenia wniosku, o którym mowa w przepisie art. 335 § 1 k.p.k. Należy uznać, że była to pewna luka, niedopatrzenie ustawodawcy, niekonsekwencja, oraz niespójność pewnych rozwiązań ustawowych. Tym niemniej Autorka nie powinna wskazywać, że ograny określone w przepisie art. 325d k.p.k. miały uprawnienie do złożenia wniosku w trybie art. 335 § 2 k.p.k., gdy – na czas pisania przez Autorkę artykułu – go nie miały. Fortunnie, nowelizacją z dnia 11 marca 2016 r. zmieniono treść rzeczzonego przepisu art. 325i § 3 k.p.k. w ten sposób, że uprawnienia prokuratora określone w art. 335 k.p.k. (a zatem określone zarówno w § 1, jak i § 2 tego przepisu prawnego) przysługują także innym niż prokurator organom uprawnionym do wnoszenia i popierania oskarżenia o przestępstwa ścigane z oskarżenia publicznego. Tym samym zlikwidowano istniejącą wcześniej lukę w prawie¹⁶.

Nie do końca jasne jest także przytaczanie przez Autorkę (na stronie 69), z dobrodziejstwem inwentarza, poglądów zaczerpniętych z orzecznictwa i literatury, które w pewnej części straciły na aktualności po dniu 1 lipca 2015 r.¹⁷. Poglądy te dotyczą możliwości zmodyfikowania przez sąd treści wniosku prokuratora. Autorka pisze (s. 69): „Co istotne, zgodnie z poglądem wyrażonym przez orzecznictwo Sąd jest związany treścią wniosku prokuratora złożonego w trybie art. 335 § 1 k.p.k. w tym sensie, że potrzeba dokonywania jakiegokolwiek zmiany jego treści musi powodować rozpoznanie sprawy na zasadach ogólnych. Podobnie wypowiedział się w tej kwestii Sąd Najwyższy”. Co prawda Autorka następnie wskazała (s. 75), że sąd nie jest wnioskiem bezwzględnie związany, jednak powołała się na treść przepisu art. 343 § 3b k.p.k., co tym bardziej mogło wprowadzić Czytelnika w zakłopotanie z dwóch powodów. Po pierwsze przytaczanie poglądów, które częściowo lub całkowicie tracą na aktualności stanowi duży walor poznawczy, jednak należy wy-

¹⁵ Taki pogląd Autorki można wywieść ze zdania (s. 70): „Organy te (określone w art. 325d k.p.k. – uwaga autorki) uprawnione są zatem do prowadzenia negocjacji i samodzielnego zamieszczenia w sporządzonym przez siebie akcie oskarżenia wniosku o skazanie bez rozprawy (...)”.

¹⁶ W przedmiocie istniejącej – przed nowelizacją k.p.k. z dnia 11 marca 2016 r. – luki w prawie wypowiadali się: A. Sakowicz, K. T. Boratyńska, A. Górski, M. Górski, M. Warchoł, A. Ważny, (w:) *Kodeks postępowania...*, s. 723.

¹⁷ Nie zostało bowiem w treści artykułu wskazane, że poglądy te należy odczytywać inaczej, bądź że poglądy te mają walor historyczny.

rażnie wskazać w jakim zakresie dany pogląd jest aktualny, a w jakim zakresie nie, oraz jakie to ma znaczenie dla obowiązującego stanu prawnego, a także czynionych rozważań. Po drugie, choć należy podkreślić, że rację ma Autorka pisząc na stronie 75, iż sąd nie jest wnioskiem prokuratora bezwzględnie związany, jednakże fakt ten nie wypływa z treści przepisu art. 343 § 3b k.p.k. (którego nie ma, ani nie było już w czasie opublikowania przez I. Pączek artykułu), ale z przepisu art. 343 § 3 k.p.k.¹⁸. Zgodnie z treścią rzeczonoego przepisu prawnego sąd może uzależnić uwzględnienie wniosku od dokonania w nim przez prokuratora wskazanej przez siebie zmiany, zaakceptowanej przez oskarżonego. Co za tym idzie, modyfikacja wniosku (przede wszystkim w zakresie kary i środka karnego), a w konsekwencji zaakceptowanie go przez sąd, jest możliwa, z tym zastrzeżeniem, że takiej modyfikacji dokona prokurator za zgodą oskarżonego. Wskazana zmiana podyktowana była przede wszystkim względami ekonomii procesowej oraz szybkości postępowania. Przed zmianą przepisu art. 343 k.p.k. (dokonaną nowelizacją z dnia 27 września 2013 r.¹⁹) sąd był wnioskiem prokuratora bezwzględnie związany, co rodziło konieczność kierowania sprawy na rozprawę główną w razie braku przychylenia się co do jakiegokolwiek elementu merytorycznego tego wniosku. A zatem np. sąd przewidując inny wymiar kary, a zgadzając się co do wszystkich pozostałych elementów wniosku (co do tego, że wina i okoliczności popełnienia czynu nie budzą wątpliwości etc.) nie mógł ani samodzielnie, ani po konsultacji ze stronami postępowania tego wniosku zmienić. Kierowanie sprawy na rozprawę główną mnożyło więc koszty postępowania oraz wydłużało czas jego trwania, co w oczywisty sposób zaprzeczało idei tej konsensualnej formy zakończenia postępowania. Zmianę przepisu art. 343 k.p.k. we wskazanym zakresie należy więc zaakceptować, albowiem pozostaje ona zgodna z ideą szybkości postępowania, ale też uwzględnienia stanowiska stron procesowych.

Na stronie 70 I. Pączek pisze: „W dalszym ciągu wystąpienie z wnioskiem w trybie art. 335 k.p.k. nie jest uzależnione od formy postępowania przygotowawczego, jak również organu go prowadzącego. Zgodnie z art. 325i § 3 k.p.k., uprawnienia prokuratora określone w art. 335 § 1 k.p.k. przysługują także organom upoważnionym do prowadzenia dochodzeń oraz wnoszenia i popierania oskarżenia przed sądem I instancji w postępowaniu uproszczonym na podstawie art. 325d k.p.k.”. O ile bez wątpienia pozostaje fakt, iż

¹⁸ I. Pączek przytoczyła treść przepisu art. 343 § 3b k.p.k., który został wprowadzony nowelizacją z dnia 27 września 2013 r. Jednakże przepis art. 343 k.p.k. został zmieniony mocą nowelizacji z dnia 20 lutego 2015 r. (w tym zakresie była to nowelizacja do nowelizacji). Na październik 2015 r., a zatem na czas opublikowania przez I. Pączek artykułu nie należało powoływać się na treść przepisu art. 343 § 3b k.p.k., który nie obowiązywał.

¹⁹ Już bowiem nowelizacja z 27 września 2013 r. wprowadziła możliwość dokonania takiej modyfikacji.

złożenie wniosku o skazanie na posiedzeniu nie jest zasadniczo uzależnione od tego, czy postępowanie przygotowawcze było prowadzone w formie śledztwa, czy dochodzenia (art. 335 k.p.k. ogranicza jedynie zakres spraw do wszystkich występków), o tyle należy zwrócić uwagę na zmianę przepisu art. 325d k.p.k., uwarunkowaną uchynieniem rozdziału 51 Kodeksu postępowania karnego, a zatem uchynieniem trybu szczególnego, jakim było postępowanie uproszczone. Zgodnie z obowiązującym przepisem art. 325d k.p.k., Minister Sprawiedliwości w porozumieniu z właściwymi ministrami określili w drodze rozporządzenia organy uprawnione obok policji do prowadzenia dochodzeń oraz organy uprawnione do wnoszenia i popierania oskarżenia przed sądem pierwszej instancji w sprawach, w których prowadzono dochodzenie, jak również zakres spraw zleconych tym organom, mając na uwadze określony przez ustawę zakres kompetencji tych organów. Co za tym idzie, rozważając kwestię organów uprawnionych do złożenia wniosku o skazanie na posiedzeniu, wprost kardynalnym błędem było nie dostrzeżenie poważnej zmiany w tym zakresie, a dotyczącej uchynienia postępowania uproszczonego. Tym samym, organy określone w przepisie art. 325d k.p.k. są uprawnione do złożenia takiego wniosku, bądź aktu oskarżenia wraz z takim wnioskiem po przeprowadzeniu dochodzenia, albowiem tylko w tej formie mogą one prowadzić postępowanie przygotowawcze.

Na stronie 71 Autorka pisze: „Wśród celów postępowania przygotowawczego ustawodawca wymienił m.in. zebranie, zabezpieczenie i w niezbędnym zakresie utrwalenie dowodów dla sądu. Zmiana art. 297 § 1 k.p.k. dokonana w drodze ustawy nowelizującej z dnia 5 listopada 2009 r. stworzyła możliwość skrócenia postępowania przygotowawczego. (...) Tym samym można stwierdzić, iż nowelizacja art. 335 k.p.k. jest kolejnym krokiem, po nowelizacji m.in. art. 297 k.p.k., w kierunku zwiększenia efektywności postępowania karnego”. Naturalnie Autorce chodziło o przepis art. 297 § 1 pkt 5 k.p.k., albowiem to jego treść (w dawnej wersji) przytacza. Niestety I. Pączek przytoczyła wersję wskazanego przepisu prawnego sprzed nowelizacji z dnia 27 września 2013 r., a zatem nie dostrzegła, że ów przepis prawny – na moment opublikowania Jej artykułu – uległ zmianie. Od czasu wejścia w życie wskazanej ustawy nowelizacyjnej, treść tego przepisu prawnego brzmiała bowiem inaczej. I tak, zgodnie z ówczesnie obowiązującym przepisem art. 297 § 1 pkt 5 k.p.k. celem postępowania przygotowawczego było zebranie, zabezpieczenie i utrwalenie dowodów w zakresie niezbędnym do stwierdzenia zasadności wniesienia aktu oskarżenia albo innego zakończenia postępowania, jak również do przedstawienia wniosku o dopuszczenie tych dowodów i przeprowadzenie ich przed sądem. Nie analizując w tym miejscu znaczenia tego przepisu prawnego (aktualnie nie obowiązującego

już w tym kształcie²⁰), należy tylko wskazać na zasadniczą różnicę w treści tego przepisu prawnego przed i po nowelizacji. Otóż przed dniem 1 lipca 2015 r. oskarżyciel publiczny zbierał, zabezpieczał i utrzymywał dowody dla sądu. Co prawda utrzymywanie tych dowodów następowało tylko w niezbędnym zakresie (a nie wszechstronnie), ale dokonywane było dla sądu. Zmiana przepisu art. 297 § 1 pkt 5 k.p.k. miała zatem znaczenie zasadnicze, albowiem prokurator nie zbierał już dowodów dla sądu, ale dla poparcia swojego oskarżenia przed sądem, co całkowicie przeobrażało zakres prowadzonego postępowania dowodowego w postępowaniu przygotowawczym, a także kwestię skrócenia (czy aby na pewno?) czasu trwania postępowania przygotowawczego²¹. Choć mocą nowelizacji z dnia 11 marca 2016 r. powrócono do dawnego brzmienia przepisu art. 297 § 1 pkt 5 k.p.k., tym niemniej na dzień opublikowania przez I. Pączek artykułu obowiązywał inny kształt wskazanego przepisu prawnego, niż ten, na który powołała się Autorka.

Na stronie 71 Autorka pisze: „W tym miejscu należy zauważyć, że pomimo dokonanej nowelizacji w dalszym ciągu ustawodawca nie dookreślił kwestii, która w odniesieniu do analizowanej instytucji stwarza najwięcej problemów, a mianowicie, czy określenie «okoliczności popełnienia przestępstwa nie budzą wątpliwości» winno być interpretowane jako przyznanie się oskarżonego do winy»²². Należy zauważyć, że nowelizacja Kodeksu postępowania karnego z dnia 20 lutego 2015 r. wprowadziła (jak to już wcześniej wskazano) pewien dualizm wniosku o skazanie na posiedzeniu. Przepis art. 335 § 1 k.p.k. stanowi bowiem o wniosku kierowanym zamiast aktu oskarżenia, zaś § 2 tego przepisu prawnego stanowi o wniosku dołączanym do aktu oskarżenia. Ustawodawca nie przewidział jednorodnych przesłanek dla obu wniosków. Przepis art. 335 § 1 *in principio* k.p.k. *expressis verbis* stanowi: „Jeżeli oskarżony przyznaje się do winy, a w świetle jego wyjaśnień okoliczności popełnienia przestępstwa i winy nie budzą wątpliwości”. Co za tym idzie, ustawodawca jako warunek konieczny skierowania przez prokuratora do sądu wniosku o skazanie na posiedzeniu zamiast aktu oskarżenia, przewidział przyznanie się oskarżonego do winy. Natomiast okoliczności po-

²⁰ Zgodnie z brzmieniem przepisu art. 297 § 1 pkt 5 k.p.k. po nowelizacji z dnia 11 marca 2016 r., celem postępowania przygotowawczego jest zebranie, zabezpieczenie i w niezbędnym zakresie utrzymywanie dowodów dla sądu. Tym samym, ustawodawca przewidział powrót do dawnego modelu postępowania przygotowawczego.

²¹ Na temat zmiany celu postępowania przygotowawczego, o którym mowa w przepisie art. 297 § 1 pkt 5 k.p.k., pisali już m.in.: R. A. Stefański, O nieadekwatności projektowanych zmian w zakresie postępowania przygotowawczego do proponowanego modelu rozprawy głównej, (w:) Kontradiktoryjność..., s. 226–227; Ł. Chojniak, Postępowanie przygotowawcze w założeniach reformy procesu karnego – uwagi krytyczne, (w:) Kontradiktoryjność..., s. 284–285.

²² Szczegółowo kwestię tę na tle dawnego stanu prawnego analizował P. Kardas, (w:) Konsensualne sposoby rozstrzygania w świetle nowelizacji Kodeksu postępowania karnego z dnia 10 stycznia 2003 r., Prok. i Pr. 2004, nr 1, s. 42–45.

pełnienia przestępstwa i wina oskarżonego nie mogą w świetle jego wyjaśnień budzić wątpliwości. Wydaje się, że w kontekście zmienionego przepisu prawnego, przytoczone przez Autorkę poglądy doktryny należałoby odczytywać nieco inaczej. Otóż warunkiem skierowania przez prokuratora wniosku o skazanie na posiedzeniu zamiast aktu oskarżenia jest przyznanie się oskarżonego do winy. Oczywiście czym innym jest przyznanie się oskarżonego do winy, a czym innym ocena wiarygodności tego przyznania się. To pozytywna ocena wiarygodności wyjaśnień oskarżonego wpływa m.in. na ustalenie tego, że wina oskarżonego i okoliczności popełnienia czynu zabronionego nie budzą wątpliwości. Inna kwestia wypływa z kolei z treści przepisu art. 335 § 2 k.p.k., gdzie ustawodawca nie przewidział *expressis verbis* konieczności przyznania się oskarżonego do winy, określając, iż wniosek o skazanie na posiedzeniu dołączany do aktu oskarżenia może być skierowany wówczas, gdy okoliczności popełnienia przestępstwa i wina oskarżonego nie budzą wątpliwości. Na tym tle może pojawić się pewien problem interpretacyjny związany z przyznaniem się do winy, a mianowicie, czy określenie „wina oskarżonego nie budzi wątpliwości” użyte w przepisie art. 335 § 2 k.p.k. wymaga także przyznania się oskarżonego do winy? Względ na założenie o racjonalnym prawodawcy nie pozwalałby jednak na przyjęcie takiego wniosku, ponieważ gdyby ustawodawca miał zamiar taki warunek wprowadzić do ustawy uczyniłby to (tak jak uczynił to w § 1 tego przepisu prawnego). Z drugiej zaś strony może nieco dziwić wprowadzanie odmiennych warunków w zakresie obowiązku przyznania się do winy przez oskarżonego, w zależności od tego, czy chodzi o wniosek o skazanie na posiedzeniu dołączany do aktu oskarżenia, czy zamiast niego. Analizę co do trafności takiego rozwiązania można by przeprowadzić po dokładnym, szczegółowym rozważeniu wszystkich przesłanek obu wniosków, czego w tym miejscu jednak nie uczyniono. Co za tym idzie, nie można podzielić w pełni rozważań I. Pączek w kwestii tego, czy zwrot „okoliczności popełnienia przestępstwa nie budzą wątpliwości” interpretowane są jako przyznanie się oskarżonego do winy, czy też nie, albowiem po 1 lipca 2015 r. doszło do przesunięcia pewnych akcentów rozważań, w zależności od tego, czy mowa o § 1 czy § 2 przepisu art. 335 k.p.k.

Powyższe uwagi nie miały na celu kompleksowego przedstawienia instytucji prawnej jaką jest skazanie na posiedzeniu, co znacznie przekroczyłoby ramy opracowania. Skoncentrowano się więc wyłącznie na przedstawieniu oraz odniesieniu się do niektórych poglądów I. Pączek, wyrażonych w artykule pt. „Wniosek o skazanie bez rozprawy po noweli k.p.k. z dnia 27 września 2013 r.”, opublikowanym w Prokuraturze i Prawie 2015, nr 10.

Motion to convict without trial under the Code of Criminal Procedure as amended on 27 September 2013 (several remarks to the paper of I. Pączek)

Abstract

This contribution adds several remarks to the paper by I. Pączek, Motion to convict without trial under the Code of Criminal Procedure as amended on 27 September 2013, Prokuratura i Prawo 2015 (10). The focus is primarily on irrelevance of several claims brought forward by I. Pączek.

Marcin Janusz Szewczyk

Środki kompensacyjne a zakaz reformationis in peius

Streszczenie

W artykule zaprezentowano rozwój instytucji polskiego prawa karnego, dotyczących naprawienia szkody wyrządzonej przestępstwem, jak również przedstawiono charakterystykę zakazu reformationis in peius. Autor wskazuje, że zmiana treści art. 46 § 1 k.k. dokonana ustawą z dnia 20 lutego 2015 r. o zmianie ustawy – Kodeks karny oraz niektórych innych ustaw, jak również zlokalizowanie przepisu w nowym rozdziale ustawy karnej, nie mogą skutkować wyłączeniem stosowania zakazu reformationis in peius, jak i innych instytucji procesu karnego. Klauzula umieszczona w treści art. 46 § 1 k.k. o stosowaniu przepisów prawa cywilnego w przypadku orzekania środków kompensacyjnych, uprawnia natomiast do przyjęcia, że normy te znajdują zastosowanie do określenia zasad odpowiedzialności za wyrządzoną szkodę, a w szczególności sposobu ustalania wysokości rekompensaty uszczerbku, który na skutek przestępstwa doznał pokrzywdzony.

Uwagi wprowadzające

Instytucja obowiązku naprawienia szkody wyrządzonej przestępstwem funkcjonuje w polskim ustawodawstwie począwszy od pierwszej kodyfikacji. Wraz ze zmianą w pojmowaniu funkcji prawa karnego w kolejnych nowelizacjach ustaw karnych następowało stopniowe wzmocnienie trybu dochodzenia roszczeń cywilnych przez pokrzywdzonego przestępstwem.

Obowiązek naprawienia szkody w Kodeksie karnym z 1932 r. ukształtowany jako środek probacyjny orzekany przy warunkowym zawieszeniu wykonania kary. Zgodnie z treścią art. 62 § 2 k.k. z 1932 r., jeżeli pozwalały na to stosunki gospodarcze skazanego, sąd mógł zobowiązać go, aby wyrządzone przestępstwem szkody wynagrodził w czasie i w rozmiarach ustalonych w wyroku. W przypadku niewykonania przez skazanego nałożonego na niego obowiązku naprawienia szkody, istniała możliwość fakultatywnego zarządzenia wykonania kary, którą warunkowo zawieszono.

Z kolei do ustawy procesowej z 1928 roku wprowadzono instytucję procesu adhezyjnego, w której przewidziano, iż pokrzywdzony mógł zgłosić w sprawie

karnej powództwo cywilne o wynagrodzenie szkody wynikającej bezpośrednio z czynu przestępnego¹. Pełniło ono rolę uboczną, względem głównego przedmiotu postępowania, bowiem rozstrzygnięcie w tym przedmiocie mogło zapaść, o ile nie powodowało to przewlekłości postępowania karnego.

Ustawą z dnia 27 listopada 1961 r. o zmianie przepisów postępowania karnego² wprowadzono instytucję w postaci odszkodowania zasądanego z urzędu na rzecz pokrzywdzonego przestępstwem. Nowy przepis art. 331¹ § 1 k.p.k. z 1928 r. stanowił, że: „W razie skazania za przestępstwo zagarnięcia mienia społecznego, jeżeli powództwa cywilnego nie wytoczono, sąd na pokrycie wyrządzonej szkody zasądza z urzędu na podstawie ujawnionych w sprawie materiałów na rzecz pokrzywdzonej instytucji państwowej, jednostki gospodarki uspołecznionej lub organizacji społecznej odszkodowanie pieniężne, odpowiadające wartości zagarniętego mienia”.

Przepisy Kodeksu karnego z 1969 r., podobnie jak normy poprzedniej ustawy, nie przewidywały możliwości wymierzenia środka karnego w postaci obowiązku naprawienia szkody. Mógł on być natomiast orzeczony jako środek probacyjny, na przykład w sytuacji warunkowego umorzenia postępowania, warunkowego zawieszenia wykonania kary, czy też warunkowego przedterminowego zwolnienia skazanego z reszty kary³.

W ustawie procesowej z 1969 r. zachowano instytucję powództwa adhezyjnego. Pokrzywdzony przestępstwem mógł zatem wystąpić z roszczeniem cywilnym przeciwko oskarżonemu w celu dochodzenia roszczeń majątkowych wynikających bezpośrednio z przestępstwa⁴.

Regulacja zasądzenia odszkodowania pieniężnego z urzędu, w podobnym kształcie, jak w przepisie art. 331¹ k.p.k. z 1928 r., została przyjęta w art. 363 k.p.k. z 1969 r. W dalszym ciągu w Kodeksie postępowania karnego z 1969 r. unormowanie to stanowiło wyraz szczególnej ochrony mienia społecznego. Zmiany w tym zakresie wprowadziła dopiero ustawa z dnia 29 czerwca 1995 r.⁵, na mocy której rozszerzono zakres stosowania instytucji orzekania odszkodowania z urzędu, przyjmując że sąd może je zasądzić w przypadku skazania albo warunkowego umorzenia postępowania na rzecz pokrzywdzonego niezależnie od charakteru mienia i rodzaju przestępstwa, którym szkodę wyrządzono.

W Kodeksie karnym z 1997 r. obowiązek naprawienia szkody uzyskał status samoistnego środka karnego⁶. Początkowo był on orzekany wyłącz-

¹ Zob. art. 66 i 69 k.p.k. z 1928 r.

² Dz. U. Nr 53, poz. 296.

³ Por. art. 28 § 2 pkt 1 i § 3 k.k., art. 75 § 2 pkt 1 k.k. oraz art. 94 k.k. z 1969 r.

⁴ Zob. art. 52–60 k.p.k. z 1969 r.

⁵ Zob. ustawę o zmianie Kodeksu postępowania karnego, ustawy o ustroju sądów wojсковych, ustawy o opłatach w sprawach karnych i ustawy o postępowaniu w sprawach nieletnich (Dz. U. Nr 89, poz. 443 z późn. zm.), która weszła w życie 1 stycznia 1996 r.

⁶ Zob. art. 39 pkt 5 k.k.

nie na wniosek złożony przez pokrzywdzonego lub inne uprawnione osoby, do których zaliczano podmioty wykonujące prawa pokrzywdzonego⁷, jego zastępców procesowych⁸, a w wypadku śmierci pokrzywdzonego – osoby najbliższe⁹. Wraz z wprowadzeniem do Kodeksu postępowania karnego w dniu 1 lipca 2003 r. art. 49a k.p.k.¹⁰, uprawnienie do złożenia wniosku uzyskał prokurator, a od 8 czerwca 2010 r. środki karne z art. 46 k.k. mogły być również orzekane z urzędu¹¹. Zachowano także możliwość wymierzania obowiązku naprawienia szkody tytułem środka probacyjnego¹².

Instytucje w postaci odszkodowania zasądzanego z urzędu oraz powództwo adhezyjne również zostały recypowane do Kodeksu postępowania karnego z 1997 r. Pierwszą z nich ulokowano w art. 415 § 5 k.p.k.¹³, natomiast przepisy regulujące dochodzenie roszczeń cywilnych w postępowaniu karnym usytuowano w Rozdziale 7 k.p.k. Podobnie jak w poprzednio obowiązującej ustawie procesowej¹⁴ przewidziano, że w kwestiach dotyczących powództwa cywilnego, a nie unormowanych przez przepisy niniejszego kodeksu, stosuje się odpowiednio przepisy obowiązujące w postępowaniu cywilnym¹⁵.

Na mocy ustawy z dnia 20 lutego 2015 r. o zmianie ustawy – Kodeks karny oraz niektórych innych ustaw¹⁶ dokonano modyfikacji w zakresie katalogu środków karnych. Skreślono punkty 4, 5 i 6 art. 39 k.k., jak również wprowadzono do ustawy materialnej nowy rozdział Va zatytułowany „Przepadek i środki kompensacyjne”¹⁷.

⁷ Zob. art. 49 § 1–4 k.p.k.

⁸ Por. art. 51 § 1–3 k.p.k.

⁹ Zob. art. 52 § 1 k.p.k.

¹⁰ Wymieniony artykuł został dodany do Kodeksu postępowania karnego na mocy ustawy z dnia 10 stycznia 2003 r. (Dz. U. Nr 17, poz. 155).

¹¹ Ustawą z dnia 5 listopada 2009 r. o zmianie ustawy – Kodeks karny, ustawy – Kodeks postępowania karnego, ustawy – Kodeks karny wykonawczy, ustawy – Kodeks karny skarbowy oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. Nr 206, poz. 1589) do art. 46 § 1 k.k. wprowadzono zapis, zgodnie z którym sąd może orzec, a na wniosek pokrzywdzonego lub innej osoby uprawnionej orzeka, obowiązek naprawienia wyrządzonej przestępstwem szkody w całości albo w części lub zadośćuczynienia za doznaną krzywdę.

¹² Zob. art. 67 § 3 i 72 § 2 k.k.

¹³ Z dniem 1 lipca 2003 r. zmieniono lokalizację instytucji powództwa cywilnego sytuując ją w § 4 art. 415 k.p.k.; por. art. 1 pkt 169 ustawy z dnia 10 stycznia 2003 r. o zmianie ustawy – Kodeks postępowania karnego, ustawy – Przepisy wprowadzające Kodeks postępowania karnego, ustawy o świadku koronnym oraz ustawy o ochronie informacji niejawnych (Dz. U. Nr 17, poz. 155).

¹⁴ Zob. art. 60 k.p.k. z 1969 r.

¹⁵ Por. art. 70 k.p.k. z 1997 r.

¹⁶ Dz. U. poz. 396.

¹⁷ O ile nowa lokalizacja środka z art. 46 k.k. nie budzi większych zastrzeżeń, to zaklasyfikowanie przypadku przedmiotów oraz korzyści majątkowej osiągniętej z popełnionego przestępstwa, jako instytucji, które nie służą celom penalnym jest dyskusyjne, por. J. R a g ł e w s k i, Przepadek, (w:) W. W r ó b e l (red.), Nowelizacja prawa karnego 2015. Komentarz Kraków 2015, t. 6.5.

Nadmienić należy, że powołaną ustawą derogowano również z Kodeksu postępowania karnego przepisy dotyczące powództwa adhezyjnego, słusznie uznając, że jest ona zbędna w procesie karnym, bowiem dostateczną gwarancję realizacji praw pokrzywdzonego w zakresie rekompensaty doznanego uszczerbku stanowią przepisy art. 46 i 72 § 2 k.k.¹⁸.

Jednocześnie, wraz ze zmianą lokalizacji, dokonano także modyfikacji treści art. 46 § 1 k.k. wskazując, że orzekając obowiązek naprawienia szkody lub zadośćuczynienia za doznaną krzywdę stosuje się przepisy prawa cywilnego.

W literaturze przedmiotu w dotychczasowym stanie prawnym zgodnie przyjmowano, że obowiązek naprawienia szkody orzekany w formie środka karnego pełnił funkcję represyjną, kompensacyjną, jak i prewencyjną¹⁹.

Zmiana tekstu ustawy, jak również nowe umiejscowienie art. 46 § 1 k.k. spowodowały, że wymieniony środek utracił charakter represyjny. Wprowadzone modyfikacje nie pozostawiają wątpliwości, że aktualnie podstawowym jego zadaniem jest kompensata uszczerbku, który na skutek przestępstwa doznała osoba nim pokrzywdzona²⁰.

Zastrzeżenie wprowadzone do treści art. 46 § 1 k.k., jak również nowy charakter prawny tej regulacji rodzi wątpliwości w zakresie relacji wymienionego przepisu do instytucji prawa karnego procesowego. Powstaje pytanie, czy taki kształt unormowania może skutkować wyłączeniem funkcjonowania regulacji charakterystycznych dla procesu karnego, takich jak zakaz *reformationis in peius*?

Charakterystyka zakazu *reformationis in peius*

Zakaz *reformationis in peius* związany jest z zasadą instancyjności postępowania sądowego. Rozpoznawanie spraw przez różne, orzekające nie-

¹⁸ Zob. Uzasadnienie projektu ustawy o zmianie ustawy – Kodeks karny oraz niektórych innych ustaw, Sejm RP VII kadencji, Nr druku: 2393.

¹⁹ Por. A. Marek, Naprawienie szkody wyrządzonej przestępstwem. Refleksje na tle projektu kodyfikacji karnej (w:) Problemy kodyfikacji prawa karnego. Księga ku czci profesora M. Cieślaka, Kraków 1993, s. 212 i n.; M. Szewczyk, Komentarz do art. 46 Kodeksu karnego, t. 5, (w:) Kodeks karny. Część ogólna. Komentarz. Tom I. Komentarz do art. 1–116 k.k., P. Kardas, (w:) G. Bogdan, Z. Cwiakalski, P. Kardas, J. Majewski, J. Rąglewski, M. Szewczyk, W. Wróbel, A. Zoll (red.), LEX/el. 2004; Z. Sienkiewicz, Komentarz do art. 46 Kodeksu karnego, t. 1, (w:) M. Filar (red.), Kodeks karny. Komentarz, LEX/el. 2014.

²⁰ W uzasadnieniu projektu ustawy wskazano, że celem tej regulacji jest orzekanie w ramach procesu karnego na podstawie przepisów prawa cywilnego, poza możliwością zasądzenia renty, obowiązku naprawienia w całości lub w części wyrządzonej przestępstwem szkody; zob. Uzasadnienie projektu ustawy o zmianie ustawy – Kodeks karny oraz niektórych innych ustaw, Sejm RP VII kadencji, Nr druku: 2393; zob. także M. Iwański, M. Jakubowski, K. Pałka, Środki kompensacyjne, (w:) W. Wróbel (red.), Nowelizacja prawa karnego 2015. Komentarz, Kraków 2015, t. 7.5.

zależnie od siebie organy zwiększa gwarancję, że wydane rozstrzygnięcie będzie wolne od wad. Polski ustawodawca jako regułę przyjął, że postępowanie sądowe jest co najmniej dwuinstancyjne. Każda ze stron ma prawo do zaskarżenia orzeczeń i decyzji wydanych w pierwszej instancji, wyjątki od tej zasady oraz szczegółowy tryb odwołania określają ustawy²¹.

Problematyka zakazu *reformationis in peius* nie jest unormowana wprost w Europejskiej Konwencji o Ochronie Praw Człowieka i Podstawowych Wolności i innych podobnych aktach międzynarodowych. Niewątpliwie jednak omawiana instytucja ma ścisły związek z prawem do wniesienia odwołania w sprawach karnych, które dodano do kanonu praw człowieka gwarantowanych przez Radę Europy na mocy Protokołu VII do Konwencji²², ratyfikowanego przez Polskę 4 grudnia 2002 r. ze skutkiem od 1 marca 2003 r.²³.

Kontrola wydanego orzeczenia w polskim porządku prawnym, w większości wypadków odbywa się w drodze jego zaskarżenia przez uprawniony do tego podmiot, a nie *ex officio*. W piśmiennictwie słusznie wskazuje się, że wniesienie środka odwoławczego ma na celu nie tylko ochronę interesu skarżącego, lecz jest korzystne z punktu widzenia wymiaru sprawiedliwości, umożliwia bowiem usunięcie z obrotu prawnego błędnych rozstrzygnięć, lub też ich merytoryczną, czy choćby formalną korektę²⁴. Bez wątpienia kontrola odwoławcza wpływa także na zapewnienie jednolitości orzecznictwa. Możliwość zaskarżania orzeczeń stanowi realizację prawa do sądu gwarantowanego przez art. 45 Ustawy Zasadniczej i jak słusznie wskazał Trybunał Konstytucyj-

²¹ Art. 176 ust. 1 i 2 Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej stanowi, że postępowanie sądowe jest co najmniej dwuinstancyjne, a ustrój i właściwość sądów oraz postępowanie przed sądami określają ustawy. Zgodnie z art. 78 ust. 2 Ustawy Zasadniczej, każda ze stron ma prawo do zaskarżenia orzeczeń i decyzji wydanych w pierwszej instancji. Wyjątki od tej zasady oraz tryb zaskarżania określa ustawa. W orzecznictwie Trybunału Konstytucyjnego zarysował się pogląd, zgodnie z którym na tle art. 78 zd. 2 Konstytucji wyjątki, które przepis ten dopuszcza, mogą dotyczyć przede wszystkim wyłączenia zaskarżania rozstrzygnięcia wydanego w pierwszej instancji. Możliwe jest także ograniczenie zaskarżenia „poprzez środki prawne, które nie przenosiłyby rozstrzygnięcia sprawy do drugiej instancji, lecz powodowały jedynie ponowne jej rozpatrzenie przez organ, który wydał zaskarżone orzeczenie bądź decyzję”, zob. wyrok z dnia 16 listopada 1999 r., sygn. SK 11/99, OTK ZU 1999, nr 7, poz. 158.

²² Dz. U. z 2003 r., Nr 42, poz. 364.

²³ Zob. Oświadczenie Rządowe z 31 stycznia 2003 r. w sprawie mocy obowiązującej Protokołu nr VII do Konwencji o ochronie praw człowieka i podstawowych wolności, sporządzonego 22 listopada 1984 r. w Strasburgu, Dz. U. z 2003 r., Nr 42, poz. 365.

²⁴ Zob. K. Marszał, Zakaz *reformationis in peius* w nowym ustawodawstwie karnym, Warszawa 1970 r., s. 7; W. Siedlecki, (w:) W. Siedlecki (red.), System prawa procesowego cywilnego, T. III – zaskarżanie orzeczeń sądowych, Wrocław-Warszawa 1986, s. 11 i n.; F. Zedler, Zagadnienia instancyjności postępowania cywilnego, (w:) Z. Banaszczyk (red.), Prace z prawa prywatnego. Księga pamiątkowa ku Czci Sędziego Janusza Pietrzkowskiego, Warszawa 2000, s. 377 i n.

ny realizuje również zasadę sprawiedliwości proceduralnej²⁵. Dlatego też zagwarantowanie nieskrępowanej możliwości odwołania od zapadłego orzeczenia stanowi fundamentalną regułę każdego demokratycznego państwa prawa.

Jednym z warunków zapewniających skuteczną realizację owej zasady jest instytucja zakazu *reformationis in peius*. Nazwa została zaczerpnięta z języka łacińskiego i oznacza zmianę lub przekształcenie na gorsze²⁶.

Zakaz pełni funkcję gwarancyjną, który polega na zabezpieczeniu swobody zaskarżania orzeczeń przez oskarżonego poprzez zapewnienie mu warunków do powzięcia nieskrępowanej decyzji woli co do poddania orzeczenia kontroli instancyjnej²⁷. Stanowi element, który urealnia prawo do obrony na etapie postępowania odwoławczego, zapewniając uwolnienie oskarżonego od obawy pogorszenia jego sytuacji prawnej na skutek podjęcia kroków zmierzających do zmiany własnej sytuacji procesowej. Bez tej gwarancji prawo do odwołania byłoby iluzoryczne w związku z obawą oskarżonego co do możliwości zmiany wydanego w pierwszej instancji orzeczenia w kierunku pogarszającym jego sytuację prawną²⁸. W zakazie takiej zmiany wyraża się aksjologia instytucji i jej podstawowa wartość prawna i pozaprawna.

W doktrynie procesu karnego wypracowano podział omawianej regulacji na zakaz „bezpośredni” i „pośredni”. Adresatem pierwszego z nich jest sąd odwoławczy, a drugi wiąże sąd, który rozpoznaje sprawę po raz kolejny. Bezpośredni zakaz pogarszania sytuacji oskarżonego polega na tym, że sąd odwoławczy może orzec na niekorzyść oskarżonego tylko wtedy, gdy wniesiono na jego niekorzyść środek odwoławczy, i tylko w granicach zaskarżenia. Zakaz pośredni oznacza, że sąd, który rozpoznaje sprawę po jej uchyleniu, na skutek środka odwoławczego wniesionego na korzyść oskarżonego, nie może wydać orzeczenia surowszego względem tego, które zapadło uprzednio²⁹.

²⁵ Zob. wyrok Trybunału Konstytucyjnego z dnia 12 czerwca 2002 r., sygn. P 13/01, OTK ZU 2002, nr 4/A, poz. 42. W literaturze przedmiotu trafnie podnosi się, że w procesie karnym osiągnięcie stanu sprawiedliwości materialnej musi być sprzężone z osiągnięciem stanu sprawiedliwości proceduralnej poprzez wykonanie gwarancji procesowych oskarżonego, które nie mogą być ograniczane, choćby miało to utrudniać osiągnięcie trafnej represji, zob. S. Waltoś, *Proces karny. Zarys systemu*, Warszawa 2007, s. 18.

²⁶ Czasownik „*reformo*” tłumaczy się jako przekształcić, przemienić, natomiast słowo „*peius*” jest wyższym stopniem przymiotnika „*malus*”, który oznacza zły, niepomyślny, szkodliwy, srogi, niepoprawny; zob. np. J. S o n d e l, *Słownik łacińsko-polski dla prawników i historyków*, Kraków 2001, s. 602.

²⁷ Por. K. Marszał, *Proces karny*, Katowice 1998, s. 426; P. Hofmański (red.), E. S a d z i k, K. Z g r y z e k, *Kodeks postępowania karnego*, Warszawa 2007, t. II, s. 636; T. Grzegorzczak, (w:) T. Grzegorzczak, J. Tylman, *Polskie postępowanie karne*, Warszawa 2011, s. 860.

²⁸ Por. P. Ł u c z y Ń s k i, Zakaz *reformationis in peius* w kontekście niektórych zasad procesu karnego, *Państwo i Prawo* 2013, nr 10, s. 40–41.

²⁹ Zakaz pośredni od zakazu bezpośredniego różni także i to, że zakaz bezpośredni należy odnosić do bezpośredniej, niepoprzedzonej jakimkolwiek orzeczeniem analizującym zasadność kwestionowanego rozstrzygnięcia kontroli orzeczenia przez organ odwoławczy. Z kolei

W obowiązującym Kodeksie postępowania karnego zakaz orzekania na niekorzyść oskarżonego został ujęty szeroko jako instytucja o charakterze bezwzględny. Oznacza to, że działa on niezależnie (niekiedy wbrew) wszystkim innym zasadom prawa karnego³⁰. Zarówno w orzecznictwie, jak i piśmiennictwie przedmiotu, przyjmuje się, że sąd odwoławczy, w przypadku wniesienia środka odwoławczego wyłącznie na korzyść oskarżonego, nie może w jakimkolwiek punkcie pogorszyć jego sytuacji procesowej w stosunku do rozstrzygnięć zawartych w zaskarżonym orzeczeniu³¹.

W doktrynie wskazuje się, że zakaz *reformationis in peius* działa na kilku niezależnych od siebie płaszczyznach, w szczególności w zakresie kary, środków karnych, kosztów procesu, kwalifikacji prawnej, znamion przestępstwa i opisu czynu oraz motywów orzeczenia³².

Podobne zapatrywanie można odnaleźć w orzecznictwie Sądu Najwyższego, gdzie wskazuje się, że nie pogarszanie globalnej sytuacji procesowej oskarżonego pozostaje bez wpływu na ocenę naruszenia zakazu *reformationis in peius*, jeżeli choćby w jednym z sektorów rozstrzygnięcia dokonano modyfikacji, która obiektywnie rzecz ujmując jest niekorzystna z punktu widzenia jego interesu procesowego³³.

W związku ze zmianą normatywną wprowadzoną na mocy ustawy z dnia 20 lutego 2015 r., w literaturze wyrażono pogląd, zgodnie z którym jeżeli środki opisane w art. 46 k.k. nie mają charakteru represyjnego to nie są one objęte zakazem *reformationis in peius*, którego zadaniem jest uniemożliwienie pogorszenia sytuacji procesowej oskarżonego poprzez „nałożenie bardziej dolegliwych sankcji karnych”. Argumentując przedstawione zapatrywanie wskazano, że skoro przepis art. 46 k.k. umożliwia sądowi orzekanie środków kompensacyjnych również z urzędu, bez stosownego wniosku, to w sytuacji, gdy zgromadzony przez sąd pierwszej instancji materiał dowodowy pozwala na określenie wartości uszczerbku jaki doznał pokrzywdzony, nie ma przeszkód, by w toku postępowania odwoławczego orzeczono obo-

„pośredniość” wiązać należy z faktem, że punktem odniesienia dla rozstrzygnięć wydawanych w ramach orzeczenia kończącego dany etap postępowania ponownego jest orzeczenie poddane już kontroli instancyjnej, zob. P. Ł u c z y ń s k i, Zakaz *reformationis in peius* w postępowaniu ponownym – wybrane zagadnienia na tle funkcji procesowej w postaci funkcji obrony karnej, (w:) T. G r z e g o r c z y k, J. Ł y d o r c z y k, R. O ł s z e w s k i (red.), Z problematyki funkcji procesu karnego, Warszawa 2013, s. 419.

³⁰ Por. M. J. S z e w c z y k, Zakaz *reformationis in peius* w polskim procesie karnym, Warszawa 2015, s. 239–244.

³¹ Zob. wyrok Sądu Najwyższego z dnia 2 kwietnia 1996 r., sygn. V KKN 4/96, LEX nr 25598; wyrok Sądu Najwyższego z dnia 4 lutego 2000 r., sygn. V KKN 137/99, LEX nr 39864; wyrok Sądu Najwyższego z dnia 2 marca 2004 r., sygn. IV KK 336/03, LEX nr 162580 oraz wyrok Sądu Najwyższego z dnia 2 marca 2005 r., sygn. IV KK 9/05, LEX nr 147114.

³² Por. M. J. S z e w c z y k, Zakaz..., s. 239.

³³ Szerzej zob. M. J. S z e w c z y k, Zakaz..., s. 148–149.

wiązek naprawienia szkody lub nawiązkę niezależnie od tego, który z podmiotów zainicjował kontrolę instancyjną orzeczenia³⁴.

Aby zweryfikować trafność zaprezentowanego poglądu należy w pierwszej kolejności porównać regulacje zakazu *reformationis in peius* obowiązujące w procedurze karnej i cywilnej, jak również dokonać analizy poglądów judykatury i przedstawicieli piśmiennictwa wypowiedzianych na gruncie powództwa adhezyjnego, które jako instytucja cywilna zlokalizowana w prawie karnym stanowiło regulację pełniącą podobną funkcję do środków kompensacyjnych wymienionych w art. 46 k.k.

Środki kompensacyjne a zakaz *reformationis in peius*

Na wstępie przypomnieć należy, że na gruncie procedury cywilnej zakaz *reformationis in peius* został unormowany odmiennie niż w postępowaniu karnym. Art. 384 k.p.c. stanowi, że sąd cywilny nie może uchylić lub zmienić wyroku na niekorzyść strony wnoszącej apelację, chyba że strona przeciwna również złożyła apelację.

Zakaz *reformationis in peius* w procedurze karnej odnosi się do osoby oskarżonego (podejrzanego) i wyłącznie temu podmiotowi zapewnia gwarancję niepogorszenia jego sytuacji procesowej w przypadku złożenia środka odwoławczego. Zakaz sformułowany w art. 384 k.p.c. dotyczy natomiast każdego podmiotu, który wywiódł apelację³⁵.

Na gruncie art. 70 k.p.k. przyjmowano, że w tym znaczeniu zakaz z art. 384 k.p.c. ma charakter komplementarny względem regulacji zawartej w procedurze karnej, chroni bowiem nie tylko oskarżonego ale i inne strony, które zdecydowały się na złożenie środka odwoławczego³⁶.

Wskazać trzeba, że zasięg zakazu *reformationis in peius* w postępowaniu karnym jest szerszy niż w procedurze cywilnej. Normy z art. 434 § 1 k.p.k. i art. 443 k.p.k. mają charakter bezwzględny (*ius cogens*), a wyjątki są ściśle określone w ustawie. W postępowaniu cywilnym odstępstwa, które zawężają zakres przedmiotowy zakazu *reformationis in peius* są rozległe i dotyczą

³⁴ Por. M. Iwański, M. Jakubowski, K. Pałka, Środki..., t. 7.16.

³⁵ Por. T. Ereciński (w:) M. Jędrzejewska, P. Grzegorzczak, K. Weitz, T. Ereciński (red.), J. Gudowski, Kodeks postępowania cywilnego. Komentarz do art. 384 k.p.c., teza 1. Część pierwsza. Postępowanie rozpoznawcze. Część druga. Postępowanie zabezpieczające, LEXPolnica/el. 2012 oraz M. P. Wójcik, (w:) J. Bodio, T. Demendecki, A. Jakubecki (red.), O. Marcewicz, P. Telenga, M. P. Wójcik, Komentarz aktualizowany do art. 384 k.p.c., teza 1, LEX/el. 2011.

³⁶ Zob. wyrok z dnia 11 kwietnia 2001 r., sygn. IV KKN 173/00, LEX nr 51399, oraz P. Pogonowski, Zakaz *reformationis in peius* w postępowaniu adhezyjnym, Prokuratura i Prawo 2005, nr 11, s. 158; J. Nowińska, Status prawny powoda w procesie karnym, Oficyna 2007, s. 266; A. Muszyńska, Postępowanie przed sądem drugiej instancji, (w:) Naprawienie szkody wyrządzonej przestępstwem, LEX/el. 2010, nr 114455.

spraw, w których sąd procesowy lub nieprocesowy orzeka co do pewnych kwestii z urzędu³⁷. Przykładowo, wymieniony zakaz nie obowiązuje w zasadzie w sprawach o rozwód³⁸, w sprawie o stwierdzenie nabycia spadku³⁹, o podział majątku wspólnego⁴⁰, o uzgodnienie treści księgi wieczystej⁴¹ oraz w sprawach z zakresu ubezpieczeń społecznych⁴².

Zauważyć należy, że przepis art. 384 k.p.c. zakazuje wyłącznie uchylenia lub zmiany wyroku na niekorzyść strony wnoszącej apelację. Dlatego też w procedurze cywilnej, inaczej niż ma to miejsce w postępowaniu karnym, uznaje się, że nie ma podstaw do rozszerzania zakazu *reformationis in peius* na sferę motywacyjną orzeczenia⁴³.

Bezwzględny charakter zakazu *reformationis in peius* w postępowaniu karnym ilustruje wyrok Sądu Apelacyjnego w Krakowie⁴⁴, który słusznie uznał, że w sytuacji, gdy sąd pierwszej instancji przeoczył powinność wydania orzeczenia o pozostawieniu powództwa cywilnego bez rozpoznania, gdy oskarżonych uniewinniono, sąd odwoławczy nie mógł dokonać korekty tego orzeczenia, bowiem byłoby to rozstrzygnięcie na niekorzyść oskarżonych w porównaniu z brakiem jakiegokolwiek rozstrzygnięcia. Argumentując wyrażone zapatrywanie organ ten trafnie podniósł, że orzeczenie po myśli art. 415 § 2 k.p.k. spowodowałoby sytuację mniej korzystną dla oskarżonych z powodu ewentualności przedawnienia się roszczeń cywilnych.

Bezpośredni zakaz *reformationis in peius* stał również na przeszkodzie przyjęciu powództwa adhezyjnego złożonego po uchyleniu zaskarżonego wyroku i przekazaniu sprawy do ponownego rozpoznania⁴⁵.

W procedurze cywilnej kwestią sporną jest, czy zakaz działa również w toku ponownego postępowania przed sądem pierwszej instancji w razie uchylenia zaskarżonego wyroku⁴⁶. Przy przyjęciu, że zakaz funkcjonuje po

³⁷ Zob. T. Wiśniewski, (w:) H. Dolecki (red.), T. Wiśniewski (red.), J. Iwulski, G. Jędrejek, I. Koper, G. Misiurek, P. Pogonowski, D. Zawistowski, Komentarz do art. 384 k.p.c., teza 10, Kodeks postępowania cywilnego. Komentarz, LEX/el. 2010.

³⁸ Zob. wyrok Sądu Najwyższego z dnia 19 stycznia 2005 r., sygn. V CK 364/04, LEX nr 148170.

³⁹ Por. uchwałę całej Izby Cywilnej z dnia 26 października 1973 r., sygn. III CZP 13/73, OSNCP 1974, nr 9, poz. 144.

⁴⁰ Zob. uchwałę Sądu Najwyższego z dnia 11 marca 1977 r., sygn. III CZP 7/77, OSNCP 1977, nr 11, poz. 205.

⁴¹ Zob. wyrok Sądu Najwyższego z dnia 25 stycznia 2006 r., sygn. I CK 364/05, LEX nr 607104.

⁴² Por. wyrok Sądu Najwyższego z dnia 8 lutego 2000 r., sygn. II UKN 378/99, LEX nr 428887.

⁴³ Por. wyrok Sądu Najwyższego z dnia 5 września 2002 r., sygn. II CKN 831/00, LEX nr 74404, oraz z dnia 12 października 2007 r., sygn. V CSK 261/07, LEX nr 497671.

⁴⁴ Wyrok z dnia 16 listopada 2005 r., sygn. II AKa 192/05, LEX nr 174972.

⁴⁵ Por. wyrok Sądu Apelacyjnego w Łodzi z dnia 5 czerwca 2007 r., sygn. II Aka 90/07, LEX nr 392451.

⁴⁶ Zob. S. Hanausek, Orzeczenie sądu cywilnego w procesie Cywilnym, Warszawa 1966, s. 138, (w:) K. Piasecki (red.), Kodeks postępowania cywilnego, Komentarz do art. 384

uchyleniu orzeczenia i tak ma on charakter względny, bowiem sytuacja skarżącego pozwanego w ponownym postępowaniu może ulec pogorszeniu na skutek dopuszczalnej aktywności procesowej strony przeciwnej. Powód może np. w ramach regulacji zawartej w art. 193 k.p.c. zmienić powództwo przez jego rozszerzenie lub wystąpienie z nowymi roszczeniami⁴⁷.

Podkreślić należy, że na gruncie uchylonych przepisów dotyczących powództwa adhezyjnego w doktrynie wskazywano, że w przypadku kolizji przepisów postępowania karnego z normami procedury cywilnej, prymat mają te pierwsze, gdyż zawierają one większe gwarancje wykrycia prawdy materialnej, która jest podstawą rozstrzygnięć sądu karnego⁴⁸.

Wydaje się jednak, że w aktualnym stanie rozwoju prawa karnego procesowego zasadnicze znaczenie dla oceny, które z norm prawnych powinny być stosowane, ma nie tyle zasada wykrycia prawdy materialnej, co gwarancje proceduralne oskarżonego, które zapewniają, że proces będzie prowadzony w sposób rzetelny⁴⁹. Bez wątpienia kluczowe znaczenie w tym względzie ma zarówno zasada kontroli instancyjnej orzeczenia, jak i prawo do obrony oskarżonego, których istotnym elementem jest zakaz *reformationis in peius*.

Nie sposób przyjąć, by zakres działania wymienionej instytucji mógł być limitowany przez regułę z art. 384 k.p.c., której zasięg w postępowaniu cywilnym jest znacznie węższy, stąd też nie daje ona rękojmi, że sytuacja oskarżonego, który zainicjował postępowanie odwoławcze nie uległaby pogorszeniu.

Wskazać również trzeba, że przyjęcie poglądu, zgodnie z którym zakaz *reformationis in peius* nie funkcjonuje w zakresie środków kompensacyjnych powodowałoby zróżnicowanie sytuacji procesowej podsądnych. W przypadku orzeczenia środków probacyjnych opisanych w art. 67 § 3 lub 72 § 2 k.k.,

k.p.c., teza 4, Legalis/el. 2010; t. 1; T. Ereciński, (w:) T. Ereciński (red.), Kodeks postępowania cywilnego..., t. 2, wyd. 2, s. 141; odmiennie P. Pogonowski, Zakaz..., s. 146, oraz Sąd Najwyższy w wyroku z dnia 28 września 1983 r., sygn. II CR 237/83, LEX nr 8566.

⁴⁷ Tak T. Wiśniewski, Kodeks..., Komentarz do art. 383 k.p.c., teza 10 LEX/el. 2010.

⁴⁸ Zob. S. Glaser, Wstęp do nauki procesu karnego, Warszawa 1928, s. 21 oraz W. Daszkiewicz, Powództwo cywilne w procesie karnym, Warszawa 1976, s. 20.

⁴⁹ Termin „rzetelny proces karny” używany jest dla określenia odpowiadającego wymogom demokratycznego państwa prawnego standardu procedowania, poprzez charakterystykę reguł służących zapewnieniu na właściwym poziomie ochrony praw wszystkich uczestników postępowania karnego oraz wskazaniu tych wartości, które proces karny powinien respektować przy dążeniu do realizacji podstawowego celu, jakim jest wykrycie prawdy materialnej. Jak trafnie zauważa P. Wiliński, stosowanie reguł rzetelnego procesu prowadzić ma do sytuacji, w której wymiar sprawiedliwości realizowany będzie zgodnie z regułami obowiązującymi w demokratycznym państwie prawnym, na równych dla wszystkich zasadach i z poszanowaniem ich praw; zob. P. Wiliński, Zakończenie, (w:) Rzetelny proces karny. Księga Jubileuszowa Profesor Zofii Świdry, Warszawa 2009, s. 352.

które pełnią zbliżoną funkcję⁵⁰ do regulacji z art. 46 k.k., oskarżony zostałby objęty gwarancjami określonymi w art. 434 § 1 i 443 k.p.k., podczas gdy pozycja procesowa podsądnego, wobec którego orzeczono środek kompensacyjny byłaby mniej korzystna, bowiem w tym zakresie reguła nie pogorszenia jego sytuacji procesowej, w przypadku złożenia środka odwoławczego wyłączenie na jego korzyść, zostałaby wyeliminowana.

Należy zastanowić się, czy taka dyferencjacja w świetle standardów konstytucyjnych jest uprawniona. Wzorzec konstytucyjnej kontroli stanowi w tym względzie przepis art. 32 Ustawy Zasadniczej, zgodnie z którym wszyscy obywatele Rzeczypospolitej Polskiej są równi wobec prawa i mają prawo do równego traktowania przez władze publiczne. W orzecznictwie Trybunału Konstytucyjnego ukształtowało się stanowisko, że wszelkie odstępstwa od nakazu równego traktowania podmiotów podobnych powinny znajdować podstawę w przekonujących argumentach, które muszą mieć charakter relewantny, proporcjonalny, a więc waga interesu, któremu ma służyć różnicowanie sytuacji adresatów normy, musi pozostawać w odpowiedniej proporcji do wagi interesów, które zostaną naruszone w wyniku nierównego potraktowania podmiotów podobnych, jak również argumenty powinny pozostawać w jakimś związku z innymi wartościami, zasadami czy normami konstytucyjnymi, uzasadniającymi odmienne traktowanie podmiotów podobnych⁵¹. Zdaniem Trybunału „różnicowanie sytuacji prawnej podmiotów podobnych ma znacznie większe szanse uznania za zgodne z konstytucją, jeżeli pozostaje w zgodzie z zasadami sprawiedliwości społecznej lub służy urzeczywistnianiu tych zasad”⁵².

⁵⁰ Por.: Z. Sienkiewicz, Kilka uwag o funkcjach obowiązku naprawienia szkody w projekcie kodeksu karnego, *Przegląd Sądowy* 1994, nr 1, s. 80 i n.; tejże, Obowiązek naprawienia szkody w systemie środków karnych projektu kodeksu karnego, *Współczesne problemy nauk penalnych*, Acta Universitatis Wratislaviensis, no 1663, Wrocław 1994, s. 6 i n.; Środki karne o charakterze majątkowym w projekcie kodeksu karnego, (w:) *Problemy nauk penalnych. Prace ofiarowane Pani Profesor Oktawii Górniok*, pod red. L. Tyszkiewicz, Katowice 1996, s. 147; O kompensacji w nowym kodeksie karnym, (w:) *U progu nowych kodyfikacji karnych. Księga pamiątkowa ofiarowana Profesorowi Leonowi Tyszkiewiczowi*, pod red. O. Górniok, Katowice 1999, s. 111 i n.; R. A. Stefański, Kompensacyjna rola środka karnego obowiązku naprawienia szkody, *Czasopismo Prawa Karnego i Nauk Penalnych* 2002, nr 2, s. 133–135; M. Łukasiewicz, A. Ostapa, Obowiązek naprawienia szkody – wybrane zagadnienia, *Prokuratura i Prawo* 2001, nr 9, s. 60; R. Giętkowski, Hierarchia funkcji karnoprawnego obowiązku naprawienia szkody i jej znaczenie w praktyce, *Palestra* 2003, nr 11–12, s. 129 i n.

⁵¹ Por. np.: orzeczenie Trybunału Konstytucyjnego z dnia 3 września 1996 r., sygn. K. 10/96, OTK ZU 1996, nr 4, poz. 33; wyrok Trybunału Konstytucyjnego z dnia 24 kwietnia 2006 r., sygn. P 9/05, OTK-A 2006, nr 4, poz. 46; wyrok Trybunału Konstytucyjnego z dnia 18 marca 2014 r. SK 53/12, OTK-A 2014, nr 3, poz. 32.

⁵² Zob. np.: wyrok Trybunału Konstytucyjnego z dnia 16 grudnia 1997 r., sygn. K. 8/97, OTK ZU 1997, nr 6 poz. 502; wyrok Trybunału Konstytucyjnego z dnia 13 kwietnia 1999 r., sygn.

Dyferencjacja sytuacji procesowej oskarżonych, którym wymierzono środki probacyjne względem tych, co do których orzeczono środki z art. 46 k.k. w świetle powyższych uwag nie jest zasadna. Nie ma bowiem żadnych istotnych racji, by gwarancje procesowe oskarżonych różnicować w zależności od podstawy prawnej, na jakiej orzeczono środki służące zrekompen-sowaniu szkody wyrządzonej przestępstwem.

Nadmienić należy, że zakres ochrony oskarżonego wynikający z instytucji zakazu *reformationis in peius*, nie ogranicza się wyłącznie do nałożenia bardziej dolegliwych sankcji karnych, gdyż, jak wykazano powyżej, ma on znacznie szerszy zasięg. Przyjmując, że chroni on oskarżonego wyłącznie w zakresie kary, można by uznać, że zakaz nie obejmuje również środka w postaci przepadku, który po nowelizacji ustawy karnej, podobnie jak środki z art. 46 k.k., utracił charakter represyjny.

Nie trzeba dowodzić, że orzeczenie jednego ze środków kompensacyjnych lub przepadku przedmiotów, czy korzyści majątkowej nierzadko może stanowić dla oskarżonego znacznie większą dolegliwość niż wymierzona mu kara. Z tego względu nie sposób uznać, by podsądny w wymienionym zakresie mógł być pozbawiony ochrony wynikającej z instytucji zakazu *reformationis in peius*.

Przypomnieć należy, że reguła z art. 434 § 1 i art. 443 k.p.k. gwarantuje, że sytuacja procesowa tego podmiotu, w przypadku złożenia środka odwoławczego wyłącznie na jego korzyść, nie może ulec pogorszeniu w jakimkolwiek zakresie. Pozbawienie tej rękojmi oskarżonego skutkowałoby tym, iż mógłby on powstrzymać się od złożenia środka odwoławczego z obawy o pogorszenie swojej sytuacji procesowej w toku postępowania odwoławczego. Przyjmując bowiem, że zakaz *reformationis in peius* nie funkcjonuje, sąd orzekający w drugiej instancji zostałby uprawniony do orzeczenia środków kompensacyjnych, nawet w sytuacji, gdy w tym zakresie nie zaskarżono orzeczenia na niekorzyść oskarżonego. Oczywistym jest, że taka interpretacja przepisów ograniczałaby prawo do sądu gwarantowane przez art. 45 Ustawy Zasadniczej.

Podnieść należy, że wprowadzenie do treści art. 46 k.k. zapisu, zgodnie z którym orzekając środki kompensacyjne stosuje się przepisy prawa cywilnego wskazuje, iż przepisy te będą miały zastosowanie do określenia zasad odpowiedzialności za szkodę⁵³, jak i wysokości rekompensaty⁵⁴. Oznacza

K. 36/98, OTK ZU 1999, nr 3, poz. 40 oraz wyrok Trybunału Konstytucyjnego z dnia 25 czerwca 2013 r., sygn. P 11/12, OTK-A 2013, nr 5, poz. 62.

⁵³ Podobny pogląd wyrażano w przypadku orzekania środka karnego obowiązku naprawienia szkody; por. wyrok Sądu Apelacyjnego w Łodzi z dnia 12 czerwca 2014 r., sygn. II AKa 26/14, LEX nr 1506708.

⁵⁴ Przykładowo, wprowadzona zmiana będzie skutkować także koniecznością uwzględniania roszczeń pokrzywdzonych w zakresie opóźnienia w spełnieniu świadczenia przez oskarżonego. Por. M. Iwański, M. Jakubowski, K. Pałka, Środki..., t. 7.52.

to, że sąd, inaczej jak miało to miejsce dotychczas⁵⁵, w sytuacji orzekania środka kompensacyjnego nie będzie kierował się dyrektywami obowiązującymi przy wymiarze kary, lecz zastosuje normy prawa cywilnego. Nadmienić bowiem należy, że wraz z modyfikacją przepisu 46 k.k. zmieniono również treść art. 56 k.k. zastrzegając, że zasady wymiaru kary nie mają zastosowania w przypadku orzekania środków kompensacyjnych.

Odesłanie do przepisów prawa cywilnego nie może jednak skutkować wyłączeniem stosowania reguł obowiązujących w postępowaniu karnym. Taka wykładnia prowadzi bowiem do rezultatów, które naruszają fundamentalne gwarancje przynależne osobom oskarżonym. Przyjmując, że w przypadku orzekania środków kompensacyjnych nie stosuje się zakazu *reformationis in peius*, można by uznać, że również inne regulacje charakterystyczne dla procedury karnej powinny zostać wyłączone. Nie obowiązywałby na przykład zakaz przymuszania do samooskarżenia lub zasada domniemania niewinności, czy reguła *in dubio pro reo*. Oznaczałoby to, że w sytuacji złożenia wniosku o naprawienie szkody w trybie art. 46 § 1 k.k., sąd karny stosując przepisy prawa cywilnego mógłby w tym zakresie przesłuchać oskarżonego wbrew dyrektywie z art. 74 § 1 k.p.k. lub też zastosować przepis art. 230 k.p.k., zgodnie z którym w sytuacji, gdy strona nie wypowie się co do twierdzeń strony przeciwnej o faktach, sąd, mając na uwadze wyniki całej rozprawy, może fakty te uznać za przyznane. Oczwistym jest, że tego rodzaju wykładnia przepisu art. 46 k.k. narusza normy konstytucyjne, takie jak prawo do obrony, czy sprawiedliwego rozpatrzenia sprawy⁵⁶.

Podsumowując, przyjąć należy, iż zastrzeżenie, zgodnie z którym do orzekania środków kompensacyjnych stosuje się przepisy prawa cywilnego, nie może prowadzić do wyłączenia funkcjonowania reguł postępowania karnego, w tym zakazu *reformationis in peius*. Mimo, że instytucja z art. 46 k.k. ma charakter cywilnoprawny, to jej ulokowanie w przepisach ustawy karnej materialnej powoduje, że w przypadku orzekania środków kompensacyjnych stosowane będą przepisy procedury karnej, a nie normy Kodeksu postępowania cywilnego. Klauzula umieszczona w treści art. 46 § 1 k.k. uprawnia do przyjęcia, że regulacje cywilne znajdują zastosowanie do określenia zasad odpowiedzialności za szkodę, a w szczególności sposobu ustalania wysokości rekompensaty uszczerbku, który na skutek przestępstwa doznał pokrzywdzony.

⁵⁵ Por. art. 56 k.k. w brzmieniu przed 1 lipca 2015 r., a także wyrok Sądu Apelacyjnego w Szczecinie z dnia 25 czerwca 2014 r., sygn. II AKa 118/14, LEX nr 1504466.

⁵⁶ Por. art. 42 ust. 2 i art. 45 ust. 1 Konstytucji R.P.

Compensatory measures versus prohibition of *reformatio in peius*

Abstract

This paper presents developments in Polish penal law as far as compensation for harm caused by an illegal act is concerned, and describes the nature of the prohibition of reformatio in peius. It is claimed that Article 46, § 1 of the Penal Code as amended by the Act of 20 February 2015 on the Amendment to the Penal Code and Some Other Acts, as well as the fact that the regulation is now included in a new section of the Code cannot result in inapplicability of the prohibition of reformatio in peius or other measures available as part of the criminal procedure. However, included in Article 46, § 1 of the Penal Code, the clause providing for application of civil law provisions while adjudicating upon compensatory measures authorizes the view that these norms will apply when setting principles for liability for harm caused, including specifically methods for determining compensation for harm suffered by a victim in an illegal act.

Ewa Bienkowska

Prawo ofiary przestępstwa do kompensaty od państwa po zmianach z dnia 5 sierpnia 2015 r.

Streszczenie

W artykule omówiono zmiany wprowadzone na mocy nowelizacji z dnia 5 sierpnia 2015 r. w odniesieniu do instytucji państwowej kompensaty dla ofiar przestępstw. Stwierdzono, że w dużej mierze uwzględniają one zgłaszane postulaty, ale nie do końca spełniają oczekiwania. W szczególności nie zmieniają trybu postępowania w sprawach o kompensatę, nadal uczestnikiem postępowania czynią prokuratora, jak również nie przewidują zróżnicowania wysokości kompensaty w zależności od rodzaju i stopnia doznanego uszczerbku na zdrowiu oraz nie wprowadzają możliwości uzyskania zaliczki dla wszystkich uprawnionych. Unormowanie kompensaty wymaga w związku z tym dalszych modyfikacji.

Wprowadzenie

Obowiązującą od dnia 13 stycznia 2016 r. ustawą z dnia 5 sierpnia 2015 r. o zmianie ustawy o państwowej kompensacie przysługującej ofiarom niektórych przestępstw, ustawy – Kodeks postępowania cywilnego oraz ustawy o kosztach sądowych w sprawach cywilnych¹ dokonano kolejnej, trzeciej z rzędu², nowelizacji ustawy z dnia 7 lipca 2005 r. normującej instytucję państwowej kompensaty dla ofiar przestępstw³. Nowelizacja ta była bardzo wyczekiwana. Nadany kompensacie kształt prawny od początku wywoływał poważne zastrzeżenia⁴, a dotychczasowe zmiany nie poprawiły sytuacji w tym zakresie, lecz – przeciwnie – na mocy nowelizacji z dnia 3 kwietnia 2009 r. uległa ona pogorszeniu, a stan taki trwał aż do chwili wejścia w życie

¹ Dz. U. poz. 1587.

² Dwie poprzednie to nowelizacja z dnia 11 kwietnia 2008 r. (Dz. U. Nr 96, poz. 608) oraz z dnia 3 kwietnia 2009 r. (Dz. U. Nr 79, poz. 665).

³ Tekst jedn.: Dz. U. z 2016 r., poz. 325.

⁴ Zob. zwłaszcza P. Kładozny, Państwowa kompensata dla ofiar przestępstw, W Interesie Publicznym. Biuletyn Informacyjny Helsińskiej Fundacji Praw Człowieka 2006, cz. I, nr 5, s. 6; cz. II – nr 6, s. 6; E. Bienkowska, Państwowa kompensacja dla ofiar przestępstw w Polsce, Państwo i Prawo 2008, nr 5, s. 51 i n.

ostatniej nowelizacji⁵. Badania dowiodły, że przez cały ten czas zła była również praktyka orzecznicza⁶.

Ewidentną przyczyną takiego stanu rzeczy było, a sądzę, że nadal jest, niedocenianie wagi kompensaty w procesie przezwyciężania bezpośrednich negatywnych skutków wiktylizacji kryminalnej dla jej ofiar. Z tego zapewne powodu nie spieszono się również z realizacją zobowiązania płynącego z dyrektywy Rady 2004/80/WE z dnia 29 kwietnia 2004 r. odnoszącej się do kompensaty dla ofiar przestępstw⁷, aby te spośród państw członkowskich, w których krajowe systemy kompensacyjne jeszcze nie istniały, uruchomiły je do dnia 1 lipca 2005 r. (art. 18 ust 1). Polski system zaczął działać z dniem 21 września 2005 r. i dopiero nowelizacja z dnia 11 kwietnia 2008 r. sprawiła, że doszło w tym względzie do spełnienia wymogów dyrektywy. Tłumaczono, że opóźnienie wynikało z trudności finansowych⁸, ale taka argumentacja na forum unijnym jest odrzucana. W wyroku z dnia 11 września 2003 r. w sprawie C-22/02 Komisja przeciwko Włochom, Trybunał Sprawiedliwości Unii Europejskiej orzekł bowiem, że żadne przeszkody, w tym natury finansowej, nie usprawiedliwiają niewywiązania się z obowiązku transpozycji dyrektywy⁹.

W ustawie przyjęto rozwiązania minimalistyczne, co przejawiało się głównie w tym, że możliwie najbardziej ograniczono krąg osób uprawnionych do świadczenia kompensacyjnego oraz uniemożliwiono przyznanie kompensaty wówczas, gdy z powodu okoliczności leżących wyłącznie po stronie sprawcy, jak zwłaszcza niepoczytalność, nie można było przypisać mu popełnienia przestępstwa. Jako właściwy w sprawach o kompensatę przewidziano tryb nieprocesowego postępowania cywilnego, a więc tryb w praktyce na ogół

⁵ Zob. m. in. E. Bieńkowska, L. Mazowiecka, Państwowa kompensata przysługująca ofiarom niektórych przestępstw. Komentarz, Warszawa 2011, s. 57 i n.; E. Bieńkowska, C. Kulesza, Państwowa kompensata dla ofiar przestępstw. Geneza, znaczenie i standardy kształtowania instytucji, (w:) L. Mazowiecka (red.), Kompensata państwowa dla ofiar przestępstw w Polsce. Teraźniejszość i przyszłość, Warszawa 2013, s. 23 i n.; M. Kolenkowska-Matejczuk, Kompensata państwowa dla ofiar przestępstw – krytyczna analiza polskiej ustawy kompensacyjnej, Ruch Prawniczy, Ekonomiczny i Socjologiczny 2014, nr 4, s. 147 i n.

⁶ Zob. M. Niełaczna, Kompensata dla ofiar przestępstw w Polsce. Prawo a praktyka. Raport z monitoringu działania ustawy o państwowej kompensacie dla ofiar niektórych przestępstw umyślnych, Stowarzyszenie Interwencji Prawnej, Warszawa 2007, s. 107 i n.; S. Łagodzinski, Praktyka przyznawania świadczeń z ustawy z dnia 7 lipca 2005 r. o państwowej kompensacie przysługującej ofiarom niektórych przestępstw, Prawo w Działaniu 2011, nr 9 (sprawy karne), s. 119 i n.; L. Mazowiecka, Państwowa kompensata dla ofiar przestępstw, Warszawa 2012, s. 200 i n.; te same, Wyniki badań nad funkcjonowaniem ustawy o kompensacie państwowej, (w:) Kompensata państwowa..., s. 59 i n.

⁷ Dz. Urz. UE L 261 z 6.8.2004, s. 15; bliżej A. Wróbel, Regulacje dyrektywy 2004.80/WE, (w:) A. Wróbel (red.), Stosowanie prawa Unii Europejskiej przez sądy, t. I, Warszawa 2010, s. 553 i n.

⁸ Zob. E. Bieńkowska, L. Mazowiecka, Państwowa kompensata..., s. 184.

⁹ Zbiór Orzeczeń 2003, s. I-9011.

przekształcający się w procesowy, rządzący się co do zasady rygorystycznymi regułami dowodowymi i łączący się z koniecznością poniesienia określonych kosztów z opłatą stałą od wniosku o przyznanie kompensaty łącznie. Błędem merytorycznym było również nierozdzielenie niektórych przepisów normujących system wewnątrz krajowy od dotyczących międzypaństwowej współpracy w sprawach kompensacyjnych o charakterze transgranicznym.

Wszystkich wskazanych mankamentów Ministerstwo Sprawiedliwości było w pełni świadome, w związku z czym planowało podjęcie prac nad nowelizacją ustawy. Zainicjowało je od przeprowadzenia ankiety wśród sędziów orzekających w sprawach o kompensatę. Jej wyniki okazały się wyjątkowo niepokojące. Uwidocznily, że sędziowie nie wiedzą nic ani o istocie ani o znaczeniu kompensaty uznając ją za roszczenie odszkodowawcze takie samo jak wszystkie inne¹⁰. Dowodzi to, że nie zostali oni należycie przygotowani do orzekania o kompensacie, co oznacza, że zabrakło odpowiednich szkoleń, a te, które zorganizowano, nie spełniły swojego zadania.

Dopiero jednak wyjątkowa aktywność na tym polu I. Lipowicz, ówczesnej Rzecznik Praw Obywatelskich¹¹, uruchomiła działania mające na celu wprowadzenie zmian w unormowaniu kompensaty. Inicjatywę przejął Senat RP, który w 2014 r. przygotował projekt ustawy nowelizacyjnej¹². W trakcie prac legislacyjnych uległ on dość znaczącym modyfikacjom. Na niektóre z nich zwracam uwagę, jako że nie pozostają bez wpływu na ocenę ostatecznego kształtu nowelizacji.

Czy rzeczywiście doszło do wyeliminowania najistotniejszych mankamentów w unormowaniu kompensaty, a zatem czy nowelizacja spełniła pokładane w niej nadzieje – to podstawowe pytanie wymagające odpowiedzi. Prawo do kompensaty od państwa postrzegane jest jako jedno z najważniejszych uprawnień ofiar. Dzięki niemu mają szansę na szybsze przewyciężenie ujemnych bezpośrednich skutków przestępstwa z jednej strony, z drugiej zaś – one i ich otoczenie społeczne nabierają przekonania, że cierpiący w wyniku wiktymizacji kryminalnej nie są pozostawiani samym sobie, to z kolei powoduje, że wzrasta zaufanie do państwa oraz jego organów i instytucji¹³.

¹⁰ Szczegółowo M. Mazur, *Kompensata dla ofiar przestępstw. Co sprawdzone, a co wymaga poprawy?*, Na Wokandzie 2011, nr 10, s. 2 i n.

¹¹ Dowodzą tego liczne wystąpienia kierowane do Ministra Sprawiedliwości, wypowiedzi medialne i wystąpienia na konferencjach; zob. też syntetycznie I. Lipowicz, *Stan ochrony praw człowieka w perspektywie Rzecznika Praw Obywatelskich*, Biuro Rzecznika Praw Obywatelskich, Warszawa 2014, s. 6 i n.

¹² Druk senacki nr 704 (druk sejmowy nr 3078).

¹³ Szerzej m.in. E. Bieñkowska, L. Mazowiecka, *Państwowa kompensata...*, s. 19 i n.; E. Bieñkowska, C. Kulesza, *Państwowa kompensata...*, s. 24 i n.

Czyn zabroniony

Jedną z kluczowych zmian wprowadzonych na mocy nowelizacji jest rezygnacja z posługiwania się w ustawie terminem „przestępstwo” i zastąpienie go pojęciem „czyn zabroniony”. Znalazło to odzwierciedlenie już w jej tytule, który obecnie brzmi następująco „ustawa o państwowej kompensacie przysługującej ofiarom niektórych czynów zabronionych”. Wyjaśniono, że „Zabieg taki jest konieczny ze względu na możliwość wystąpienia z wnioskiem o przyznanie kompensaty w sytuacji, gdy sprawca czynu nie może być oskarżony ani skazany. Sformułowanie to obejmuje wszystkie przypadki, w których nastąpiła śmierć sprawcy, nie został złożony wniosek o ściganie, sprawca korzysta z immunitetu albo jest niepoczytalny”¹⁴.

W ten sposób uczyniono zadość postulatowi dokonania takiej zmiany¹⁵, a zarazem wyeliminowano zasadniczą przyczynę wadliwości ustawy, która w istocie generowała wiele dalszych. Trzeba jednak odnotować, że dwukrotnie ustawa nadal posługuje się pojęciem „przestępstwo”. Pierwszym przypadkiem jest art. 9 ust. 2, do którego wprowadzono określenie „zawiadomienie o popełnieniu przestępstwa”, a drugim art. 14 ust. 1, w którym – tak samo jak przed nowelizacją – jest mowa o „sprawcy lub sprawcach przestępstwa”. W obu sytuacjach zwroty te pojawiły się zapewne tylko przez przeoczenie, ale czystość terminologiczna wymagałaby, aby w obu mówić o „czynie zabronionym”, a nie o „przestępstwie”.

Krąg uprawnionych

Jednym z zarzutów wysuwanych pod adresem ustawy było to, że operuje ona kryterium obywatelstwa, a nie – jak wymaga tego dyrektywa 2004/80/WE – miejsca stałego zamieszkania bezpośredniej ofiary przestępstwa. W art. 1 dyrektywy jest bowiem wyraźnie mowa o przestępstwie popełnionym na terytorium innego państwa członkowskiego Unii Europejskiej niż państwo, w którym ofiara „ma stałe miejsce zamieszkania”. Wspomniany mankament ustawy usunięto poprzez wprowadzenie do jej art. 4 sformułowania „na szkodę osoby mającej miejsce stałego pobytu” na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej lub innego państwa unijnego.

Zaznaczyć należy, że do aktualnego unormowania ustawy w omawianym zakresie nie przystaje już zastrzeżenie poczynione w odniesieniu do konwencji Rady Europy o zapobieganiu i zwalczaniu przemocy wobec kobiet i przemocy domowej z dnia 11 maja 2011 r., która została ratyfikowana

¹⁴ Druk senacki nr 704, Uzasadnienie, s. 4 (dalej: Uzasadnienie).

¹⁵ Tak E. Bieńkowska, *Państwowa kompensacja...*, s. 58; E. Bieńkowska, L. Mazowiecka, *Państwowa kompensata...*, s. 104.

w dniu 13 kwietnia 2015 r.¹⁶, a obowiązuje od dnia 1 sierpnia 2015 r., ograniczające prawo do kompensaty od państwa w przypadku ofiar przestępstw objętych zakresem przedmiotowym konwencji do obywateli Unii Europejskiej¹⁷.

Dokonano jeszcze innego poszerzenia kręgu osób uprawnionych do kompensaty. Do czasu wejścia w życie nowelizacji osoby najbliższe ofiary, która w wyniku przestępstwa objętego zakresem przedmiotowym ustawy poniosła śmierć, mogły – stosownie do jej art. 2 pkt 2 – ubiegać się o kompensatę jedynie pod warunkiem, że w czasie jego popełnienia pozostawały na utrzymaniu ofiary. Końcowe zastrzeżenie wykreślono. Kwestia ta nie ma już zatem żadnego znaczenia bez względu na to, o którą z osób najbliższych chodzi. Przypomnę, że w myśl powołanego przepisu są nimi małżonek lub osoba pozostająca z ofiarą we wspólnym pożyciu, jej wstępny, zstępny oraz osoba pozostająca w stosunku przysposobienia. Podzielono zatem, a nawet poszerzono argumentację¹⁸, iż rodzicom dziecka, które wskutek przestępstwa zmarło, mimo że nie pozostawali na jego utrzymaniu, powinna przysługiwać kompensata ze względów moralnych, aby mogli wypełnić uświęcony tradycją zwyczaj pochówku¹⁹. Całkowicie podzielam ten punkt widzenia, ale wyłącznie w odniesieniu do układu rodzice i małoletnie lub niepełnosprawne dziecko. W pozostałych przypadkach osoby najbliższe powinny mieć prawo do kompensaty od państwa tylko wtedy, gdy śmierć ofiary bezpośredniej, która nastąpiła w wyniku przestępstwa, pogorszyła ich sytuację życiową, a zwłaszcza zmuszeni byli ponieść z tego tytułu wydatki z własnej kieszeni.

Pamiętać trzeba, że kompensata z założenia ma do spełnienia zupełnie inne zadanie niż wspomóżenie w wykonaniu obowiązku płynącego ze zwyczaju. Narodziła się ona w systemie *common law*, gdzie ofiarę przestępstwa postrzegano wyłącznie w kategoriach tzw. osobowego środka dowodowego. Pomyślana została jako forma jej wsparcia przez państwo wówczas, gdy w postępowaniu cywilnym nie może ona zaspokoić swoich roszczeń wobec sprawcy, ponieważ nie został on wykryty, bądź też jest co prawda znany, ale okazuje się niewypłacalny. Stwierdzono zarazem, że pod tym względem w najgorszej sytuacji znajdują się ofiary przestępstw popełnionych z użyciem przemocy. Z tego powodu w pierwszym rzędzie na nie zorientowane zostały i do dziś pozostają systemy kompensacji państwowej. Nie chodziło przy tym o pełne wyrównanie przez państwo szkód wyrządzonych takim przestęp-

¹⁶ Dz. U. poz. 961.

¹⁷ Zob. Oświadczenie rządowe w sprawie mocy wiążącej konwencji Rady Europy o zapobieganiu i zwalczaniu przemocy wobec kobiet i przemocy domowej, sporządzonej w Stambule dnia 11 maja 2011 r., Dz. U. poz. 962.

¹⁸ Uzasadnienie, s. 5.

¹⁹ Tak S. Łagodzinski, *Praktyka przyznawania...*, s. 138.

stwem, lecz tylko tych najpoważniejszych i w zakresie ograniczonym do określonego minimum. Państwo nie ma przy tym wyręczać sprawcy w wykonaniu ciążącego na nim obowiązku kompensacyjnego, lecz jedynie chwilowo go zastąpić²⁰. Uznano, że uzasadnieniem ideologicznym dla tworzenia systemów kompensacji państwowej jest wyłącznie równość i solidarność społeczna. Argumentowano w szczególności, iż – ze względu na większe narażenie niektórych osób na ryzyko doznania wiktymizacji kryminalnej – skutki przestępstw nie są równomiernie rozłożone na wszystkich członków danego społeczeństwa. „Niewinne” ofiary przestępstw popełnionych z użyciem przemocy wzbudzają zaś na ogół powszechną sympatię i współczucie. Dlatego też państwo – nie przejmując na siebie odpowiedzialności za działania przestępcy – powinno uczestniczyć w wyrównaniu poniesionych przez nie szkód²¹.

Trzeba także wyraźnie powiedzieć, że twórcy idei kompensacji państwowej zdawali sobie sprawę z tego, że przyjęcie za punkt wyjścia założenia o kompensowaniu tylko ofiar określonego rodzaju wiktymizacji kryminalnej i tylko na minimalnym poziomie, godzi w ideę sprawiedliwości społecznej. Uznali jednak, że lepiej, aby państwo uczestniczyło choćby w niewielkim stopniu w kompensowaniu najdotkliwiej doświadczonych ofiar szczególnie drastycznych przestępstw niż pozostało na uboczu. Z góry przyzwolono więc na wprowadzanie rozwiązań, które same w sobie stanowią źródło wiktymizacji wtórnej i szybko problem ten dostrzeżono²². Do tej pory nie został on jednak rozwiązany. Nadal bowiem systemy kompensacji państwowej nigdzie nie obejmują wszystkich ofiar przestępstw i nie pokrywają wszystkich szkód.

Subsydiarność i wysokość kompensaty

Na mocy nowelizacji doprecyzowano regulację art. 5 ustawy, ustanawiającą zasadę subsydiarności kompensaty. Przed jej wejściem w życie w przepisie tym była mowa o niemożności uzyskania pokrycia utraconych zarobków, innych środków utrzymania lub kosztów także „z innego źródła lub tytułu” niż od sprawcy, z ubezpieczenia lub pomocy społecznej. Wątpliwości dotyczyły rozumienia określenia „z innego źródła lub tytułu”, ponieważ za takie można było uznać wszystko, a w tym także wzięcie kredytu banko-

²⁰ Szerzej zwłaszcza S. Schafer, *Compensation and Restitution to Victims of Crime*, Montclair 1970, s. 21 i n.

²¹ Zob. Raport Europejskiego Komitetu do Spraw Problemów Przestępczości o kompensowaniu ofiar przestępstw, (w:) E. Bieńkowska, C. Kulesza, *Europejskie standardy kształtowania sytuacji ofiar przestępstw*, Białystok 1997, s. 34 i n.

²² Szerzej zwłaszcza *Handbook on Justice for Victims. On the Use and Application of the Declaration of Basic Principles on Justice for Victims of Crime and Abuse of Power*, United Nations, New York 1999, s. 44 i n.

wego bądź zaciągnięcie pożyczki u osoby prywatnej. Ustawodawca ze wskazanego fragmentu art. 5 zrezygnował. Przepis ten stał się zatem w pełni przejrzysty. Tym samym spełniony został kolejny postulat zgłaszany w literaturze przedmiotu²³.

Na szczególną uwagę zasługują zmiany wprowadzone w odniesieniu do wysokości świadczenia kompensacyjnego. Poprzednio stosownie do art. 6 ustawy jej górna granica była jedna i sięgała kwoty 12 000 złotych. Nie widziano przy tym możliwości jej podwyższenia²⁴. Obecnie obowiązują dwa górne pułapy i oba znacznie wyższe od poprzedniego. W myśl art. 6 ust. 1 kompensata nie może przekroczyć 25 000 złotych, a w przypadku śmierci ofiary bezpośredniej – 60 000 złotych.

Regulacja ta wymaga komentarza. Przede wszystkim znacznie się różni od propozycji zamieszczonej w projekcie senackim. Ten ostatni przewidywał wprowadzenie dolnej granicy kompensaty w wysokości 1000 złotych i górnej sięgającej 25 000 złotych (art. 6 ust. 1). Podkreślono, że dzięki takiemu rozwiązaniu dojdzie do zracjonalizowania polityki orzekania o kompensacie, a na taką potrzebę zwracano uwagę w piśmiennictwie²⁵.

Dobrze się moim zdaniem stało, że zróżnicowano maksymalną wysokość kompensaty wprowadzając znacznie wyższą jej granicę w odniesieniu do przypadków, gdy ofiara bezpośrednia poniosła w wyniku przestępstwa śmierć. Przewidywana wcześniej kwota 12 000 złotych, zwłaszcza w razie utraty przez ofiary pośredniej jedyne go żywiciela rodziny, była po prostu żałosna.

Co się tyczy pozostałych przypadków, szkoda, że zrezygnowano z wyznaczenia dolnego progu kompensaty, jak też nie podjęto próby określenia i zróżnicowania rozpiętości w wysokości kompensaty, czyli wprowadzenia – jak się to potocznie nazywa – widełek, w zależności od rodzaju i stopnia doznanego uszczerbku na zdrowiu lub jego rozstroju, co także było postulowane²⁶. Dawałoby to praktyce wskazówkę co do sposobu określania wysokości kompensaty, a tym samym służyło wyeliminowaniu przypadków, w których kompensatę tej samej kwoty można przyznać w przypadku najcięższych uszkodzeń ciała, jak i mniej poważnych.

Nowelizacja nie zmienia co do istoty, lecz jedynie inaczej formułuje wymogi dotyczące innych niż śmierć następstw czynu zabronionego, których wystąpienie upoważnia do ubiegania się o kompensatę. W art. 2 lit. b) wskazuje, iż chodzi tu o skutek w postaci ciężkiego uszczerbku na zdrowiu, naruszenia czynności narządu ciała lub rozstroju zdrowia na okres powyżej 7 dni. Różnice jakościowe w obrębie tych skutków są przeogromne. Obejmują bowiem zarówno sytuacje, w których skutki czynu są tego rodzaju, że czynią

²³ Uzasadnienie, s. 6.

²⁴ Zob. druk sejmowy nr 1621, Uzasadnienie, s. 8.

²⁵ Uzasadnienie, s. 7.

²⁶ Zob. zwłaszcza L. Mazowiecka, Państwowa kompensata..., w szczególności s. 323 i n.

ofiary całkowicie niezdolną do dalszego samodzielnego funkcjonowania i zdaną na całodobową pomoc innych, jak też takie, gdy traci ona jeden lub kilka zębów, doznaje złamania kończyny albo nosa czy szczęki. W przypadku, gdy nie określono granic, w jakich można przyznać kompensatę w poszczególnych takich przypadkach, podstawą orzeczenia będzie ocena podjęta zgodnie z zasadą swobodnego uznania sądu, który w pierwszej kolejności – obok dokumentacji medycznej i opinii biegłych z zakresu medycyny – uwzględni przedstawione mu dokumenty potwierdzające wysokość wydatków poniesionych w związku z realizacją zaleceń lekarzy dotyczących np. specjalnej diety, bądź też wydatków poniesionych w związku z koniecznymi dojazdami do miejsc dokonywania zleconych zabiegów czy świadczenia usług rehabilitacyjnych. Nie każdy takie rachunki, pokwitowania czy wykorzystane bilety środków komunikacji publicznej gromadzi i przechowuje zwłaszcza wówczas, gdy opiewają na niewielkie kwoty. W tym zakresie niewiele się więc zmieni i nie wpłynie na ten stan rzeczy fakt, iż do art. 6 ustawy dodano ust. 2, zgodnie z którym w razie uznania, że „ściśle udowodnienie wysokości żądania jest niemożliwe lub nader utrudnione” sąd „może w ramach kwot określonych w ust. 1 zasądzić odpowiednią sumę według swej oceny, opartej na rozważeniu wszystkich okoliczności sprawy”. W istocie powtórzono tu treść art. 322 k.p.c., co wydaje się całkowicie zbędne, skoro przepis art. 8 ust. 1 ustawy przewiduje stosowanie w sprawach kompensacyjnych przepisów k.p.c. o postępowaniu nieprocesowym. Podkreślić przy tym trzeba, że możliwość korzystania z art. 322 k.p.c. sądy miały także na gruncie dawnej regulacji kompensaty, lecz czyniły to tylko wyjątkowo²⁷.

Przesłanki przyznania i nieprzyznania kompensaty

Nowelizacja niemal całkowicie zmieniła regulacje dotyczące przesłanek przyznawania kompensaty oraz skutkujące jej nieprzyznaniem. W poprzedzającym ją stanie prawnym art. 5 *in fine* ustawy zawierał wskazanie, iż kompensatę przyznaje się niezależnie od tego, czy sprawcy zostali wykryci, oskarżeni lub skazani. Nie współgrało z tą regulacją unormowanie jej art. 7 ust. 2, stosownie do którego kompensatę odmawiało się wówczas, gdy wystąpiły enumeratywnie wymienione ujemne przesłanki procesowe z art. 17 § 1 k.p.k. obejmujące w większości okoliczności dotyczące samego sprawcy. Przepis art. 7 ustawy został w całości uchylony. Przestał więc też obowiązywać wprowadzony na jego mocy wymóg wszczęcia postępowania karnego albo odmowy jego wszczęcia ze ściśle określonych powodów stanowiących również ujemne przesłanki procesowe wymienione w art. 17 § 1 k.p.k., tyle że inne. Mogłoby to sugerować, że warunku ubiegania się o kompensatę nie stanowi

²⁷ Zob. L. Mazowiecka, Państwowa kompensata..., m.in. s. 292.

już fakt, aby organy procesowe wiedziały o danym zdarzeniu. Tak jednak nie jest. W myśl art. 9 ust. 2 ustawy w nowym jego brzmieniu do wniosku o kompensatę należy bowiem dołączyć m.in. odpis zawiadomienia o popełnieniu przestępstwa. Regulacja ta jednak dziwi. Nie zawsze bowiem takie zawiadomienie pochodzi od pokrzywdzonego, jak też nie zawsze postępowanie karne jest prowadzone w wyniku złożenia zawiadomienia. Nierzadko jest ono bowiem podejmowane w wyniku czynności operacyjno-rozpoznawczych.

Obecnie kwestię nieprzyznania kompensaty normuje dodany przepis art. 7a. Przewidziano w nim, iż podstawę stanowią w tym przypadku następujące okoliczności: 1) przyczynienie się ofiary do popełnienia czynu zabronionego, z tym że możliwe jest też zmniejszenie wysokości świadczenia proporcjonalnie do przyczynienia się (ust. 1); 2) współsprawstwo ofiary w popełnieniu czynu zabronionego, z którego skutku wywodzi ona swoje prawo do kompensaty bądź jej zgoda na ryzyko doznania takich skutków (ust. 2); 3) niepopelnienie czynu lub brak dowodów uzasadniających podejrzenie jego popełnienia (ust. 3 lit. a) albo 4) brak znamion czynu zabronionego w danym zdarzeniu (ust. 3 lit. b).

W porównaniu do projektu senackiego katalog przesłanek skutkujących nieprzyznaniem kompensaty został wyraźnie poszerzony. Projekt przewidywał jedynie możliwość obniżenia wysokości kompensaty odpowiednio do stopnia przyczynienia się ofiary do popełnienia czynu zabronionego oraz nieprzyznanie tego świadczenia w razie jej współsprawstwa w popełnieniu czynu, którego skutki uprawniają do ubiegania się o nie. Czynił jednak w ten sposób i tak zadość zgłaszanym w tej materii postulatom zmian²⁸. Ważne było bowiem, aby w żadnym przypadku w ustawie już nie traktowano okoliczności dotyczących sprawcy jako mających wpływ na byt prawa ofiary do kompensaty.

Projektodawcy przewidywali uchylenie art. 13 ustawy dotyczącego zwrotu kompensaty jako naturalną konsekwencję uchylenia jej art. 7. Przyjęto jednak inne rozwiązanie. Dokonano bowiem tylko zmiany brzmienia, ale nie istoty art. 13. Przepis ten przewiduje zwrot kompensaty w wypadku, gdy została ona przyznana niezgodnie z wymogami ustawy (ust. 1). Zobowiązuje prokuratora prowadzącego postępowanie przygotowawcze do wezwania ofiary do jej zwrotu w terminie 30 dni od dnia wezwania (ust. 2), a w razie nieuczynienia tego – do wytoczenia przeciwko niej powództwa w postępowaniu cywilnym (ust. 3).

Wniosek o kompensatę

Szczególnie istotnej zmiany dokonano w odniesieniu do terminu złożenia wniosku o kompensatę. W poprzednim stanie prawnym był to okres 2 lat od

²⁸ Uzasadnienie, s. 14.

dnia popełnienia przestępstwa. Obecnie – jak stanowi art. 8 ust. 5 – jest to okres „3 lat od dnia ujawnienia się skutków czynu zabronionego, nie później jednak niż w terminie 5 lat od dnia jego popełnienia”. Jest to regulacja pokrywająca się z proponowaną w projekcie senackim, a stanowi ona odpowiedź na „głosy praktyków, iż w efekcie traumatycznego przeżycia jakim było dla ofiary przestępstwo, czas potrzebny na leczenie, rehabilitację i obiektywną ocenę skutków tych zdarzeń, może być niewystarczający na podjęcie właściwych decyzji i dochodzenie kompensaty w wyznaczonym ustawą czasie”²⁹. Wprowadzona zmiana idzie jednak znacznie dalej. Przewidziano bowiem nie jeden, lecz dwa momenty, od których liczy się bieg terminu na złożenie wniosku. Pierwszym uczyniono dzień ujawnienia się skutków czynu. Obawiam się, że jego dokładne ustalenie niekiedy przysporzy poważnych trudności w praktyce. Nie ulega oczywiście wątpliwości, że niektóre skutki czynów zabronionych mogą zacząć dawać o sobie znać dopiero po pewnym czasie, jak choćby dotkliwe bóle głowy u ofiary pobicia. Równie niewątpliwe jest jednak, że niełatwo może być ustalić, czy są to rzeczywiście skutki doznanego czynu, czy też – być może – objawy jakiegoś schorzenia niemającego z nim nic wspólnego. Co więcej, jeszcze trudniej będzie ustalić konkretny dzień, kiedy miały one swój początek. Nie powinno się zaś w moim przekonaniu wyznaczać na moment, od którego biegnie jakikolwiek termin ustawowy, a ten jest w dodatku zawily, zdarzenia niepewnego nie tylko, gdy chodzi o jego istotę, ale przede wszystkim – chwilę faktycznego pojawienia się. Drugi moment wyznaczający początek biegu terminu na złożenie wniosku zaczyna się z kolei w dniu popełnienia czynu zabronionego. Pokrywa się więc z rozwiązaniem obowiązującym przed nowelizacją.

Trzeba natomiast podkreślić wagę – dawno już postulowanego³⁰ – przyznania uprawnienia do złożenia wniosku o kompensatę osobie, pod której stałą pieczę pozostaje ofiara nieporadna ze względu na swój wiek lub stan zdrowia (art. 8 ust. 4a). Prawo do wystąpienia z takim wnioskiem przysługuje bowiem co prawda nie tylko samej osobie uprawnionej, ale i prokuratorowi (art. 8 ust. 4), choć nie zawsze chce on z niego korzystać i korzysta. Jeżeli więc ofiara nie była w stanie samodzielnie funkcjonować, także w wyniku doznanego przestępstwa, jej sytuacja stawiała się w omawianym zakresie beznadziejna.

Zmodyfikowano ponadto wymogi formalne, jakim – w myśl art. 9 ust. 1 – musi odpowiadać wniosek. W szczególności zrezygnowano z obowiązku zamieszczenia w nim informacji o stanie rodzinnym, co należy w pełni zaaprobować. Przychylono się więc do stanowiska, w myśl którego informacja ta nie powinna mieć żadnego znaczenia w odniesieniu do orzekania o kom-

²⁹ Uzasadnienie, s. 9.

³⁰ E. Bieñkowska, Państwowa kompensata..., s. 55.

pensacie³¹, podobnie zresztą jak o każdym innym roszczeniu o charakterze odszkodowawczym.

Zmieniono ponadto treść art. 9 ust. 2, co stanowi konsekwencję uchylecia art. 7 ustawy. Obecnie przepis ten obliuguje do dołączenia do wniosku wspomnianego już zawiadomienia o popełnieniu przestępstwa, odpisów orzeczeń wydanych w postępowaniu karnym, zaświadczeń lekarskich lub opinii biegłych dotyczących uszczerbku na zdrowiu oraz innych dokumentów potwierdzających informacje zawarte we wniosku. Nowością jest wymóg odnoszący się do zawiadomienia o przestępstwie, do czego już się odniosłam.

Mam natomiast poważne wątpliwości co do przedkładania sądowi cywilnemu zebranych w procesie karnym zaświadczeń lekarskich czy opinii biegłych o doznanych skutkach czynu. W postępowaniu cywilnym bowiem – w myśl art. 11 zdanie pierwsze k.p.c. – sąd jest związany ustaleniami wydanego w procesie karnym prawomocnego wyroku skazującego wyłącznie co do popełnienia przestępstwa, ale nie w odniesieniu do jego okoliczności i następstw. Pamiętać też trzeba, że skutki wiktylizacji kryminalnej mogą okazać się po upływie pewnego czasu znacznie poważniejsze niż wyglądało to początkowo. Nie należy w związku z tym odrzucać wniosków o kompensatę tylko z tego powodu, że w postępowaniu karnym uznano, iż w grę wchodzi lekkie uszkodzenie ciała, a więc na okres nieprzekraczający 7 dni.

W ślad za modyfikacjami regulacji art. 9. ustawy pewnym zmianom uległ również wzór formularza wniosku. Uczyniono go zarazem o wiele bardziej przejrzystym. Stało się to na mocy rozporządzenia Ministra Sprawiedliwości z dnia 7 stycznia 2016 r. zmieniającego rozporządzenie w sprawie wniosku o przyznanie kompensaty³².

Obecnie formularz wniosku inicjuje krótkie, sformułowane w przystępnym języku pouczenie, a następnie należy w nim wskazać: właściwy organ orzekający; dane osoby ubiegającej się o kompensatę (imię i nazwisko; nr PESEL; adres miejsca stałego pobytu; dane pełnomocnika, jeśli go posiada, wraz z adresem do doręczeń); dane ofiary czynu zabronionego (informacja o tym, czy osoba ubiegająca się o kompensatę jest ofiarą czynu; imię i nazwisko; nr PESEL, jeśli go posiada lub posiadała; ostatni adres miejsca stałego pobytu); informacje dotyczące czynu zabronionego (data i miejsce popełnienia; zwięzły opis; skutki dla życia i zdrowia ofiary); informacje dotyczące poniesionych kosztów i strat (koszty pogrzebu; koszty związane z leczeniem i rehabilitacją; utracone zarobki lub inne środki utrzymania); wysokość kompensaty, o jaką osoba uprawniona się ubiega; oświadczenie o nieuzyskaniu odszkodowania lub świadczenia z innych źródeł lub tytułów (od sprawcy lub sprawców, z tytułu ubezpieczenia lub ze środków pomocy spo-

³¹ Uzasadnienie, s. 9–10.

³² Dz. U. poz. 51; poprzednie rozporządzenie z dnia 7 września 2005 r. – Dz. U. Nr 177, poz. 1476.

łecznej) wraz z pouczeniem o odpowiedzialności karnej za złożenie fałszywego oświadczenia; wykaz załączników; wykaz dokumentów potwierdzających fakt, że osoba ubiegająca się o kompensatę była osobą najbliższą zmarłej w wyniku czynu ofiary; oświadczenie o pozostawaniu z taką ofiarą we wspólnym pożyciu wraz z pouczeniem o odpowiedzialności za złożenie fałszywego oświadczenia; miejscowość i data; podpis osoby ubiegającej się o kompensatę. Zrezygnowano z mało zrozumiałego powołania na końcu formularza art. 13 ustawy stanowiącego o obowiązku zwrotu kompensaty bez podania i wyjaśnienia jego treści.

Uczestnicy postępowania

Ustawodawca utrzymuje nieprocesowe postępowanie cywilne jako właściwe w sprawach o kompensatę. Wprowadza jednak znaczącą zmianę w brzmieniu art. 8 ust. 1 dodając do tego przepisu zastrzeżenie, iż ma ono zastosowanie „w sprawach nieuregulowanych w ustawie”. Brak takiego ograniczenia w poprzednim stanie prawnym wywoływał w szczególności spory w kwestii możliwości występowania sprawców przestępstwa w charakterze uczestników postępowania kompensacyjnego³³. Dozwolenie na to powodowało, że postępowanie z niespornego przekształcało się w sporne, a więc w procesowe, co i tak w praktyce z reguły miało miejsce³⁴. Obecnie ustawodawca jeszcze silniej akcentuje fakt, że nie jest to dopuszczalne, czego wyrazem jest dodanie do ust. 6 art. 8 ustawy słowa „wyłącznie”. Jedynymi uczestnikami postępowania w sprawie o kompensatę są zatem osoba uprawniona i prokurator.

Organ orzekający

Na mocy nowelizacji wypełniono istniejącą przez blisko siedem lat lukę w postaci braku organu właściwego do orzekania w transgranicznych sprawach kompensacyjnych. Został on zlikwidowany wraz ze zmianą właściwości miejscowej organu orzekającego z – najogólniej – wyznaczanej miejscem popełnienia przestępstwa na określaną na podstawie miejsca zamieszkania osoby uprawnionej, czego dokonano nowelizacją z dnia 3 kwietnia 2009 r. Obecnie – jak stanowi art. 8 ust. 2 ustawy w nowo nadanym mu brzmieniu – wówczas, gdy osoba ta ma miejsce stałego pobytu na terytorium innego państwa członkowskiego Unii Europejskiej, właściwy do orzekania o kompensacie jest sąd, w którego okręgu popełniono czyn zabroniony.

³³ Szerzej zob. E. Bieńkowska, L. Mazowiecka, *Państwowa kompensata...*, s. 132 i n.

³⁴ Zob. L. Mazowiecka, *Państwowa kompensata...*, s. 320.

Trzeba dodać, że ciągle jeszcze organu tego nie nazwano w odniesieniu do stosunków transgranicznych organem orzekającym „w Rzeczypospolitej Polskiej”, choć w tytule rozdziału 3. „Współpraca organów pomocniczych i organów orzekających w Rzeczypospolitej Polskiej z organami pomocniczymi i organami orzekającymi w innych państwach członkowskich Unii Europejskiej” ustawy, a w ślad za tym w kilku jego przepisach, a mianowicie w art. 18, 19, 21 oraz 22 ust. 1 i 2, o takim jest mowa.

W trakcie prac nad ostatnią nowelizacją nie zajęto się natomiast kwestią orzekania w sprawach o kompensatę przez referendarzy sądowych (art. 8 ust. 1 zdanie drugie), co umożliwiła ustawa nowelizacyjna z dnia 3 kwietnia 2009 r. Tymczasem jest to rozwiązanie wzbudzające kontrowersje. Wynikają one głównie stąd, że na wydane przez niego orzeczenie przysługuje skarga do sądu (art. 8 ust. 1 zdanie trzecie). Powoduje to, że orzeczenie referendarza traci moc (art. 398²² § 2 k.p.c.), a sąd rozpoznaje sprawę jako sąd pierwszej instancji (§ 3 wskazanego przepisu). Postępowanie pierwszoinstancyjne prowadzone jest zatem w takich przypadkach dwukrotnie, co znacząco wydłuża łączny czas prowadzenia sprawy o kompensatę. Czas ten należałoby zaś skracać, a nie wydłużać³⁵.

Organ pomocniczy

Nowelizacja istotnie zmieniła regulację dotyczącą organu pomocniczego działającego w stosunkach wewnątrz krajowych określanego jednak nadal, bez żadnego racjonalnego uzasadnienia, organem pomocniczym „w Rzeczypospolitej Polskiej”.

Zamiast prokuratora okręgowego miejsca zamieszkania lub pobytu osoby uprawnionej czyni nim prokuratora prowadzącego postępowanie przygotowawcze w sprawie o dany czyn zabroniony (art. 10 ust. 1). W ten sposób organ, którego zadaniem jest udzielanie osobie uprawnionej informacji o możliwości i warunkach ubiegania się o kompensatę, udostępnienie wzoru formularza wniosku oraz ogólnej pomocy i informacji na temat sposobu jego wypełnienia (art. 10 ust. 3), został wyraźnie przybliżony do tej osoby. Uczyniono tym samym zadość kolejnemu postulatowi zgłaszanemu w literaturze przedmiotu³⁶. Podkreślono jednocześnie, że dzięki takiemu unormowaniu znacząco wzrośnie liczba wniosków o kompensatę, bowiem zapewnia ono szerszy i łatwiejszy dostęp do informacji o świadczeniu kompensacyjnym³⁷.

³⁵ Szerzej E. Bieńkowska, L. Mazowiecka, Państwowa kompensata..., s. 108 i n.

³⁶ Zob. zwłaszcza E. Bieńkowska, Państwowa kompensacja..., s. 59 i n.

³⁷ Uzasadnienie, s. 10.

Informowanie

W tym kontekście warto podnieść jeszcze jedną kwestię. Mianowicie, dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady 2012/29/UE z dnia 25 października 2012 r. ustanawiająca normy minimalne w zakresie praw, wsparcia i ochrony ofiar przestępstw oraz zastępująca decyzję ramową Rady 2001/220/WSiSW³⁸, szeroko odnosi się do prawa ofiar do uzyskiwania informacji. W odniesieniu do uprawnienia kompensacyjnego wskazuje, iż udzielenie informacji o nim należy do kompetencji ogólnych służb wspierania ofiar (art. 9 ust. 1 lit. a). Z reguły mają one też za zadanie pomaganie ofiarom w wypełnianiu rozmaitych wniosków, formularzy, itp. W Polsce rola taka powinna przypadać w pierwszej kolejności ośrodkom pomocy dla osób pokrzywdzonych przestępstwem wchodzącym w skład funkcjonującego i rozbudowywanego ogólnokrajowego systemu pomocy ofiarom przestępstw zwanego Siecią Pomocy Ofiarom Przestępstw. Zadania w tym zakresie realizuje w szczególności ze środków Funduszu Pomocy Pokrzywdzonym oraz Pomocy Postpenitencjarnej jego dysponent, którym jest Minister Sprawiedliwości³⁹. O tym jednak, jak się okazuje, ustawodawca zupełnie zapomniał.

O obowiązku zapewnienia ofiarom przestępstw łatwo dostępnych informacji o możliwości uzyskania kompensaty jest mowa w art. 11 konwencji Rady Europy o kompensacie dla ofiar przestępstw popełnionych z użyciem przemocy z dnia 24 listopada 1983 r.⁴⁰, jak i w art. 4 dyrektywy 2004/80/WE. Regulacje w tym zakresie przewidziane w ustawie kompensacyjnej przed jej nowelizacją z dnia 5 sierpnia 2015 r. nie czyniły zadość tym wymogom. Obecnie jest trochę lepiej ze względu na opisaną zmianę unormowania art. 10 ust. 3 ustawy. Ponadto od dnia 8 kwietnia 2015 r. informowanie pokrzywdzonego o uprawnieniu do kompensaty od państwa przewiduje jeszcze inny przepis, a mianowicie art. 300 § 2 k.p.k., którego § 4 przewiduje opracowanie wzoru pouczenia przez Ministra Sprawiedliwości.

³⁸ Dz. Urz. UE L 315 z dnia 14 listopada 2012 r., s. 57; szerzej zwłaszcza E. Bieńkowska, K. Dudka, C. Kulesza, L. Mazowiecka, P. Starzyński, W. Zalewski, E. Zielińska, Dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady 2012/29/UE ustanawiająca normy minimalne w zakresie praw, wsparcia i ochrony ofiar przestępstw. Komentarz, E. Bieńkowska, L. Mazowiecka (red.), Warszawa 2014, s. 23 i n.

³⁹ Szerzej zwłaszcza E. Bieńkowska, Fundusz Pomocy Pokrzywdzonym oraz Pomocy Postpenitencjarnej po najnowszych zmianach, Zeszyty Prawnicze UKSW 2016, nr 16.2 (w druku).

⁴⁰ Tekst polski, (w:) E. Bieńkowska, L. Mazowiecka, Państwowa kompensata..., s. 187–192; szerzej o konwencji zob. zwłaszcza E. Bieńkowska, Komentarz [do Europejskiej Konwencji o odszkodowaniach dla ofiar przestępstw popełnionych z użyciem przemocy], (w:) E. Zielińska (red.), Standardy prawne Rady Europy. Teksty i komentarze, t. III, Prawo karne, Warszawa 1997, s. 504 i n.

W obowiązującym wzorze pouczenia wprowadzonym rozporządzeniem Ministra Sprawiedliwości z dnia 13 kwietnia 2016 r.⁴¹ powtórzono jednak treść informacji zamieszczonej w poprzednim wzorze, stanowiącym załącznik do rozporządzenia Ministra Sprawiedliwości z dnia 3 czerwca 2015 r.⁴². Jest ona następująca: „Pokrzywdzony będący obywatelem polskim lub obywatelem innego państwa członkowskiego Unii Europejskiej może się ubiegać o państwową kompensatę na zasadach określonych w ustawie z dnia 7 lipca 2005 r.” (pkt 14 obu wzorów). Informacja ta nie została zatem dostosowana do zmiany wprowadzonej nowelizacją z dnia 5 sierpnia 2015 r. Jest więc nieaktualna. Nie sądzę też, aby była wystarczająca dla zrozumienia istoty uprawnienia. Cały czas mało kto bowiem wie, czym kompensata w ogóle jest i jakiemu celowi służy. Konieczne jest w tej sytuacji zapewnienie pokrzywdzonemu dodatkowego ustnego wyjaśnienia tych zagadnień. To zaś wymaga odpowiedniego przygotowania zarówno prokuratorów, jak i funkcjonariuszy Policji, skoro na nich może zostać scedowany obowiązek informowania. Wszystkim tym podmiotom powinno się w związku z tym udostępnić właściwe szkolenia. Powtórzę jednak, że tę ostatnią kwestię należy gruntownie przemyśleć, ponieważ pod adresem dotychczasowych można mieć poważne wątpliwości, czy na pewno dostarczyły koniecznej wiedzy, a to dlatego, że osoby je prowadzące nie zawsze same były dostatecznie dobrze zorientowane w problematyce kompensaty.

Kasacja

Ustawa wprowadza w art. 11 zakaz wnoszenia skargi kasacyjnej w sprawach objętych przedmiotem jej unormowania. Uznając za słuszne głosy krytyki podnoszone w tej materii projektodawcy przewidywali jego uchylenie⁴³. Ostatecznie jednak do tego nie doszło. Nadal nie jest więc możliwe wnoszenie skarg kasacyjnych w sprawach kompensacyjnych. Powtórzę w tej sytuacji, że z braku zapewnienia pełnej kontroli merytorycznej nad orzecznictwem w tym zakresie nie będzie możliwe doprowadzenie do podniesienia jego poziomu, a przede wszystkim – ujednolicania⁴⁴.

Zabezpieczenie roszczenia

Nowelizacja, a nie przewidywał tego projekt senacki, objęła swoim zakresem również przepisy k.p.c. dotyczące zabezpieczenia roszczeń. W szcze-

⁴¹ Dz. U. poz. 514.

⁴² Dz. U. poz. 848.

⁴³ Uzasadnienie, s. 10–11.

⁴⁴ Zob. E. Bieńkowska, L. Mazowiecka, Państwowa kompensata..., s. 61–62.

gólności art. 753¹ § 1 dopełniono regulacją zamieszczoną w pkt 9, w myśl której zabezpieczeniu podlega „przyznanie państwowej kompensaty przysługującej ofiarom niektórych czynów zabronionych, w części na pokrycie niezbędnych kosztów leczenia, rehabilitacji lub pogrzebu”. W tym przypadku – tak samo jak w odniesieniu do alimentów (art. 753) – zabezpieczenie może polegać na zobowiązaniu obowiązanego do zapłaty uprawnionemu jednorazowo bądź okresowo określonej sumy pieniężnej. Dla tego celu wystarczające jest jedynie uprawdopodobnienie istnienia roszczenia. Wprowadzenie opisanego rozwiązania spowodowało, że zrezygnowano z proponowanej w projekcie senackim możliwości uzyskania zaliczki na poczet kompensaty (art. 6 ust. 2).

Regulacja dotycząca zabezpieczenia na rzecz osoby uprawnionej roszczenia kompensacyjnego może zastanawiać z tego względu, że – jak stanowi art. 749 k.p.c. – niedopuszczalne jest zabezpieczenie roszczeń pieniężnych przeciwko Skarbowi Państwa, podczas gdy kompensata jest świadczeniem pieniężnym (art. 2 pkt 4 ustawy) wypłacanym ze środków budżetu państwa (art. 12 zdanie drugie ustawy). Jednakże – ze względu na ich specyfikę – w odniesieniu do roszczeń wymienionych w art. 753¹ § 1 k.p.c. ustawodawca wyłączył stosowanie art. 759 k.p.c. (art. 753¹ § 2 zdanie trzecie k.p.c.) wprowadzając instytucję zabezpieczenia nowacyjnego⁴⁵. Objęcie tym rozwiązaniem spraw kompensacyjnych jest ważne, ponieważ dzięki niemu ofiary, których na to nie stać z własnych środków finansowych, i które nie mogą ich uzyskać z innych źródeł, mogą szybko podjąć działania mające na celu niwelowanie urazów i strat powstałych wskutek wiktymizacji kryminalnej. Przyjęta regulacja ma jednak istotną wadę. W art. 753¹ § 1 pkt 9 k.p.c. jest bowiem mowa jedynie o zabezpieczeniu dotyczącym kosztów leczenia, rehabilitacji lub pogrzebu, podczas gdy w myśl art. 3 ustawy kompensata może też pokrywać utracone zarobki i inne środki utrzymania. Uprawnieni ubiegający się o kompensatę w tym zakresie zostali więc pozbawieni prawa do zabezpieczenia swojego roszczenia stanowiącego swego rodzaju zaliczkę na poczet kompensaty. Sytuację tę trudno oczywiście zaaprobować.

Koszty sądowe

Senacki projekt nowelizacji nie przewidywał także zmian w ustawie z dnia 28 lipca 2005 r. o kosztach sądowych w sprawach cywilnych⁴⁶, a takie

⁴⁵ Szerzej m.in. Z. Woźniak, (w:) J. Gołaczyński (red.), M. Brulińska, I. Gil, J. Gołaczyński, B. Pękalski, A. Stangret-Smoczyńska, M. Ulian, Z. Woźniak, B. Zawistowski, Kodeks postępowania cywilnego. Postępowanie zabezpieczające i egzekucyjne. Komentarz, Warszawa 2012, s. 98.

⁴⁶ Tekst jedn. Dz. U. z 2014 r., poz. 1025 z późn. zm.

wprowadzono. Do jej art. 96 stanowiącego o nieistnieniu obowiązku uiszczenia kosztów sądowych dodano pkt 13, stosownie do którego dotyczy to osoby ubiegającej się o uzyskanie kompensaty. W ten sposób wyeliminowane zostają sytuacje, jakie zdarzały się w praktyce, że koszty pochłaniały znaczącą część przyznanej kompensaty⁴⁷.

Nie zniesiono natomiast opłaty stałej od wniosku o przyznanie kompensaty. Nadal więc ustawodawca uważa, że gdyby to uczynić, mogłaby wydatnie się zwiększyć liczba wniosków składanych lekkomyślnie i bezzasadnie, co musiałoby skutkować koniecznością ustanowienia dodatkowych etatów sędziowskich⁴⁸. Trudno oczywiście podzielić taki pogląd, ponieważ daje on wyraz postrzeganiu ofiar przestępstw w kategoriach zwykłych naciągaczy.

Roszczenie zwrotne

W myśl art. 14 ust. 1 ustawy wobec sprawcy lub sprawców czynu zabronionego objętego przedmiotem jej regulacji Skarbowi Państwa przysługuje prawo regresu, którego realizacja jest obligatoryjna. Taką regulacją zastąpiono na mocy nowelizacji z dnia 3 kwietnia 2009 r. pierwotną przewidującą fakultatywność korzystania z tego prawa. Trzeba jednak podnieść, że w pewnych przypadkach wykonanie prawa regresu może godzić w interesy pokrzywdzonego.

Mam na myśli przede wszystkim sytuację, gdy czyn zabroniony był wymierzony w osobę pozostającą z jego sprawcą we wspólności majątkowej, która powstaje z chwilą zawarcia małżeństwa, a obejmuje przedmioty materialne nabyte w trakcie jej trwania przez oboje małżonków lub jednego z nich (art. 31 § 1 zdanie pierwsze k.r.o.). W szczególności, jak stanowi art. 31 § 2 k.r.o., są to wynagrodzenie za pracę i dochody z innej działalności zarobkowej, dochody z majątku wspólnego i majątku osobistego oraz środki zgromadzone na rachunku otwartego lub pracowniczego funduszu emerytalnego każdego z małżonków.

Przepisy k.p.c., a w szczególności art. 743¹ § 1, o zabezpieczeniu roszczenia w odniesieniu do majątku wspólnego stanowią, że postanowienie o udzieleniu zabezpieczenia wydane przeciwko osobie pozostającej w związku małżeńskim jest podstawą podjęcia czynności związanych z zabezpieczeniem na mieniu będącym składnikiem majątku wspólnego. Małżonkowi przysługuje w takim przypadku – stosownie do § 2 tego przepisu – prawo sprzeciwu, o czym powinien zostać „niezwłocznie” powiadomiony przez organ wykonujący zabezpieczenie. Nie wstrzymuje to jednak wykonania zabezpieczenia (art. 743¹ § 3 k.p.c.).

⁴⁷ Zob. L. Mazowiecka, Państwowa kompensata..., w szczególności s. 246.

⁴⁸ Druk sejmowy nr 1621, Uzasadnienie, s. 15.

Dodać należy, że wówczas, gdy tytuł wykonawczy dotyczy dłużnika pozostającego w związku małżeńskim, stanowi on podstawę do prowadzenia egzekucji nie tylko z majątku osobistego dłużnika, ale również z jego wynagrodzenia lub dochodów uzyskanych z prowadzenia działalności zarobkowej oraz z korzyści uzyskanych z jego praw autorskich i pokrewnych, praw własności przemysłowej oraz innych (art. 776¹ § 1 k.p.c.), a więc również z pewnych elementów majątku wspólnego.

Na zasadach ogólnych na czynności egzekucyjne komornika współmałżonkowi przysługuje skarga do sądu w związku z naruszeniem jego praw poprzez ich wykonanie (art. 767 k.p.c.). Przysługuje mu również powództwo przeciwegzekucyjne na zasadach określonych w art. 840–843 k.p.c.

Przedstawione unormowania dowodzą, że ustawodawca cywilny nie chroni w dostateczny sposób interesów osób bezpośrednio dotkniętych działaniami przestępczymi swoich współmałżonków. Ofiary uzyskujące kompensatę mogą dotkliwie odczuć wykonanie prawa regresu, bowiem po części może to objąć majątek wspólny, a także ograniczyć możliwości finansowe sprawcy zobowiązanego do płacenia alimentów. Warto byłoby w związku z tym odpowiednio przeformułować unormowania przyjęte w odniesieniu do prawa regresu.

Rola i właściwość prokuratora

Od początku w odniesieniu do kompensaty prokuratorowi przysługiwały zarówno określone uprawnienia, jak i ciążyły na nim pewne obowiązki. Nadal jego rola w sprawach o charakterze wewnętrzkrajowym jest bardzo różna, ale nie jest tożsama właściwość.

Dwukrotnie w ustawie jest mowa o prokuratorze prowadzącym postępowanie przygotowawcze, a tym jest prokurator właściwy ze względu na miejsce popełnienia przestępstwa (§ 58 ust. 1 regulaminu wewnętrznego urzędowania powszechnych jednostek organizacyjnych prokuratury⁴⁹ w zw. z art. 31–34 k.p.k.). Na takim jako wewnętrzkrajowym organie pomocniczym ciąży obowiązek udzielania pokrzywdzonemu informacji i pomocy przy wypełnianiu wniosku o przyznanie kompensaty (art. 10 ust. 3). Jego uczyniono również organem działającym w kwestii zwrotu kompensaty przyznanej niezgodnie z wymogami ustawy (art. 13). W pozostałych przypadkach ustawa posługuje się terminem „prokurator” bez bliższego określenia jego właściwości. Taka regulacja dotyczy tego organu jako wnioskującego o przyznanie kompensaty (art. 8 ust. 4) oraz uczestnika postępowania kompensacyjnego (art. 8 ust. 6), a także wykonującego prawo regresu (art. 14).

⁴⁹ Rozporządzenie Ministra Sprawiedliwości z dnia 11 września 2014 r. (Dz. U. poz. 1218 z późn. zm.).

Wydaje się, że prokuratorem uprawnionym do wystąpienia z wnioskiem o kompensatę powinien być ten sam, który udziela jej informacji i pomocy w ubieganiu się o to świadczenie, czyli prokurator prowadzący postępowanie przygotowawcze. Natomiast uczestnikiem postępowania w sprawie o kompensatę powinien być prokurator o tej samej właściwości miejscowej co organ orzekający, czyli właściwy ze względu na miejsce stałego pobytu osoby uprawnionej. To samo dotyczy go jako organu występującego o zwrot kompensaty oraz realizującego prawo regresu. Kompensatę wypłaca bowiem sąd rejonowy, który orzekł o jej przyznaniu (art. 12), wobec czego to jemu powinna ona być zwracana. Trzeba jednak podnieść, że na mocy nowelizacji uchylono poprzednią regulację, w myśl której zwrot kompensaty był dokonywany do sądu orzekającego o niej (art. 13 ust. 3). Obecnie ustawa w tej kwestii milczy. Tak czy inaczej, trudno zrozumieć, dlaczego prokurator o innej właściwości ma realizować obowiązek dochodzenia zwrotu kompensaty od osoby, której przyznano ją wbrew przepisom ustawy, a o innej – wykonujący prawo regresu. Wszystkie te regulacje należałoby więc pilnie uporządkować.

Szczególnie dwuznaczna jest rola prokuratora jako wnioskodawcy i zarazem uczestnika postępowania o kompensatę. Z jednej bowiem strony działa on na rzecz ofiar przestępstw, z drugiej zaś staje się ich przeciwnikiem reprezentując interes Skarbu Państwa i podważając z tego względu zarówno zasadność, jak też wysokość ich roszczeń kompensacyjnych. Dominacja troski o Skarb Państwa jest w tym przypadku bardzo widoczna, a tego nie można zaakceptować.

Wnioski końcowe

Nowelizacja z dnia 5 sierpnia 2015 r. nadała instytucji kompensaty od państwa nieco inny, bardziej przyjazny od poprzedniego kształt. Autorzy projektu senackiego bez wątpienia dobrze się przygotowali do opracowania propozycji zmian. Zapoznali się z literaturą przedmiotu i wynikami badań nad stosowaniem ustawy w praktyce. Nie uwzględnili co prawda wszystkich zgłaszanych postulatów, ale mieli na uwadze większość z nich. Nie wszystkie ich propozycje zostały jednak uwzględnione i ostatecznie nie doprowadziło to do wprowadzenia zupełnie nowego modelu instytucji.

Do szczególnie dotkliwych mankamentów przyjętych rozwiązań zaliczam przede wszystkim to, że utrzymano dotychczasowy tryb postępowania w sprawach o kompensatę, jakim jest nieprocesowe postępowanie cywilne, którego uczestnikiem jest nadal prokurator. Jego rola w postępowaniu kompensacyjnym pozostaje przy tym bardzo różna, a dodatkowo skomplikowano kwestię właściwości miejscowej tego organu. Nie zniesiono opłaty stałej od wniosku o przyznanie kompensaty, choć oczywiście bardzo dobrze się stało,

że zwolniono osoby dochodzące tego świadczenia od ponoszenia kosztów sądowych. Nie wprowadzono też możliwości uzyskania zaliczki na poczet przyszłej kompensaty. Za istotny mankament ustawy uważam ponadto brak przepisów określających zasady różnicowania wysokości kompensaty w zależności od rodzaju i stopnia doznanego uszczerbku na zdrowiu lub rozstroju zdrowia. Ważne jest natomiast, że przewidziano znacznie wyższy górny jej pułap dla osób najbliższych ubiegających się o kompensatę wówczas, gdy ofiara bezpośrednia poniosła śmierć w wyniku czynu zabronionego. W pierwszym rzędzie jednak na aprobatę zasługuje to, że zrezygnowano z rozwiązań uzależniających istnienie prawa do kompensaty od określonych okoliczności odnoszących się do sprawcy czynu.

Wiele regulacji nadal wymaga więc modyfikacji, a niektóre z nich powinny zostać dokonane bardzo pilnie. Kilku kontrowersyjnych rozwiązań nowelizacja z dnia 5 sierpnia 2015 r. w ogóle przy tym nie tknęła. Wszystko to powoduje, że nie czyni ona zadość oczekiwaniom i skłania do stwierdzenia, że unormowanie kompensaty od państwa powinno ulec dalszym zmianom.

Victims' right to state compensation as amended on 5 August 2015

Abstract

This paper discusses state compensation to crime victims under the Amendment of 5 August 2015. Although the Amendment largely incorporates earlier demands, it does not entirely satisfy expectations. In particular, it fails to change the procedure for cases involving compensation, continues to see a prosecutor as a participant in proceedings, and provides neither for the amount of compensation which would vary depending on a type and degree of injury, nor for any advance payment. As such, regulations governing compensation still need to be modified.

Paweł Dutka

Wyrok skazujący jako podstawa do wydania nakazu zapłaty

Streszczenie

Artykuł odnosi się do problematyki wykorzystania wyroku skazującego w postępowaniu cywilnym koncentrując się w szczególności na możliwości jego wykorzystania do wydania nakazu zapłaty w postępowaniu nakazowym. O ile bowiem chodzi o kradzież konkretnej sumy pieniężnej, lub zniszczenie rzeczy w taki sposób, że restytucja naturalna jest niemożliwa, problematyczna jest jedynie kwestia daty, od której należne są odsetki. Jeżeli natomiast restytucja naturalna była i jest możliwa – powstaje więcej wątpliwości związanych z oceną, czy wyrok skazujący jest dokumentem urzędowym, który udowadnia okoliczności uzasadniające dochodzone żądanie pieniężne.

Wstęp

Celem niniejszego artykułu jest zwięzłe omówienie węzłowych kwestii związanych z wykorzystaniem wyroku sądu karnego jako dokumentu urzędowego w postępowaniu nakazowym w procesie cywilnym. Kwestia ta nie doczekała się w judykaturze i doktrynie pogłębionej analizy, pozwalającej spojrzeć na problem z szerszej perspektywy. O ile, w przypadku gdy idzie o zabór określonej sumy pieniężnej wątpliwości nie występują, o tyle pojawiają się, i to w wielu zasadniczych kwestiach, gdy chodzi o takie przestępstwa jak: zniszczenie, przywłaszczenie, a w szczególności o przestępstwo kradzieży rzeczy ruchomej niebędącej kwotą pieniężną.

Problemy związane z realizacją kompensacyjnej funkcji prawa karnego

Zdarza się, że sąd karny skazując za przestępstwo, którym wyrządzono szkodę, nie orzeka o obowiązku jej naprawienia (art. 46 § 1 k.k.). Orzeczenie obowiązku naprawienia szkody lub zadośćuczynienia za doznaną krzywdę jest obligatoryjne jedynie w przypadku złożenia wniosku o orzeczenie tego środka karnego przez pokrzywdzonego lub inną osobę uprawnioną

(prokuratora, przedstawiciela ustawowego, opiekuna (faktycznego), czy też osoby najbliższej w razie śmierci pokrzywdzonego (art. 49, 49a, 50 i 51 k.p.k.). Wytaczanie powództwa cywilnego w procesie karnym należy do rzadkości i kończy się najczęściej pozostawieniem powództwa cywilnego bez rozpoznania (art. 415 § 3 k.p.k.). Często w przypadku braku złożenia wniosku o orzeczenie środka karnego – obowiązku naprawienia szkody – sąd karny rezygnuje z realizacji kompensacyjnej funkcji prawa karnego. Powodem są trudności, które mogą pojawić się w procesie ustalania szkody, zarówno materialnej, jak i tej niematerialnej (krzywdy). Natomiast jak wskazał SA w Katowicach¹: sens tego przepisu (art. 46 § 1 k.k.), nawet ograniczonego tylko do wyrządzonej szkody, należy odczytywać w kontekście zapewnienia w procesie karnym takiej ochrony pokrzywdzonemu, by w zakresie szkody nie musiał wytaczać odrębnego powództwa cywilnego. Pojęcie szkody z art. 46 § 1 k.k. należy traktować szeroko. Należy nie tylko pamiętać, że obowiązek naprawienia szkody obejmuje, podobnie jak w prawie cywilnym, zarówno *damnum emergens*, jak i *lucrum cessans*, ale także, że wysokość szkody ustala się przy zastosowaniu przepisów prawa cywilnego. Artykuł 444 § 1 k.c. stanowi, że w razie uszkodzenia ciała lub wywołania rozstroju zdrowia naprawienie szkody obejmuje wszelkie wyniki z tego powodu koszty. Na żądanie poszkodowanego zobowiązany do naprawienia szkody powinien wyłożyć z góry sumę potrzebną na koszty leczenia, a jeżeli poszkodowany stał się inwalidą także sumę potrzebną na koszty przygotowania do innego zawodu. Należy również pamiętać, że naprawienie szkody, o którym mowa w art. 46 § 1 k.k., to w szczególności wyrównanie straty, którą poszkodowany poniósł. Sąd karny musi uwzględnić w chwili wyrokowania rozmiary pokrytej już szkody, w szczególności wartość uprzednio odzyskanego w stanie niepogorszonym mienia². Ponadto sąd powinien każdorazowo sprecyzować rodzaj świadczenia, które skazany ma spełnić tytułem obowiązku naprawienia szkody (restytucja naturalna, czy kompensacja w formie pieniężnej) – co związane jest z tym, że zobowiązanie odszkodowawcze ma często charakter zobowiązania przemienne, gdzie prawo wyboru świadczenia ma wierzyciel (art. 363 § 1 k.c.).

Przede wszystkim prewencyjny i represyjny charakter postępowania karnego (na co w szczególności wskazuje art. 2 § 1 pkt 1, 2 i 4 k.p.k.) powoduje, że ustalenie przesłanek odpowiedzialności odszkodowawczej sprawcy przestępstwa jest kwestią uboczną, mogącą powodować znaczne wydłużenie postępowania karnego, co w oczywisty sposób przekładałoby się na osłabienie możliwości zastosowania szybkiej reakcji na przestępstwo, będącej podstawą skuteczności zarówno prewencji generalnej, jak i szczególnej.

¹ W wyroku z dnia 13 marca 2013 r., sygn. II AKa 486/12, Prok. i Pr. 2013, dodatek „Orzecznictwo”, nr 10, poz. 22, KZS 2013, nr 7–8, poz. 63.

² Wyrok SN z dnia 29 marca 2011 r., sygn. III KK 392/10, LEX nr 794161.

Dlatego przyjmuje się, mimo wskazanych wyżej dyrektyw (dotyczących kompensacji szkody i wyrządzonej krzywdy już na etapie postępowania karnego), że obowiązek naprawienia szkody nie musi obejmować pełnego odszkodowania, a sąd karny może ograniczyć się jedynie do określonego sposobu naprawienia szkody (np. restytucja) lub jej naprawienia jedynie w części. W takiej sytuacji do dochodzenia pełnego odszkodowania pozostaje droga powództwa cywilnego (art. 415 § 2 k.p.k.). Zgodnie z art. 46 § 1 k.k. jest również możliwe, w zależności od sytuacji, zarówno orzeczenie tylko obowiązku naprawienia szkody lub jedynie zadośćuczynienia krzywdzie, jak i orzeczenie obu tych obowiązków³. Ustawodawca dopuścił również w art. 46 § 2 k.k. orzeczenie zamiast obowiązku naprawienia szkody – nawiązki na rzecz pokrzywdzonego. Ma ona odmienny charakter i powinna być stosowana wyjątkowo. W doktrynie wskazuje się, że powodem jej orzeczenia mogą być jedynie „nieprzewidywalne trudności w dowodzeniu wysokości szkody”⁴. Niewątpliwie jest to środek subsydiarny w stosunku do obowiązku naprawienia szkody⁵. O tym, że stosowanie go, ustalanie wysokości nawiązki, nastręcza problemów świadczą stanowiska wyrażane w doktrynie: „M. Szewczyk akcentuje tu pewną niekonsekwencję ustawodawcy. Skoro bowiem sąd karny nie może ustalić w żaden sposób choćby w części wartości szkody wyrządzonej przestępstwem, to na jakiej podstawie ma on ustalić wysokość nawiązki, skoro ta jest tu także surogatem odszkodowania, gdyż jej beneficjentem ma być pokrzywdzony. Rację ma jednak A. Marek, który nie widzi tutaj problemu, skoro nawiązka ma przede wszystkim charakter penalny i dlatego też może nawet przekraczać wartość szkody wyrządzonej przestępstwem”⁶. Wydaje się jednak, że nawiązka na rzecz pokrzywdzonego nie może być zupełnie oderwana od ekonomicznych aspektów popełnienia przestępstwa, w tym krzywdy nim wyrządzonej.

Trudności w realizowaniu przez sąd karny pełnej kompensacji powodują często nie tyle orzekanie obowiązku naprawienia szkody w ograniczonym zakresie, co nieorzekanie go wcale, jeżeli tylko pokrzywdzony nie złożył stosownego wniosku. W takiej sytuacji pozostaje temu ostatniemu jedynie wytoczenie powództwa cywilnego. Należy również zauważyć, że szkodą, do której naprawienia sąd zobowiązuje sprawcę, jest równowartość rzeczywistej szkody wynikłej bezpośrednio z przestępstwa i nie jest dopuszczalne uwzględnianie przy ustalaniu jej wysokości tych składników i elementów

³ Por. postanowienie Sądu Najwyższego z dnia 12 czerwca 2014 r., sygn. V KK 19/14, LEX nr 1476975.

⁴ Por. J. G i e z e k (red.), Kodeks karny. Część ogólna. Komentarz, WKP 2012, serwis informacji prawnej LEX.

⁵ Zob. wyrok SN z dnia 26 stycznia 2006 r., sygn. IV KK 435/05, LEX nr 173643.

⁶ J. L a c h o w s k i, T. O c z k o w s k i, Obowiązek naprawienia szkody jako środek karny, *Prokuratura i Prawo* 2007, nr 9, s. 30–40.

szkody, które wynikły z następstw czynu, np. odsetek⁷. Odsetek zatem można dochodzić wyłącznie w procesie cywilnym. Dlatego nawet jeżeli sąd kar-ny zastosuje przedmiotowy środek karny, orzekając o naprawieniu szkody w całości, dochodzenie odsetek może być uzasadnione i celowe⁸.

Zakres związania sądu cywilnego ustaloną przez sąd karny wysokością szkody

Sytuacja procesowa powoda w procesie o odszkodowanie powinna być korzystniejsza w przypadku istnienia prawomocnego wyroku skazującego za przestępstwo wyrządzające szkodę. W szczególności istotna jest dla praktyki sądowej kwestia związania sądu cywilnego ustaleniem przez sąd karny wysokości szkody, która powinna być rozstrzygana w zależności od tego, czy ustalona wysokość szkody stanowi niezbędny element stanu faktycznego przestępstwa przypisanego oskarżonemu⁹. Zasadniczo w doktrynie i orzecznictwie przyjmuje się, że sąd cywilny jest związany ustaleniami sądu karnego co do wysokości szkody, jeśli¹⁰: 1) dotyczy ono szkody wyrządzonej zaborem w celu przywłaszczenia lub przywłaszczeniem konkretnej rzeczy lub sumy pieniężnej; w takich przypadkach określona w wyroku karnym wartość rzeczy, czy też suma pieniędzy staje się elementem istoty przypisanego sprawcy przestępstwa i jako taka wiąże sąd cywilny¹¹; 2) ustalenie wysoko-

⁷ Zob. wyrok SN z dnia 4 lutego 2002 r., sygn. II KKN 385/01, LEX nr 53028 i tak też SN w wyroku z dnia 3 kwietnia 2014 r., sygn. V KK 76/14.

⁸ Warto w tym miejscu również wskazać, że orzeczenie sądu karnego zobowiązujące skazanego do naprawienia w całości lub w części szkody wyrządzonej przestępstwem, które nie nadaje się do egzekucji, nie pozbawia pokrzywdzonego możliwości dochodzenia w postępowaniu cywilnym roszczeń odszkodowawczych wynikających z tego przestępstwa (zob. wyrok SN z dnia 7 lipca 2000 r., sygn. I PKN 724/99, OSNAP 2002, nr 2, poz. 38).

⁹ H. Pietrzkowski, *Metodyka pracy sędziego w sprawach cywilnych*, Warszawa 2012, s. 95.

¹⁰ *Ibidem*, s. 96.

¹¹ Por. orzeczenia SN: z dnia 7 kwietnia 1937 r., sygn. C.I. 1615/36, OSP XVI, poz. 552; z dnia 13 września 1957 r., sygn. II CR 711/57, OSNPG 159, nr 1, poz. 55; z dnia 17 kwietnia 1961 r., sygn. I CR 467/60, OSNCP 1963, nr 1, poz. 13; z dnia 7 marca 1967 r.; z dnia 5 stycznia 1970 r., sygn. I PR 91/69, OSNCP 1970, nr 11, poz. 197; z dnia 7 kwietnia 1970 r., sygn. I PR 209/69, Legalis; z dnia 8 stycznia 2004 r., sygn. I CK 137/03, Biuletyn Prawa Karnego 2005, nr 1; z dnia 24 marca 2010 r., sygn. V CSK 310/09, Legalis, IV CR 534/61, niepubl.; orz. SN: z dnia 17 kwietnia 1961 r., sygn. IV CR 467/60, OSN 1963, nr 1, poz. 13; z dnia 11 czerwca 1964 r., sygn. II PR 191/62, OSPiKA 1965, nr 6, poz. 127; z dnia 18 sierpnia 2009 r., sygn. I PK 60/09, OSNP 2011, nr 7–8, poz. 101; wyrok SN z dnia 15 kwietnia 1999 r., sygn. I PKN 10/99, OSNP 2000, nr 12, poz. 465, oraz z dnia 22 lipca 2009 r., sygn. I UK 52/09, Legalis; wyrok SN z dnia 5 marca 2009 r., sygn. II CSK 484/08, LEX nr 507988; z dnia 23 listopada 2011 r., sygn. IV CSK 142/11, LEX nr 1111011; orz. SN z dnia 12 stycznia 1955 r., sygn. I C 1123/53, OSNCiK 1957, nr 3, poz. 67; wyrok SN z dnia 22 stycznia 1963 r., sygn. II CR 1118/61, OSNPG 1963, nr 8, poz. 46; por. też: A. Góra-

ści szkody stanowi o granicy między przestępstwem, a wykroczeniem¹². Wskazuje się jednocześnie, że nie wiąże sądu cywilnego ustalenie sądu karnego co do wysokości szkody, jeśli nie stanowi niezbędnego elementu stanu faktycznego przestępstwa, lecz ma jedynie charakter posiłkowy lub jeżeli co prawda stanowi niezbędny element stanu faktycznego przestępstwa, lecz ma charakter w dużej mierze ocenny (np. ocena sądu karnego w zakresie przesłanki „wyrządzenia znacznej szkody majątkowej” w rozumieniu art. 296 k.k.). Przemawia za tym uznanie, że mimo iż wartość ta nie może być dowolna, jednak nie musi prowadzić do ścisłego określenia wysokości szkody w granicach, w jakich skazany byłby zobowiązany do jej wyrównania w procesie odszkodowawczym¹³.

Dlatego, jak wskazał Sąd Najwyższy¹⁴: w postępowaniu cywilnym pozwany nie może bronić się zarzutem, że nie popełnił przestępstwa, za które wcześniej został skazany prawomocnym wyrokiem wydanym w postępowaniu karnym, ani też że przestępstwem tym nie wyrządził szkody. Związanie dotyczy, ustalonych w sentencji wyroku, znamion przestępstwa, a także okoliczności jego popełnienia, dotyczących czasu, miejsca, poczytalności sprawcy itp. Wszelkie inne ustalenia prawomocnego, skazującego wyroku karnego, wykraczające poza elementy stanu faktycznego przestępstwa, nie mają mocy wiążącej dla sądu cywilnego, nawet jeśli są zawarte w sentencji wyroku. Nie są wiążące okoliczności powołane w uzasadnieniu wyroku. Sąd cywilny może więc czynić własne ustalenia w zakresie okoliczności, które nie

Błaszczkowska, Kodeks postępowania cywilnego, t. I. Komentarz do artykułu 11, 2013, Legalis; E. Marszałkowska-Krześ, Kodeks postępowania cywilnego. Komentarz, 2014, Legalis; A. Marciniak, K. Piasecki, Kodeks postępowania cywilnego. Komentarz do artykułów 1–366, t. I, 2014 (legalis, 9 października 2014 r.); A. Zieliński, K. Flaga-Gieruszyńska, Kodeks postępowania cywilnego. Komentarz, 2014 (legalis, 9 października 2014 r.). Ustalenia wydanego w postępowaniu karnym prawomocnego wyroku skazującego co do wysokości szkody, wiążą sąd cywilny w postępowaniu tylko wtedy, gdy sprawca został skazany za zagarnięcie konkretnej sumy pieniężnej (wyrok SN z dnia 7 marca 1967 r., sygn. I CR 464/66, LEX) – pogląd wyrażony również (Sąd Najwyższy powołał się na to orzeczenie) w wyroku z dnia 27 listopada 2013 r., sygn. V CSK 556/12. Wydaje się być jednak, w tak jednoznacznej formie – odosobniony.

¹² Warto w tym miejscu wskazać na pogląd, że związanie to polega jedynie na niemożności w takim przypadku ustalenia przez sąd wartości szkody niższej niż przyjęta przez ustawodawcę wartość graniczna – stanowiąca o przestępstwie: „gdy przedmiotem czynności wykonawczej nie są pieniądze, ale sąd w wyroku skazującym za przestępstwa „przepełowione” określił wartość tego przedmiotu na kwotę wyższą niż 250 zł (granica między przestępstwem a wykroczeniem), to sąd cywilny, nie może przyjąć, że była to wartość niższa niż 250 zł” (M. Uliasz, Kodeks postępowania cywilnego. Komentarz, wyd. 2, Warszawa 2008, Legalis); por. także T. Ereciński, Kodeks postępowania cywilnego. Komentarz. Postępowanie rozpoznawcze. Postępowanie zabezpieczające, Komentarz aktualizowany do art. 11 k.p.c. – LEXPolonica.

¹³ H. Pietrkowski, *Metodyka pracy sędziego w sprawach cywilnych*, Warszawa 2012, s. 95.

¹⁴ W wyroku z dnia 17 czerwca 2005 r., sygn. III CK 642/04.

dotyczą popełnienia przestępstwa, mimo że pozostają w związku z przestępstwem. Ustalenia te mogą różnić się od tych, których dokonał sąd karny. Z kolei w innym wyroku¹⁵ Sąd Najwyższy uściślił wskazując, że: wyrok skazujący z reguły nie wiąże sądu cywilnego w zakresie wysokości wskazanej przez sąd karny szkody, ale wyjątek od tej zasady stanowią wypadki dotyczące prawomocnego skazania w postępowaniu karnym za zabór mienia w celu przywłaszczenia lub za przywłaszczenie konkretnej rzeczy. Wówczas określona w wyroku karnym wartość rzeczy będącej przedmiotem zagarnięcia lub przywłaszczenia staje się elementem istoty przypisanego sprawcy przestępstwa i jako taka wiąże sąd cywilny.

Choć należy w tym miejscu podkreślić, że były wyrażane w judykaturze również poglądy odmienne – przykładowo Sąd Apelacyjny w Katowicach wskazał¹⁶, że sąd w postępowaniu cywilnym związany jest ustaleniem co do faktów, np. popełnienia przez określoną osobę kradzieży określonego przedmiotu, natomiast wycena tego przedmiotu w takim przypadku nie jest wiążąca, choć gdyby chodziło o kradzież sumy pieniędzy, ustalenie przez sąd karny wysokości tej sumy byłoby dla sądu cywilnego wiążące.

Irrelewantność normy art. 11 k.p.c. na etapie postępowania nakazowego

Należy jednak zauważyć, że na etapie postępowania nakazowego, w jego pierwszej, niejawnej fazie, ocena jakie elementy sentencji wyroku sądu karnego wiążą sąd cywilny nie jest istotna (jest irrelewantna) o tyle, że nawet stwierdzenie braku związania ustaloną przez sąd wysokością szkody nie powinno samo przez się wpływać na odmowę wydania nakazu zapłaty. Należy pamiętać, że zarówno postępowanie nakazowe jak i postępowanie upominawcze są postępowaniami przyspieszonymi i uproszczonymi. Jak wskazał Sąd Najwyższy: „kognicja sądu w pierwszej fazie postępowania nakazowego jest ograniczona. Sprowadza się do stwierdzenia istnienia podstaw do wydania nakazu zapłaty, które są określone w art. 485 k.p.c. Istnienie tych podstaw na tyle uprawdopodobnia zasadność powództwa, że z woli ustawodawcy nakłada na sędziego obowiązek wydania nakazu zapłaty bez merytorycznego badania zasadności powództwa. W postępowaniu nakazowym wszczynanym na wniosek powoda orzeczenie – nakaz zapłaty – jest wydawane w razie pozytywnej oceny materiału dowodowego, przedstawionego w postaci dokumentów, które uznane zostały przez ustawodawcę za w wysokim stopniu pewne. Jednym z takich dokumentów jest dokument urzędowy. Pojęcie dokumentu urzędowego użyte w art. 485 § 1 pkt 1 jest

¹⁵ Z dnia 18 sierpnia 2009 r., sygn. I PK 60/09, OSNP 2011, nr 7–8, poz. 101.

¹⁶ W wyroku z dnia 27 kwietnia 1995 r., sygn. II AKr 59/95, OSA 1996, nr 9, poz. 35.

tożsame z pojęciem dokumentu urzędowego w rozumieniu art. 244. „Ocena dokumentu – jako podstawy do wydania nakazu zapłaty – podlega ogólnym i szczególnym regułom dowodowym zawartym w przepisach dotyczących postępowania zwykłego”¹⁷. W tym kontekście należy mieć na uwadze, że dokumenty urzędowe korzystają z domniemania (obalanego w sposób przewidziany w art. 252) zgodności z prawdą tego, co zostało w nich urzędowo zaświadczone oraz z domniemania prawdziwości (autentyczności pochodzenia takiego dokumentu od jego wystawcy).

Należy również zauważyć, że art. 11 k.p.c. stanowi o związaniu sądu ustaleniami wydanego w postępowaniu karnym prawomocnego wyroku skazującego co do popełnienia przestępstwa, nie odnosi się natomiast do mocy dowodowej dokumentu urzędowego, jakim jest wyrok sądu – który stanowi dowód tego, co w nim urzędowo poświadczono, dopóki domniemanie z art. 244 § 1 k.p.c. nie zostanie zgodnie z art. 252 k.p.c. obalone. Żaden przepis nie pozwala sądowi cywilnemu nie respektować wyroków sądów karnych jako dowodów z dokumentów urzędowych, czy też choćby domniemywać, że sądy karne ustalają wartość szkody (np. skradzionego mienia) w sposób zasadniczo odbiegający od rzeczywistości (niezależnie od tego, czy rzeczywistość w wielu wypadkach do takich sytuacji dochodzi). Domniemanie to powinno być niejako jeszcze „silniejsze” w przypadku przestępstwa kradzieży skoro organ (sąd karny) jest zobowiązany do wyjątkowej staranności przy ustalaniu wysokości wyrządzonej kradzieżą szkody, bo od tejże wysokości zależy nie tylko ocena społecznej szkodliwości czynu (wpływającej na wymiar kary), ale także niekiedy w ogóle istnienie przestępstwa i zasadność prowadzenia postępowania karnego (co odnosi się w ogólności do tzw. typów przestępstw przepołowionych). Analogiczne wnioski, dotyczące domniemania z art. 244 § 1 k.p.c., należałoby wysnuć i wobec uzasadnienia wyroku, które również jest dokumentem urzędowym, i korzysta z domniemania autentyczności (pochodzenia od organu, który zgodnie z treścią dokumentu – sporządził go), oraz prawdziwości twierdzeń w nim zawartych, w zakresie, w jakim uzasadnienie zostało sporządzone zgodnie przepisami procedury karnej.

Zatem związanie sądu cywilnego prawomocnym wyrokiem skazującym wydanym przez sąd karny uaktualni się dopiero po wniesieniu przez pozwanego (skazanego) – zarzutów od nakazu zapłaty. Dopiero wtedy prowadzone będzie postępowanie dowodowe w ścisłym tego słowa znaczeniu, w którym to postępowaniu sąd będzie musiał respektować wskazane wyżej reguły wynikające z art. 11 k.p.c. Z racji niejawności pierwszej fazy postępowania nakazowego, pozwany nie ma możliwości odniesienia się do treści pozwu i załączonych do niego dokumentów, zatem nie może nawet zaprzeczyć „prawdziwości” wyroku sądu karnego. Dlatego nawet w przypadku, gdy sąd

¹⁷ M. Manowska, *Postępowania odrębne w procesie cywilnym*, Warszawa 2010, s. 223.

w wyroku skazującym za przestępstwo mające charakter formalny ustali jego skutek w postaci szkody, sąd cywilny na etapie postępowania nakazowego powinien respektować treść wyroku tak jak każdego innego dokumentu urzędowego, choć nie jest związany tym ustaleniem, gdyż nie należy to do istoty danego rodzaju (typu) przestępstwa.

Problem wykazania wymagalności roszczenia odszkodowawczego i zasadności dochodzonych odsetek

Pojawia się jednak kwestia tego, czy sentencja wyroku karnego wskazująca na wartość skradzionej rzeczy „udowadnia” zgodnie z brzmieniem art. 485 § 1 k.p.c., że dochodzenie zapłaty przedmiotowej kwoty, ewentualnie wraz z odsetkami już od dnia popełnienia przestępstwa – jest zasadne.

Wyrok taki nie wskazuje przecież, czy poszkodowanemu przysługuje świadczenie pieniężne – nie wskazuje bowiem, czy pokrzywdzony dokonał wyboru, zgodnie z art. 363 § 1 k.c., tej formy naprawienia szkody. Choć należy wskazać, że może to niekiedy wynikać z innych dokumentów urzędowych jakimi są: uzasadnienie i poszczególne dokumenty wchodzące w skład akt postępowania karnego¹⁸. Zgodnie z art. 363 § 2 k.c.: „jeżeli naprawienie szkody ma nastąpić w pieniądzu, wysokość odszkodowania powinna być ustalona według cen z daty ustalenia odszkodowania, chyba że szczególne okoliczności wymagają przyjęcia za podstawę cen istniejących w innej chwili”.

W tym miejscu należy zaznaczyć, odnośnie żądania odsetek, że przy uznaniu, że żądanie jest zasadne („udowodnione” dokumentem urzędowym) w zakresie roszczenia głównego, a nie jest zasadne w stosunku do odsetek, należy wydać nakaz zapłaty w postępowaniu nakazowym co do roszczenia głównego. Sąd Najwyższy¹⁹ stwierdził, że: „odmowa wydania nakazu zapłaty co do roszczenia głównego nie jest uzasadniona wtedy, gdy roszczenie to jest w całości udowodnione dołączonymi do pozwu dokumentami, a jedynie roszczenie o odsetki nie spełnia tego wymagania”²⁰.

¹⁸ Por. wyrok Sądu Najwyższego z dnia 23 listopada 2011 r., sygn. IV CSK 142/11, który wskazał, że: „Dokumentem w rozumieniu art. 244 k.p.c. nie są akta karne w całości, lecz poszczególne protokoły przesłuchań świadków, biegłych, oskarżonych, opinie biegłych itp., zawarte w aktach karnych”.

¹⁹ W uchwale z dnia 28 lipca 1993 r., sygn. III CZP 99/93, OSNC 1994, nr 3, poz. 54.

²⁰ W orzeczeniu tym SN rozwijając argumentację wskazał, że: „W orzecznictwie dominuje bowiem pogląd, że roszczenie o odsetki za opóźnienie z chwilą jego powstania uzyskuje samodzielny byt, niezależny od długu głównego i według własnych reguł ulega przedawnieniu. Konsekwencją takiego rozumienia charakteru roszczenia o odsetki za opóźnienie jest możliwość dochodzenia ich w odrębnym procesie. Sąd Najwyższy doszedł do przekonania, że skoro roszczenie o odsetki, mimo swego akcesoryjnego charakteru, z chwilą powstania uzyskuje samodzielny byt i może być dochodzone odrębnie – w sytuacji, gdy tylko roszczenie to nie jest w całości udowodnione dołączonymi do pozwu właściwymi dokumentami – zachodzi

Z kolei jak wskazał Sąd Najwyższy w innym orzeczeniu²¹: „Wierzycielowi należą się odsetki ustawowe za opóźnienie w spełnieniu świadczenia pieniężnego liczone od daty wymagalności roszczenia (art. 481 § 1 k.c.). Ta reguła może jednak doznać ograniczenia w przypadku ustalenia odszkodowania według cen z daty orzekania o nim lub z innej daty niebędącej datą wymagalności roszczenia. Ograniczenie to wynika z treści art. 363 § 2 k.c. i z waloryzacyjnej funkcji odsetek”²².

W tym kontekście trzeba mieć na uwadze, że dołączone do pozwu dokumenty nie muszą udowadniać wszystkich okoliczności uzasadniających dochodzone roszczenie. W szczególności dokumenty te nie muszą wskazywać przyczyny powstania zobowiązania, z którym dług jest związany (tak jak np. w przypadku weksla, czeku czy też zaakceptowanego przez dłużnika rachunku). Wystarczające jest udowodnienie okoliczności uzasadniających żądanie pozwu w granicach wyznaczonych specyfiką dołączonych do pozwu dokumentów wymienionych w art. 485 k.p.c., stanowiących podstawę wydania nakazu zapłaty. Przed wydaniem nakazu zapłaty sąd nie bada materialnoprawnej podstawy żądania pozwu w takim zakresie i na takich zasadach, jak w zwykłym trybie procesowym czy też w postępowaniu wywołanym wniesieniem zarzutów od nakazu zapłaty²³.

Nawet mając na względzie powyższe, i oceniając literalne brzmienie art. 485 k.p.c., uznać należałoby, że wyrok karny nie „udowadnia” najczęściej, że świadczenie ma charakter pieniężny, nawet jeżeli miało taki charakter już w dniu zaboru (nie wskazuje przykładowo, że doszło do zniszczenia rzeczy), dlatego najczęściej nie wskazuje również na wymagalność odsetek od określonego momentu.

Obecnie nie ma wątpliwości, że wierzyciel może żądać odsetek od kwoty zagarniętej przez dłużnika od daty wyrządzenia szkody²⁴. Wątpliwości nie może być również, gdy już w dniu kradzieży zajdą okoliczności, o których mowa w art. 363 § 1 zd. 2 k.c. („przywrócenie stanu poprzedniego jest nie-

sytuacja analogiczna jak przy dochodzeniu kilku samodzielnych roszczeń, z których tylko niektóre nadają się do uwzględnienia w trybie postępowania nakazowego. W takim stanie odmowa wydania nakazu zapłaty co do roszczeń objętych pozwem, które nadają się do uwzględnienia w tym trybie w świetle treści art. 485 k.p.c., nie może być uznana za uzasadnioną. Przekreślałoby to bowiem niejednokrotnie cel, dla którego wprowadzono ten tryb postępowania, jako mającego prowadzić do łatwiejszego i szybszego uzyskania tytułu wykonawczego”.

²¹ W wyroku z dnia 18 listopada 2003 r., sygn. II CK 235/02, M. Prawn. 2006, nr 2, poz. 91.

²² Por. A. Rzepecka-Gil, Kodeks cywilny. Komentarz. Zobowiązania – część ogólna, Komentarz do art. 363 k.c., LEX nr 159798 (dostępny w dniu 23 października 2014 r.). Tam też nt. koncepcji w doktrynie i judykaturze odnoszących się do momentu, od którego powinny być naliczane odsetki w przypadku odszkodowania pieniężnego.

²³ Por. M. Manowska, Postępowanie nakazowe i upominawcze, s. 49 i nast.; H. Pietrzkowski, Zarys metodyki pracy sędziego w sprawach cywilnych, Warszawa 2007, s. 546.

²⁴ Zasada prawna, uchwała SN w składzie 7 sędziów z dnia 22 września 1970 r., sygn. III PZP 18/70, OSNC 1971, nr 1, poz. 5.

możliwe” lub gdy restytucja naturalna „pociąga za sobą dla zobowiązanego nadmierne trudności lub koszty”) – np. gdy w wyniku zaboru rzecz zostanie poważnie uszkodzona, i nie nadaje się do naprawy, albo, co częściej się zdarza, gdy sprawca „pozbędzie” się rzeczy w sposób uniemożliwiający jej odzyskanie. W takiej sytuacji od razu mamy do czynienia ze zobowiązaniem niepieniężnym ze świadczeniem pieniężnym i będzie miał zastosowanie art. 481 k.c.

Najczęściej jednak okoliczności powyższe zachodzą dopiero po pewnym czasie od popełnienia kradzieży, a dodatkowo dochodzi do nich w momencie trudnym do ustalenia, dlatego ich zaistnienie nie wynika najczęściej nawet z uzasadnienia wyroku sądu karnego i treści akt tegoż postępowania.

Dominuje również pogląd, że jeżeli przedmiotem kradzieży jest rzecz inna niż pieniądze, powstanie wymagalności roszczenia odszkodowawczego (pieniężnego) uzależnione jest od wezwania ze strony wierzyciela. Z art. 363 § 1 k.c. wynika, że zobowiązanie do naprawienia szkody zostało skonstruowane jako zobowiązanie przemienne, w którym wybór świadczenia należy do wierzyciela – może on wybrać formę restytucji naturalnej, albo świadczenie w pieniądzu. M. Lemkowski²⁵ wskazał, że: właściwość zobowiązania wynikającego z deliktu przemawia za tym, aby świadczenie polegające na naprawieniu szkody było spełnione niezwłocznie po wyrządzeniu szkody, a nie dopiero na wezwanie poszkodowanego. Jednak z uwagi na konieczność wyboru świadczenia odszkodowawczego, jeżeli poszkodowany opóźnia się z dokonaniem konkretyzacji, dłużnik (osoba odpowiedzialna) powinien wyznaczyć mu odpowiedni termin zgodnie z art. 365 § 3 k.c., a następnie – w razie jego bezskutecznego upływu – niezwłocznie sam wybrać i spełnić świadczenie. Jeżeli tego nie uczyni, popada w opóźnienie, ale do momentu skutecznego wyboru świadczenia pieniężnego jako formy odszkodowania, nie będzie musiał płacić odsetek za opóźnienie. Źródłem odpowiedzialności dłużnika będzie w takim wypadku jedynie art. 471 k.c.²⁶ Analogicznie wskazuje A. Muszyńska: „terminem, od którego naliczane są odsetki, nie jest moment wyrządzenia szkody. Pewne rozbieżności powstają na tle orzeczenia odsetek w przypadku zaboru pieniędzy”²⁷.

Skoro jednak właściwość zobowiązania obejmującego obowiązek naprawienia szkody wyrządzonej czynem karalnym przemawia za tym, aby świadczenie polegające na naprawieniu szkody było spełnione niezwłocznie po jej wyrządzeniu, a pokrzywdzony przestępstwem (w szczególności przestępstwem kradzieży), najczęściej z braku stosownych danych, nie jest w stanie zachować się zgodnie z dyspozycją z art. 363 § 1 k.c. i art. 455 k.c. – jeżeli

²⁵ M. L e m k o w s k i, *Odsetki cywilnoprawne*, Oficyna 2007, serwis informacji prawnej LEX.

²⁶ *Ibidem*.

²⁷ A. M u s z y ń s k a, *Naprawienie szkody wyrządzonej przestępstwem*, Oficyna 2010 – serwis LEX.

chce dokonać wyboru odszkodowania pieniężnego – należałoby się zastanowić, czy w wypadkach nie przewidzianych w art. 363 § 1 k.c. zd. drugie, nie należałoby uznać za zasadne przyznanie odsetek (jako rekompensaty) również za okres, gdy zachowanie się we wskazany wyżej sposób było niemożliwe, niezależnie od woli poszkodowanego. Zasadniczo bowiem okoliczności wskazane w art. 363 § 1, sprawiające że zobowiązanie odszkodowawcze ma od razu charakter zobowiązania niepieniężnego ze świadczeniem pieniężnym zwykle zachodzą po dokonaniu kradzieży, gdy sprawca „pozbywa się” skradzionych przedmiotów, i co do zasady pokrzywdzony dowiaduje się o personaliach sprawcy dopiero jakiś czas po zdarzeniu powodującym, że restytucja naturalna jest niemożliwa. Często również ustalenie dokładnego momentu, kiedy tak naprawdę sprawca przestępstwa kradzieży „trwale pozbył się” przedmiotu kradzieży nie jest nawet możliwe, a sami sprawcy „niechętnie dzielą się” tego typu informacjami.

W tym kontekście zasadnym wydaje się pogląd Sądu Apelacyjnego w Krakowie²⁸, który wskazał, że: odsetki od kwoty stanowiącej wartość szkody wyrządzonej przestępstwem należą się uprawnionemu od daty przestępstwa.

Jego teza nie wydaje się być kontrowersyjna, mając na względzie powyższe rozważania i w szczególności w zestawieniu z innymi orzeczeniami Sądu Najwyższego odnoszącymi się do ustalenia wysokości odszkodowania. Sąd Najwyższy wskazał, że²⁹: przewidziana w art. 363 § 2 k.c. zasada nie wyłącza ustalenia w danym wypadku odszkodowania według cen z daty, w której powinno ono być spełnione i zasądzenia go z odsetkami od tej daty. SN przywołał powszechny pogląd judykatury i doktryny, że przewidziany w art. 481 k.c. obowiązek zapłaty odsetek powstaje zarówno w razie opóźnienia w spełnieniu świadczenia ze zobowiązania pieniężnego *sensu stricto* (zobowiązania, którego przedmiotem od chwili powstania jest suma pieniężna), jak i w razie opóźnienia w wykonaniu tzw. zobowiązania niepieniężnego ze świadczeniem pieniężnym (przykładem tego ostatniego jest zobowiązanie do naprawienia szkody w pieniądzu, przy czym może tu chodzić o odpowiedzialność kontraktową jak również deliktową. Gdy więc dłużnik opóźnia się z wykonaniem zobowiązania pieniężnego *sensu stricto*, np. nie płaci w terminie umówionej ceny za kupiony towar lub nie oddaje we właściwym czasie pożyczonej sumy, wierzyciel może domagać się stosownych odsetek od kwoty zobowiązania za okres opóźnienia. Poza tym wierzyciel może, jeżeli

²⁸ Wyrok z dnia 29 czerwca 2000 r., sygn. II AKa 105/00, KZS 2000, nr 7–8, poz. 41 (notka do umieszczonego w Krakowskich Zeszytach Sądowych orzeczenia jest następująca: „W tym dniu powstała szkoda, którą sprawca powinien naprawić, więc jest w zwłoce, a zna wysokość zobowiązania (art. 515 i 359 § 1 k.c.). Trzeba było to przypomnieć, skoro nadal zdarzają się usterki”).

²⁹ Wyrok SN z dnia 10 lutego 2000 r., sygn. II CKN 725/98, OSNC 2000, nr 9, poz. 158, Wokanda 2000, nr 9, poz. 2, Biul. SN 2000, nr 6, poz. 10, Pr. Gosp. 2000, nr 10, poz. 15, M. Prawn. 2000, nr 9, poz. 587.

wykaże, że doznał szkody przewyższającej sumę odsetek za opóźnienie, a dłużnik nie udowodni, że opóźnienie było następstwem okoliczności, za które odpowiedzialności nie ponosi, żądać naprawienia całej doznanej szkody. W tym wypadku odsetki za opóźnienie w uiszczeniu kwoty zobowiązania podlegają zaliczeniu na poczet sumy odszkodowania, której przedmiotem było zobowiązanie pieniężne *sensu stricto*³⁰.

We wskazanym wyżej orzeczeniu (sygn. II CKN 725/98) Sąd Najwyższy wskazał, że podobnie rzecz się przedstawia w wypadku wyrządzenia szkody czynem niedozwolonym lub na skutek niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania, podlegającej naprawieniu w pieniądzu, a więc gdy występuje zobowiązanie niepieniężne ze świadczeniem pieniężnym. Jeżeli dłużnik nie płaci odszkodowania w terminie, tj. z reguły niezwłocznie po wezwaniu, o którym mowa w art. 455 k.c., niekiedy zaś już w dniu wyrządzenia szkody, wierzyciel nie ma możliwości czerpania korzyści z należnego mu świadczenia pieniężnego.

W orzeczeniu tym Sąd Najwyższy odwołał się również do innego wyroku Sądu Najwyższego³¹, w którym z kolei wskazano, że w pewnych wypadkach ceny z dnia poprzedzającego dzień wyrokowania muszą być nawet uznane, w drodze wyjątku przewidzianego w art. 363 § 2 *in fine* k.c., za jedynie właściwe dla ustalenia odszkodowania. Sąd Najwyższy w tym orzeczeniu przyjął tezę, że: „Rodzaj produktów przeznaczonych bezpośrednio po ich uzyskaniu do konsumpcji i dlatego wprowadzonych do obrotu (zbytu) stanowi szczególną – w rozumieniu art. 363 § 2 k.c. – okoliczność uzasadniającą przyjęcie (przy ustalaniu odszkodowania za ich utratę) cen istniejących w dacie, w której wymienione produkty byłyby w normalnym cyklu produkcyjnym dostarczone na rynek, chyba że poszkodowany wykaże, iż w obowiązującym go systemie zbytu tych produktów uzyskałby wyższą cenę od obowiązującej w dacie sprzedaży”³².

Konieczny zakres udowodnienia roszczenia dołączonym do pozwu dokumentem urzędowym

Jak już wspomniano literalna wykładnia przepisu art. 485 § 1 pkt 1 k.p.c. prowadzi wprost do wniosku, że wyrok karny (oprócz orzekającego kradzież sumy pieniędzy) – nawet zawierający już w sentencji wysokość poniesionej

³⁰ Zob. orzeczenie Sądu Najwyższego z dnia 28 kwietnia 1958 r., sygn. 2 CR 460/57, OSN 1959, nr 2, poz. 53, a także uchwałę Sądu Najwyższego z dnia 6 września 1994 r., sygn. III CZP 105/94.

³¹ Z dnia 24 stycznia 1983 r., sygn. IV CR 555/82, OSNCP 1983, nr 8, poz. 123.

³² Patrz również – wyrok Sądu Apelacyjnego w Łodzi I Wydział Cywilny z dnia 7 czerwca 2013 r., sygn. I ACa 121/13 – <http://orzeczenia.lodz.sa.gov.pl>.

przez pokrzywdzonego szkody, nie może być podstawą do wydania nakazu zapłaty w postępowaniu nakazowym, mając na względzie treść art. 363 § 1 i 2 k.c., jak i wskazania art. 485 § 1 k.p.c., który nakazuje „udowodnienie” dokumentem dochodzonego roszczenia. Jednak wydaje się, że cel postępowania nakazowego i jego charakter raczej skłania do przekonania, że możliwość taka powinna istnieć. Należy moim zdaniem uznać, że w przypadku wyrządzenia szkody przestępstwem, w tym w szczególności przestępstwem kradzieży, zachodzą co do zasady szczególne okoliczności w rozumieniu art. 363 § 2 k.c., uzasadniające przyjęcie za podstawę cen istniejących w chwili czynu przestępnego. Sytuacja pokrzywdzonego, poszkodowanego w szczególności przestępstwem kradzieży rzeczy ruchomej niebędącej sumą pieniężną, uzasadnia niekiedy szybsze uzyskanie przez niego ochrony prawnej, jeżeli nie doszło do kompensaty szkody na etapie postępowania karnego.

Należy przy tym pamiętać, że w fazie postępowania poprzedzającej wydanie nakazu zapłaty okoliczności uzasadniające żądanie muszą zostać „udowodnione” wyłącznie w granicach wyznaczonych swoistością dokumentów, o których mowa w art. 485 k.p.c., a sąd w tej fazie postępowania nie bada materialnoprawnej podstawy żądania w takim zakresie i na takich zasadach, jak będzie to czynił sąd po wniesieniu zarzutów. „Powód zatem nie musi udowadniać wszelkich okoliczności uzasadniających dochodzone roszczenie, łącznie z przyczyną istnienia zobowiązania i genezą sporu. Wystarczające jest wykazanie istnienia okoliczności uzasadniających wydanie nakazu zapłaty, a więc w granicach wyznaczonych specyfiką dokumentów wymienionych w art. 485”³³. Możliwe zatem jest uznanie w konkretnym przypadku, że prawomocny wyrok karny zawierający w sentencji wysokość poniesionej przez pokrzywdzonego szkody, jest dokumentem „udowadniającym” wysokość odszkodowania o wartości wskazanej w wyroku wraz z odsetkami już od dnia popełnienia czynu. Może być dokumentem udowadniającym w rozumieniu art. 485 § 1 k.p.c., że odszkodowanie należy się w takiej właśnie wysokości, w szczególności w sytuacji, gdy pokrzywdzony nie miał możliwości realizacji uprawnienia wynikającego z art. 363 § 1 k.c., nie mógł zdecydować o wyborze odszkodowania w pieniądzu. Ponadto kradzione przedmioty to najczęściej dobra codziennego użytku, produkty łatwo zbywalne. Są to przedmioty, których pokrzywdzony najczęściej potrzebuje do zaspokajania swoich codziennych potrzeb. Zatem kradzież takiego przedmiotu łączy się z koniecznością uzyskania dobra substytucyjnego, które zaspokoi określoną potrzebę. A to łączy się najczęściej z koniecznością poniesienia, i w rzeczywistości również w przeważającej liczbie wypadków z fak-

³³ M. Manowska, *Postępowania odrębne w procesie cywilnym*, Warszawa 2010, s. 226; wyrok SN z dnia 4 października 2006 r., sygn. II CSK 229/06.

tycznym poniesieniem wydatku zbliżonego do wartości skradzionego mienia. Skoro pokrzywdzony jest w takiej sytuacji zmuszony, w celu zaspokojenia potrzeby (do tej pory zaspokajanej przez skradziony przedmiot), do niezwłocznego poniesienia określonych kosztów – musi natychmiast wygospodarować lub przynajmniej postarać się o zabezpieczenie na ten cel stosownej kwoty pieniężnej, którą w normalnym toku zdarzeń mógłby wykorzystać na inny cel. Zatem i w tego typu sytuacji zasadne byłoby ustalenie odszkodowania według cen z daty wyrządzenia szkody, wraz z odsetkami ustawowymi już od tego dnia.

Charakter uprawnienia z art. 363 § 1 zd. 1 k.c.

Ponadto uznać należy, że uprawnienie do wyboru sposobu naprawienia szkody wskazane w art. 363 par. 1 zd. 1 k.c., w oczywisty sposób zostało wprowadzone na korzyść poszkodowanego. Może się bowiem przykładowo zdarzyć, że rzecz ma dla poszkodowanego nie tylko wartość ekonomiczną wynikającą z jej właściwości, ale również emocjonalną, i że pokrzywdzony chce odzyskać właśnie tę rzecz. Z uprawnienia tego nie powinny wynikać dla poszkodowanego negatywne konsekwencje związane z ograniczoną możliwością żądania odsetek (art. 481 k.c. w zw. z art. 455 k.c.). Oczywiście jest, że sprawca przestępstwa kradzieży co do zasady nie pozostawia osobie, w której majątku poczynił szkodę – danych personalnych – umożliwiających temu ostatniemu zawiadomienie przestępcy o wyborze sposobu naprawienia szkody. Przy wskazanej wyżej interpretacji przepisów dotyczących możliwości żądania odsetek w tego typu sytuacjach byłoby niejako faworyzowaniem przestępców ukrywających się, faworyzowaniem nieprzyznawania się do popełnienia czynu. Moim zdaniem, skoro sprawca przestępstwa kradzieży z własnej woli uniemożliwia pokrzywdzonemu zachowanie się zgodnie z art. 363 § 1 k.c., należałoby uznać, że jest w zwłoce co do obu wskazanych w tym przepisie sposobów naprawienia szkody, obu świadczeń jednocześnie, zgodnie z rzymską *paremią*: *fur est semper in mora*. W przeciwnym razie utrzymywanie takiego stanu rzeczy stawiałoby przestępcę w lepszej sytuacji w stosunku do osoby, która od razu przyznała się do popełnienia czynu przestępnego. Jeżeli przyjąć pogląd odmienny, to w istocie uznać należałoby, że sprawca przestępstwa kradzieży do momentu ujawnienia jego danych i wezwania go do zapłaty zwykle nie tylko nie jest w zwłoce z zapłatą odszkodowania, ale nie pozostaje nawet w opóźnieniu z jej zapłatą, o którym mowa w art. 481 k.c.

Podsumowanie

W postępowaniu nakazowym ocena przedstawionych dowodów pod kątem istnienia merytorycznych przesłanek uzasadniających roszczenie pozostawiona jest do swobodnego (choć nieoznaczającego całkowitej dowolności) uznania sądu. Jeżeli sąd dojdzie do przekonania, że dokumenty złożone przez powoda stwierdzają istnienie wymagalnego długu – powinien wydać nakaz zapłaty³⁴.

Moim zdaniem wyrok skazujący jak najbardziej spełnia powyższe wymagania i może być podstawą wydania nakazu zapłaty w postępowaniu nakazowym³⁵. Nakaz zapłaty wydany w takich okolicznościach pozwoli jedynie uzyskać powodowi (poszkodowanemu pokrzywdzonemu przestępstwem) stosunkowo szybko tytuł zabezpieczenia (art. 492 § 1 zd. 1 k.p.c.), nie pozbawiając sprawcy kradzieży możliwości żądania (w zarzutach od nakazu zapłaty) zmiany wysokości odszkodowania.

Możliwość wydania nakazu zapłaty na podstawie dokumentu urzędowego w postaci wyroku skazującego wynika przede wszystkim ze słusznej moim zdaniem tezy, że z przewidzianej w art. 363 § 1 k.c. możliwości wyboru świadczenia odszkodowawczego nie powinny wynikać dla poszkodowanego negatywne konsekwencje, gdy niemożliwość dokonania takiego wyboru wynika z okoliczności, na które poszkodowany nie miał wpływu.

Uznając pogląd odmienny (według mnie błędny), i uwzględniając już na tym etapie postępowania art. 11 k.p.c., można łatwo dojść do stwierdzenia, że wyrok sądu karnego nigdy nie może być podstawą wydania nakazu zapłaty w postępowaniu nakazowym, w procesie odszkodowawczym.

Judgment of conviction as a basis for issuing a payment order

Abstract

This paper deals with the use of a judgment of conviction in civil proceedings, with a specific focus on using thereof to issue a payment order in payment-order proceedings. When a person is convicted of a theft of any specific sum or of destruction of a thing in such a way as to prevent natural restitution, the only problem is a date from which interest is due. However, where

³⁴ M. Mańowska, Postępowania odrębne w procesie cywilnym, Warszawa 2010, s. 233.

³⁵ Warto w tym miejscu wskazać, że naruszenie art. 485 § 1 k.p.c. i art. 486 k.p.c., i wydanie nakazu zapłaty nawet mimo braku ku temu podstaw, nie może pozbawić pozwanego obrony jego praw i wywołać skutku nieważności postępowania (por. wyrok SN z dnia 8 października 2009 r., sygn. II CSK 153/09, LEX nr 553674).

natural restitution was possible and continues to be possible, there are more doubts arising in connection with the assessment of whether the judgment of conviction is an official document that proves circumstances that give grounds for a claim of money that is pursued.

Aleksander Herzog

Zmiany w postępowaniu dyscyplinarnym prokuratorów w Prawie o prokuraturze

Streszczenie

W tekście przedstawiono wprowadzone ustawą Prawo o prokuraturze zmiany dotyczące postępowania w przedmiocie odpowiedzialności dyscyplinarnej prokuratorów – tak w zakresie procedury, jak i przepisów o charakterze materialnym. Omówiono także związane integralnie z postępowaniem dyscyplinarnym przepisy dotyczące odpowiedzialności służbowej i karnej. Wskazano w szczególności na różnice w stosunku do dotychczasowego stanu prawnego, a także poddano analizie przepisy budzące wątpliwości w praktyce ich stosowania. Oceny dokonanych zmian mają zróżnicowany charakter – obok zasługujących na pełną aprobatę niektóre rozwiązania autor poddaje krytyce. Sugeruje także potrzebę dokonania w przyszłości wskazanych w tekście zmian.

Uwagi wstępne

Obowiązująca od dnia 4 marca 2016 r. ustawa z dnia 28 stycznia 2016 r. – Prawo o prokuraturze¹ wprowadziła wiele istotnych zmian w zakresie odpowiedzialności dyscyplinarnej prokuratorów. Reguluje ją obecnie rozdział 3 w dziale IV – „Prokuratorzy”, zatytułowany „Odpowiedzialność karna, dyscyplinarna i służbowa prokuratorów”. W tym samym rozdziale zamieszczono zatem przepisy dotyczące odpowiedzialności dyscyplinarnej i postępowania w sprawach zezwolenia na pociągnięcie prokuratorów do odpowiedzialności karnej. W obowiązującej poprzednio ustawie z dnia 20 czerwca 1985 r. o prokuraturze² te ostatnie przepisy mieściły się w rozdziale dotyczącym praw i obowiązków prokuratorów, odrębnym od rozdziału o odpowiedzialności dyscyplinarnej. Po raz pierwszy także posłużono się w przepisach dotyczących prokuratorów pojęciem „odpowiedzialności służbowej”, funkcjonującym dotychczas w sposób nieformalny. Zasadne będzie więc wskazanie na najważniejsze zmiany wprowadzone również w zakresie dotyczącym tych

¹ Dz. U. z 2016 r., poz. 177, dalej w skrócie „P. o p.”.

² Tekst jedn. Dz. U. z 2011 r., Nr 270, poz. 1599 z późn. zm.

dwóch innych rodzajów odpowiedzialności. Problematyka odpowiedzialności służbowej i dyscyplinarnej prokuratorów, a także możliwości pociągnięcia ich do odpowiedzialności karnej, jest niezwykle istotna zarówno w aspekcie wymogu nieskazitelnego charakteru, jaki winien cechować każdego pełniącego tę służbę, jak i jeden z elementów kształtujących niezależność prokuratora.

Chociaż zasadniczy model sądownictwa dyscyplinarnego nie uległ poważniejszym zmianom, które zapowiadano w poprzedniej kadencji Sejmu³, pozostając nadal modelem „korporacyjnym” z kontrolą kasacyjną Sądu Najwyższego, to jednak szczegółowa analiza nowych przepisów daje podstawę do oceny, iż mamy do czynienia z istotną modyfikacją, tak w zakresie procedury, jak i przepisów o charakterze materialnym.

Przepisy proceduralne

Na wstępie warto wskazać, że omawiany rozdział Prawa o prokuraturze zachowuje dotychczasowy – dość chaotyczny i trudny do percepcji – układ przepisów, przez co na przykład przepisy dotyczące wstępnej fazy postępowania dyscyplinarnego ulokowane zostały po przepisach dotyczących różnych czynności w postępowaniu sądowym. Ta wstępna faza jest domeną rzeczników dyscyplinarnych, którzy – w odróżnieniu od uregulowań poprzednich – mają być powoływani na kadencję 6-letnią (rzecznik dyscyplinarny Prokuratora Generalnego i jego pierwszy zastępca) lub 4-letnią (pozostali zastępcy rzecznika dyscyplinarnego, po jednym dla każdego okręgu regionalnego). Musi jednak zastanawiać fakt, że Minister Sprawiedliwości – Prokurator Generalny powierzył pełnienie obowiązków rzecznika dyscyplinarnego i jego pierwszego zastępcy jedynie na okres 3 miesięcy. Postępowanie odpowiadające postępowaniu przygotowawczemu w sprawach karnych toczy się w dwóch fazach. Pierwszą z nich są tak zwane czynności wyjaśniające (art. 154 § 1 P. o p.), które mogą być podjęte przez rzecznika dyscyplinarnego na żądanie Prokuratora Generalnego, właściwego prokuratora regionalnego lub okręgowego, a także z własnej inicjatywy.

Warto dodać w tym miejscu, iż pewnym modyfikacjom uległo określenie „przełożonego dyscyplinarnego”, co ma oczywisty związek ze zmianą struktury jednostek prokuratury w zakresie nazewnictwa. Obecnie przełożonym dyscyplinarnym jest Prokurator Generalny w stosunku do prokuratorów powszechnych jednostek organizacyjnych prokuratury, prokurator regionalny w stosunku do prokuratorów prokuratury regionalnej, prokuratorów prokuratur okręgowych i prokuratur rejonowych na obszarze działania prokuratury regionalnej, a także prokurator okręgowy w stosunku do prokuratorów proku-

³ Por. A. Herzog, Postępowanie dyscyplinarne prokuratorów w perspektywie zmian, *Prok. i Pr.* 2012, nr 3, s. 113 i n.

ratury okręgowej i prokuratur rejonowych na obszarze działania prokuratury okręgowej. O ile pominięcie tu Zastępcy Prokuratora Generalnego do Spraw Wojskowych może być zrozumiałe ze względu na brak organizacyjnego wyodrębnienia wojskowych jednostek prokuratury, to zwraca uwagę brak w tym katalogu Prokuratora Krajowego, który wszak jest w art. 18 P. o p. wymieniony jako przełożony prokuratorów Prokuratury Krajowej oraz prokuratorów pozostałych powszechnych jednostek organizacyjnych prokuratury.

Czynności wyjaśniające mają polegać na „wstępnym wyjaśnieniu okoliczności koniecznych do ustalenia znamion przewinienia”, a jednym z elementów jest złożenie przez prokuratora oświadczenia lub wyjaśnień na piśmie, chyba że ich złożenie nie jest możliwe. Zaznaczyć należy, że Prokurator Generalny może powierzyć dalsze prowadzenie czynności innemu rzecznikowi, a dla umożliwienia tej kompetencji o każdym wszczęciu czynności wyjaśniających właściwy rzecznik ma informować rzecznika dyscyplinarnego Prokuratora Generalnego. Ponieważ ustawa nie przewiduje wydania osobnego postanowienia o wszczęciu czynności wyjaśniających, wydaje się, że taka informacja powinna być złożona po podjęciu pierwszej czynności wyjaśniającej w sprawie. Czynności wyjaśniające mogą być zakończone w dwójaki sposób. Jeśli rzecznik dyscyplinarny uzna, że nie zachodzą podstawy do wszczęcia postępowania dyscyplinarnego, wydaje postanowienie o odmowie jego wszczęcia i doręcza je Prokuratorowi Generalnemu oraz organowi, który żądał podjęcia czynności dyscyplinarnych. Tym podmiotom służy prawo wniesienia odwołania w terminie 7 dni od doręczenia postanowienia o odmowie do sądu dyscyplinarnego. W przeciwnym wypadku – a więc gdy zachodzą podstawy do wszczęcia postępowania dyscyplinarnego – zastępca rzecznika dyscyplinarnego w danym regionie zwraca się do Prokuratora Generalnego o wyznaczenie rzecznika dyscyplinarnego spoza okręgu regionalnego, w którym pełni służbę prokurator, w stosunku do którego wszczęto czynności wyjaśniające. Dopiero ten wyznaczony rzecznik dyscyplinarny wydaje postanowienie o wszczęciu postępowania dyscyplinarnego, a następnie przedstawia na piśmie prokuratorowi zarzuty. Trudno znaleźć racjonalne uzasadnienie dla obligatoryjnego powierzenia postępowania rzecznikowi spoza okręgu regionalnego obwinionego prokuratora. Z pewnością nie poprawi to sprawności postępowania, a nasuwa jedynie podejrzenie o braku zaufania do obiektywizmu rzecznika z właściwego regionu. Obwiniony – którym staje się prokurator z chwilą przedstawienia mu zarzutów – może w terminie 14 dni złożyć wyjaśnienia i zgłosić wnioski o przeprowadzenie dowodów. Jakkolwiek termin ten nie ma charakteru terminu zawitego (por. art. 122 § 2 k.p.k.), po jego upływie rzecznik dyscyplinarny jest uprawniony do złożenia wniosku do sądu dyscyplinarnego o rozpoznanie sprawy dyscyplinarnej, chyba że uzna potrzebę przeprowadzenia dalszych dowodów. Podkreślić trzeba, że obecnie decyzja o wszczęciu postępowania dyscypli-

narne należy do rzecznika dyscyplinarnego i jest wydawana na etapie wcześniejszym, niż skierowanie wniosku do sądu, co było charakterystyczne dla poprzedniego stanu prawnego i wywoływało wiele wątpliwości. Zwrócić jednak należy także uwagę, że w obecnych przepisach nie uwzględniono sytuacji, w której czynności wyjaśniające od początku prowadzi rzecznik dyscyplinarny Prokuratora Generalnego lub jego pierwszy zastępca. Stosownie do art. 153 § 7 P. o p. są oni bowiem uprawnieni jedynie do „przejęcia każdej sprawy prowadzonej przez zastępcę rzecznika dyscyplinarnego dla danego okręgu prokuratury regionalnej”. Wówczas mogą osobiście wszcząć i prowadzić postępowanie dyscyplinarne, złożyć wniosek do sądu dyscyplinarnego o rozpoznanie sprawy, a także występować w tej sprawie w charakterze oskarżyciela, wnosić środki odwoławcze i dokonywać innych przewidzianych w ustawie czynności. Nie przewidziano jednak osobnego zakresu podmiotowego prowadzenia postępowań dla rzecznika dyscyplinarnego Prokuratora Generalnego i jego pierwszego zastępcy. Warto też zaznaczyć, że o ile rzecznicy dyscyplinarni są związani wskazaniem organu uprawnionego w zakresie przeprowadzenia postępowania wyjaśniającego, to takiego związania nie ma w zakresie wszczętego przez rzecznika postępowania dyscyplinarnego. Wyrazem tego jest uprawnienie do umorzenia postępowania dyscyplinarnego, przy czym na postanowienie w tym przedmiocie przysługuje prawo wniesienia odwołania w terminie 7 dni od doręczenia stosownego postanowienia Prokuratorowi Generalnemu, organowi, który żądał podjęcia czynności dyscyplinarnych, a także obwinionemu, o ile ma w tym interes prawny. Odwołanie takie powinno być rozstrzygnięte przez sąd dyscyplinarny w terminie miesiąca od jego otrzymania. Termin ten ma charakter instrukcyjny.

Przepisy dotyczące zawieszenia prokuratora w czynnościach z uwagi na charakter przewinienia dyscyplinarnego również uległy pewnym zmianom. Obecnie od takiej decyzji przełożonego dyscyplinarnego przysługuje odwołanie do sądu dyscyplinarnego, a nie – jak poprzednio – do prokuratora bezpośrednio przełożonego nad prokuratorem, który wydał zaskarżoną decyzję. Od orzeczenia sądu dyscyplinarnego w przedmiocie zawieszenia (a więc tak co do utrzymania zawieszenia w mocy, jak i jego uchylecia) odwołanie nie przysługuje. O ile co do zasady takie zawieszenie w postępowaniu przed rzecznikiem dyscyplinarnym może trwać do 6 miesięcy, to obecnie czas jego trwania może być przedłużony – w uzasadnionych przypadkach – na wniosek Prokuratora Generalnego lub prokuratora regionalnego na dalszy okres. Ustawa nie limituje długości tego okresu, używając jedynie określenia „niezbędny”. W dotychczasowym stanie prawnym takie przedłużenie mogło nastąpić jedynie na dalsze trzy miesiące i to na wniosek prokuratora apelacyjnego. Wydaje się, że miało to na celu spowodowanie, aby faza postępowania przed rzecznikiem dyscyplinarnym nie była zbyt długa. Stan obecny daje

w tej fazie większe możliwości działania; podobnie jak poprzednio, postanowienie sądu dyscyplinarnego o przedłużeniu okresu zawieszenia jest zaskarżalne do Odwoławczego Sądu Dyscyplinarnego (a zatem nie przysługuje prawo zaskarżenia w wypadku odmowy przedłużenia zawieszenia przez sąd dyscyplinarny pierwszej instancji). Warto zwrócić uwagę na brak konsekwencji terminologicznej w nowych przepisach. O ile bowiem nadal przedłużenie zawieszenia prokuratora w czynnościach następuje w formie postanowienia, to środkiem odwoławczym od niego jest „odwołanie”, a nie – jak poprzednio – „zażalenie”. Wprowadzono także wprost w przepisach – co wydaje się być słuszne – prawo wniesienia „odwołania” od postanowienia w przedmiocie obniżenia wynagrodzenia prokuratorowi zawieszonemu w czynnościach (por. art. 152 § 2 P. o p.). W poprzednim stanie prawnym zaskarżalność tego postanowienia wywodzona była jedynie w drodze wykładni. Wydaje się, że w zakresie terminologii ustawodawca nie jest konsekwentny, bowiem forma „odwołania” powinna być zarezerwowana do zaskarżania decyzji merytorycznych kończących postępowanie dyscyplinarne, zaś postanowienia o charakterze incydentalnym powinny być zaskarżane „zażaleniem” (podobnie jak to jest w postępowaniu karnym wobec wyroków i postanowień). Już w tym miejscu należy zasygnalizować wprowadzoną możliwość (a w niektórych przypadkach nawet obowiązek) zawieszenia prokuratora w czynnościach także w postępowaniu dotyczącym zezwolenia na pociągnięcie do odpowiedzialności karnej. Instytucja ta zostanie omówiona bliżej w części poświęconej temu postępowaniu.

Pozycja urzędu rzecznika dyscyplinarnego i jego zastępców wydaje się mocniejsza niż dotychczas; jednak należy zwrócić uwagę na możliwość odwołania ich przez Prokuratora Generalnego w okresie kadencji w przypadkach wskazanych w art. 153 § 4 P. o p. Szczególnie warto podkreślić postanowienia art. 161 § 1 P. o p., który to przepis nakłada na sąd dyscyplinarny obowiązek zamieszczenia w sentencji orzeczenia „postanowienia stwierdzającego oczywistą bezzasadność decyzji rzecznika dyscyplinarnego” – zarówno w przypadku oczywistego braku podstaw faktycznych lub prawnych złożonego przez rzecznika wniosku o rozpoznanie sprawy dyscyplinarnej, jak i oczywiście niesłusznego umorzenia przez rzecznika postępowania dyscyplinarnego. Rzecznik staje się więc *sui generis* zakładnikiem sądu dyscyplinarnego, bowiem takie stwierdzenie w orzeczeniu automatycznie skutkuje wszczęciem wobec rzecznika postępowania dyscyplinarnego, w którym prawa i obowiązki rzecznika wykonuje Zastępca Prokuratora Generalnego.

Wpłynięcie wniosku o rozpoznanie sprawy dyscyplinarnej powoduje wyznaczenie rozprawy przez przewodniczącego sądu dyscyplinarnego. Sądy dyscyplinarne działające przy Prokuratorze Generalnym (Sąd Dyscyplinarny w pierwszej instancji i Odwoławczy Sąd Dyscyplinarny w drugiej instancji) składają się z członków wybranych spośród prokuratorów przez zebranie

prokuratorów Prokuratury Krajowej i zgromadzenia prokuratorów w prokuraturach regionalnych (art. 45 pkt 3 i art. 47 pkt 4 P. o p.), przy czym ich liczbę określa Krajowa Rada Prokuratorów przy Prokuratorze Generalnym (por. art. 43 § 3 P. o p.). Kadencja członków tych sądów trwa 4 lata i zaczyna się od powołania ich przewodniczących przez Prokuratora Generalnego spośród wybranych członków sądów dyscyplinarnych. Jest to istotna różnica w stosunku do poprzedniego stanu prawnego, w którym przewodniczący sądów i ich zastępcy byli wybierani przez ogół ich członków. Literalne brzmienie art. 145 § 2 P. o p. nakazuje także przyjąć, że przewodniczący sądu dyscyplinarnego może mieć tylko jednego zastępcę (także powoływanego przez Prokuratora Generalnego spośród wybranych członków sądów), w odróżnieniu od stanu dotychczasowego, gdy liczbę zastępców określało zebranie członków sądów. Ta zmiana może powodować trudności związane z koniecznością zapewnienia niezakłóconej i sprawnej pracy sądów dyscyplinarnych. Już w tym miejscu trzeba jednak zaznaczyć, że do czasu wyboru sądów dyscyplinarnych kontynuują działalność sądy dyscyplinarne przy Prokuratorze Generalnym, działające na podstawie przepisów dotychczasowych⁴.

Uprawnienia przewodniczących sądów dyscyplinarnych co do wyznaczania członków składów orzekających zostały ograniczone. Dotychczas mieli oni swobodę w tym zakresie; obecnie skład jest wyznaczany według listy wszystkich sądów danego sądu, zgodnie z kolejnością wpływu spraw. Odstępstwo od tej zasady może nastąpić tylko w wypadku choroby członka sądu lub „z innej ważnej przyczyny”, co jednak należy zaznaczyć w zarządzeniu o wyznaczeniu rozprawy lub posiedzenia. Taką „inną ważną przyczyną” może być w szczególności okoliczność powodująca wyłączenie sędziego z mocy prawa (art. 40 k.p.k.) lub wyłączenie sędziego na podstawie wniosku złożonego w trybie art. 41 i 42 k.p.k. Innego rodzaju odstępstwo wynika z zasady przewidzianej w drugim zdaniu art. 147 § 1 P. o p., zgodnie z którym w składzie sądu zasiada przynajmniej jeden prokurator z jednostki organizacyjnej prokuratury równorzędnej do tej, w której obwiniony pełnił służbę lub wykonywał czynności służbowe w chwili czynu. To ostatnie określenie dotyczy prokuratorów delegowanych do jednostki wyższego rzędu. Można mieć natomiast wątpliwości, czy wskazany wymóg spełnia również członek sądu dyscyplinarnego delegowany do jednostki organizacyjnej równorzędnej do tej, w której pełnił służbę obwiniony. Problemów tych można było uniknąć, gdyby posłużono się pojęciem równorzędnego stanowiska służbowego. Jeśli zatem kolejne osoby z listy sędziów nie odpowiadają tej zasadzie, to konieczne będzie wyznaczenie następnego członka sądu dyscyplinarnego z równorzędnej jednostki organizacyjnej. Zwraca uwagę, że w przepisach

⁴ Por. art. 64 § 2 ustawy z dnia 28 stycznia 2016 r. – Przepisy wprowadzające ustawę – Prawo o prokuraturze (Dz. U. z 2016 r., poz. 178).

nie przewidziano możliwości automatycznego wyłączenia członka składu pochodzącego z tej samej jednostki organizacyjnej, w której pełnił służbę obwiniony. Straciła więc aktualność dotychczasowa praktyka, zgodnie z którą do składów orzekających nie wyznaczano członków sądów pochodzących z okręgów apelacyjnych, w których pełnił służbę obwiniony. W konsekwencji może to prowadzić do sytuacji, w których wyznaczeni według kolejności członkowie składów orzekających będą wnosić o ich wyłączenie na przykład z uwagi na bliższą znajomość z obwinionym. To zaś spowoduje konieczność wyznaczenia kolejnego składu dla rozpoznania wniosku o wyłączenie, co wydłuży bieg postępowania dyscyplinarnego. O tym, że nie jest to problem teoretyczny, świadczy podobny przypadek zaistniały w sprawach wyznaczonych do rozpoznania po 4 marca 2016 r. w Odwoławczym Sądzie Dyscyplinarnym.

Przy tej okazji można wyrazić wątpliwość, czy te sztywne zasady wyznaczania składów orzekających mają zastosowanie do wszystkich form orzekania w ramach postępowania dyscyplinarnego, czy jedynie do jego fazy merytorycznej, a więc orzekania w głównym przedmiocie postępowania (z zasady na rozprawie). Istnieje bowiem szereg postępowań incydentalnych, przykładowo w sprawach sprostowania oczywistych omyłek pisarskich, w sprawach określenia wysokości kosztów postępowania czy przywrócenia terminu do wniesienia środka odwoławczego. Na ogół rozstrzygane są one na posiedzeniach, przeważnie bez udziału stron i kończą się wydaniem postanowienia. O ile w postępowaniu przed sądem dyscyplinarnym pierwszej instancji najczęściej (choć nie zawsze – przykładowo w razie wniosku o wyłączenie członka składu) w kwestiach incydentalnych orzekać będzie skład rozpoznający sprawę „główną”, to odmiennie przedstawia się sprawa w postępowaniu przed Odwoławczym Sądem Dyscyplinarnym. Względnie celowościowe przemawiałyby tu za możliwością rozpoznania takiej kwestii incydentalnej (w przypadkach, gdy nie jest wymagane zawiadomienie stron) przez skład orzekający wyznaczony już wcześniej do rozpoznania na rozprawie odwołania od orzeczenia w innej sprawie dotyczącej odpowiedzialności dyscyplinarnej, bez konieczności wyznaczania kolejnego składu jedynie do sprawy incydentalnej. Taka praktyka była z powodzeniem stosowana dotychczas.

Zwrócić uwagę należy na zmianę liczebności składów sądów dyscyplinarnych drugiej instancji – zamiast dotychczasowego składu 5-osobowego obecnie orzekać mają składy 3-osobowe, co zasługuje na akceptację. Trzeba jednak podkreślić, że w sprawach rozpoczętych pod rządami poprzednich przepisów, w których postępowanie kontynuowane jest obecnie, postępowanie odwoławcze musi być rozpoczęte od nowa, by nie narazić się na zaistnienie bezwzględnej przesłanki odwoławczej określonej w art. 439 § 1 pkt 2 k.p.k.

Postępowanie przed sądem dyscyplinarnym ma się obecnie toczyć jawnie. To zasadnicza zmiana wobec stanu dotychczasowego i spełnienie postulatów powszechnie wysuwanych w piśmiennictwie⁵, a także proponowanych przez Krajową Radę Prokuratury. Przypadki wyłączenia jawności postępowania określono w art. 148 § 2 P. o p. – może to nastąpić ze względu na moralność, bezpieczeństwo państwa i porządek publiczny oraz ze względu na ochronę życia prywatnego stron, inny ważny interes prywatny lub ważny interes postępowania przygotowawczego. Ten ostatni wymóg wydaje się wyraźnie dotyczyć postępowań w przedmiocie zezwolenia na pociągnięcie prokuratora do odpowiedzialności karnej. Jednak nawet w razie wyłączenia jawności postępowania dyscyplinarnego orzeczenie ogłaszane jest jawnie. Nie zmieniły się zasady możliwości podawania orzeczenia sądu dyscyplinarnego do wiadomości publicznej, po jego uprawomocnieniu się i na podstawie podjętej z urzędu albo na wniosek strony odrębnej uchwały sądu dyscyplinarnego. Wobec wprowadzenia jawności postępowania przepis ten zmienił charakter i może stać się surogatem środka karnego podania wyroku do publicznej wiadomości z art. 39 pkt 8 i 43b k.k. Warto też zwrócić uwagę, że przesłanki wyłączenia jawności postępowania zostały określone w sposób odmienny, niż w postępowaniu karnym w art. 360 k.p.k.

Pomiędzy dniem wpływu wniosku o rozpoznanie sprawy a terminem rozprawy nie powinno upłynąć więcej niż 30 dni, a termin ten ma charakter instrukcyjny. Nie zmieniły się zasady dotyczące niestawiennictwa stron postępowania i obrońców; nieusprawiedliwione niestawiennictwo nie tamuje rozpoznania sprawy. Ustawodawca podjął jednak próbę usprawnienia postępowania dyscyplinarnego, wprowadzając w art. 157 P. o p. możliwość wystąpienia przez sąd dyscyplinarny do sądu rejonowego właściwego dla miejsca stawienia się o wydanie postanowienia o zatrzymaniu prokuratora na okres do 48 godzin i jego przymusowego doprowadzenia przez policję na wyznaczone miejsce. W tym zakresie wprowadzono odstępstwo od wymogu uzyskania zezwolenia przełożonego na zatrzymanie prokuratora. Niestety, można się obawiać, że ten przepis nie będzie miał istotnego znaczenia i nie spełni zadania usprawnienia postępowania dyscyplinarnego. Uprawnienie takie przysługuje bowiem tylko w wypadku nieusprawiedliwionego niestawiennictwa obwinionego na wezwanie, co do którego został on pouczone o obowiązku stawiennictwa. Tymczasem praktyka wskazuje, że przewlekłość postępowań dyscyplinarnych następuje przeważnie wskutek niestawiennictwa obwinionych, w różny sposób należycie usprawiedliwionego zgodnie z wymogami obowiązujących w tym zakresie przepisów procedury karnej.

⁵ Por. m.in. A. Herzog, *Odpowiedzialność dyscyplinarna prokuratorów – co trzeba zmienić?* *Prok. i Pr.* 2013, nr 12, s. 17; W. Kozieliwicz, *Odpowiedzialność dyscyplinarna sędziów, prokuratorów, adwokatów, radców prawnych i notariuszy*, Warszawa 2012, s. 201.

Na uwagę zasługuje przepis art. 156 § 2 P. o p., stosownie do którego ustanowienie lub zmiana obrońcy nie może stać się przyczyną przerwania lub odroczenia rozprawy. Niewątpliwie ma to również na celu usprawnienie postępowania dyscyplinarnego i uniemożliwienie prób jego odwleczenia, jednak w konkretnych sprawach może być kwestionowane jako godzące w prawo do obrony (art. 6 k.p.k.).

Po rozpoznaniu sprawy sąd dyscyplinarny wydaje orzeczenie, będące odpowiednikiem wyroku w postępowaniu karnym. Zasadnicza zmiana nastąpiła w zakresie uzasadniania orzeczeń sądów dyscyplinarnych. Dotychczas następowało to z urzędu, niezależnie od stanowiska stron. Obecnie uzasadnienie ma być sporządzane jedynie na wniosek, przy czym uprawnionymi do jego złożenia są Prokurator Generalny, rzecznik dyscyplinarny i obwiniony. Zwraca uwagę zrównanie pozycji procesowej Prokuratora Generalnego z pozycją stron postępowania dyscyplinarnego, przy równoczesnych daleko idących wątpliwościach co do zasadności takiego uregulowania. Prawo do złożenia wniosku przysługuje bowiem w terminie 7 dni od dnia ogłoszenia orzeczenia (art. 160 § 2 i art. 162 § 3 P. o p.), przy czym Prokurator Generalny nie jest wszak powiadamiany o terminie rozprawy przed sądem dyscyplinarnym. Żaden też przepis nie nakazuje doręczania mu orzeczenia bez uzasadnienia. Jeśli strony były obecne przy ogłoszeniu orzeczenia, to należy pouczyć je – do protokołu – o prawie do złożenia wniosku. Obecne przepisy nie nakazują jednak doręczania orzeczenia stronom, które nie były obecne przy jego ogłoszeniu. Podkreślić przy tym trzeba, że również odpowiednie stosowanie przepisów Kodeksu postępowania karnego nie daje podstaw do takiego postąpienia. Art. 100 § 3 k.p.k. uległ bowiem zmianie z dniem 15 kwietnia 2016 r. po nowelizacji dokonanej ustawą z dnia 11 marca 2016 r. o zmianie ustawy – Kodeks postępowania karnego oraz niektórych innych ustaw⁶ i obecnie wyrok doręcza się podmiotom uprawnionym do wniesienia środka odwoławczego, jeżeli ustawa tak stanowi. Na gruncie postępowania karnego przepisy nakazują obecnie doręczanie odpisu wyroku jedynie oskarżonemu pozbawionemu wolności, który nie ma obrońcy i – pomimo złożenia wniosku o doprowadzenie na termin rozprawy, na którym ogłoszono wyrok – nie był obecny podczas ogłoszenia wyroku (art. 422 § 2a k.p.k.). Sytuacja taka jednak na gruncie postępowania dyscyplinarnego nastąpić może jedynie wyjątkowo.

Dziwić musi ewidentny techniczny błąd legislacyjny popełniony w art. 160 § 1 P. o p. Literalna treść tego przepisu nakazuje sporządzenie na piśmie uzasadnienia orzeczenia Sądu Dyscyplinarnego na wniosek Prokuratora Generalnego, rzecznika dyscyplinarnego lub obwinionego „w terminie 21 dni od dnia otrzymania orzeczenia”. Termin ten może być przedłużony w szcze-

⁶ Dz. U. z 2016 r., poz. 437.

gólnie uzasadnionych przypadkach przez przewodniczącego Sądu Dyscyplinarnego o kolejne 14 dni. Analiza tego przepisu, a zwłaszcza § 2 tego artykułu („Termin do złożenia wniosku, o którym mowa w § 1, wynosi 7 dni od dnia ogłoszenia orzeczenia”) wskazuje, że w istocie biegu terminu do sporządzenia uzasadnienia nie rozpoczyna „otrzymanie orzeczenia”, ale „otrzymanie wniosku o sporządzenie uzasadnienia”. Takie też rozumienie wynika z wykładni systemowej, a mianowicie z porównania omawianego przepisu z treścią art. 162 § 2 P. o p., w którym mowa o sporządzaniu uzasadnienia orzeczenia Odwoławczego Sądu Dyscyplinarnego „na wniosek Prokuratora Generalnego, rzecznika dyscyplinarnego lub obwinionego w terminie 14 dni od dnia jego otrzymania”. Wydaje się także, że nie przemyślano dalszej treści przepisów dotyczących doręczania orzeczenia wraz z uzasadnieniem. Doręcza się je bowiem jedynie „wnioskodawcy oraz Prokuratorowi Generalnemu”, gdy tymczasem odwołanie od orzeczenia wydanego w pierwszej instancji przysługuje „Prokuratorowi Generalnemu, obwinionemu i rzecznikowi dyscyplinarnemu”. Prawo o prokuraturze nie wskazuje przy tym terminów do wniesienia odwołania, a zatem należy stosować tu odpowiednio przepisy Kodeksu postępowania karnego. Zgodnie zaś z art. 445 § 1 k.p.k., termin do wniesienia apelacji wynosi 14 dni i biegnie dla każdego uprawnionego od daty doręczenia mu wyroku z uzasadnieniem. Gdyby więc – przykładowo – wniosek o sporządzenie uzasadnienia orzeczenia Sądu Dyscyplinarnego złożył jedynie rzecznik dyscyplinarny, uznając wymierzoną karę za niewspółmierną, to kierując się literalną treścią przepisu art. 160 § 4 P. o p. orzeczenie z uzasadnieniem należałoby doręczyć jedynie jemu i Prokuratorowi Generalnemu. Ustawa w tej sytuacji nie nakazuje doręczyć orzeczenia z uzasadnieniem obwinionemu, zatem wątpliwe, czy może on skorzystać z uprawnienia nadanego mu w art. 162 § 1 P. o p. Wniosek jest tylko jeden – strona, która zamierza skorzystać z prawa do zaskarżenia orzeczenia Sądu Dyscyplinarnego, powinna dbać o złożenie wniosku o sporządzenie uzasadnienia. Na marginesie warto wspomnieć, że – podobnie jak dotychczas – co do zasady z urzędu sporządza się uzasadnienia wydawanych w toku postępowania dyscyplinarnego postanowień o charakterze incydentalnym. Wynika to bowiem ze stosowanych odpowiednio przepisów Kodeksu postępowania karnego⁷.

Odwołanie od orzeczenia Sądu Dyscyplinarnego powinno być rozpoznane przez Odwoławczy Sąd Dyscyplinarny w terminie miesiąca od dnia jego otrzymania, co jest terminem instrukcyjnym zbliżonym bardziej do rzeczywistości, niż poprzednio obowiązujący termin 7 dni. Praktyka wskazuje jednak, że z uwagi na terminy doręczeń zawiadomień za zwrotnym pokwitowaniem odbioru okres miesięczny jest także trudny do dotrzymania. Faktycznie po-

⁷ Por. art. 98 k.p.k.

między wpływem do Odwoławczego Sądu Dyscyplinarnego odwołania a terminem rozprawy odwoławczej upływa bowiem 5–6 tygodni.

Również w postępowaniu odwoławczym wprowadzono zasadę sporządzania uzasadnienia orzeczenia Odwoławczego Sądu Dyscyplinarnego jedynie na wniosek (Prokuratora Generalnego, rzecznika dyscyplinarnego lub obwinionego), nie zaś jak dotychczas z urzędu. Termin do złożenia wniosku o sporządzenie uzasadnienia wynosi – podobnie jak w pierwszej instancji – 7 dni od dnia ogłoszenia orzeczenia, natomiast uzasadnienie sporządza się w terminie 14 dni od otrzymania takiego wniosku (art. 162 § 2 i 3 p. o p.). W szczególnie uzasadnionych przypadkach przewodniczący Odwoławczego Sądu Dyscyplinarnego może przedłużyć termin sporządzenia uzasadnienia o kolejne 14 dni. Terminy te są więc krótsze niż obowiązujące w pierwszej instancji, co nie wydaje się zasadne; ich przekroczenie może skutkować odpowiedzialnością dyscyplinarną wobec zobowiązanego do sporządzenia uzasadnienia sędziego sprawozdawcy.

O ile nie uległy zmianom przepisy dotyczące kasacji od orzeczenia wydanego przez Odwoławczy Sąd Dyscyplinarny – tak co do podstaw wniesienia kasacji, uprawnionych podmiotów i terminów jej wniesienia, a także postępowania „okołokasacyjnego”⁸ – to w nowych przepisach wprowadzono instytucję wznowienia postępowania dyscyplinarnego. Do złożenia wniosku o wznowienie uprawnieni są: Prokurator Generalny, rzecznik dyscyplinarny oraz ukarany prokurator. To ostatnie określenie („ukarany”) rodzi wątpliwości, czy uprawnienie takie będzie miał również prokurator, wobec którego – uznając winę – umorzono postępowanie z innych względów (na przykład wobec stwierdzenia znikomej szkodliwości społecznej deliktu lub w przypadkach, o których mowa w art. 141 § 2 P. o p.).

Ustawa określiła przesłanki wznowienia postępowania dyscyplinarnego zarówno na niekorzyść, jak i na korzyść obwinionego. W pierwszym wypadku może to nastąpić, jeżeli umorzenie postępowania lub wydanie orzeczenia nastąpiło wskutek przestępstwa (niewątpliwie stwierdzonego prawomocnym orzeczeniem sądu) albo jeżeli w ciągu 5 lat od umorzenia lub od wydania orzeczenia wyjdą na jaw nowe okoliczności lub dowody, które mogły uzasadniać skazanie lub wymierzenie kary surowszej. Natomiast wznowienie na korzyść nie jest limitowane czasowo i może nastąpić nawet po śmierci obwinionego, jeżeli wyjdą na jaw nowe okoliczności lub dowody, które mogłyby uzasadniać uniewinnienie lub wymierzenie kary łagodniejszej. Z takim wnioskiem może wystąpić po śmierci obwinionego jego małżonek, krewni w linii prostej, rodzeństwo, przysposabiający lub przysposobiony oraz rzecznik dyscyplinarny lub Prokurator Generalny. Przepisy te są analogiczne do

⁸ Wyeliminowanie wyłączenia odpowiedniego stosowania art. 524 k.p.k. nie wydaje się mieć znaczenia, skoro problematyka ta jest uregulowana odmiennie w art. 163 P. o p.

przewidzianych w Prawie o ustroju sądów powszechnych co do wznowienia postępowania dyscyplinarnego wobec sędziego. Organem, który rozstrzyga w przedmiocie wniosku o wznowienie postępowania dyscyplinarnego, jest organ, który wydał decyzję kończącą postępowanie. Brak w Prawie o prokuraturze regulacji co do możliwości zaskarżenia orzeczenia dotyczącego odmowy wznowienia postępowania nakazuje rozważyć możliwość odpowiedniego stosowania art. 547 § 1 k.p.k.

Wydaje się, że twórcy ustawy nie wzięli pod uwagę konsekwencji dokonanych zmian przy konstruowaniu przepisów dotyczących wykonania orzeczenia. Art. 167 § 1 P. o p. powtarza bowiem dosłownie dotychczasowy przepis art. 85 ust. 1 ustawy o prokuraturze, zgodnie z którym przewodniczący sądu dyscyplinarnego przesyła niezwłocznie odpis prawomocnego orzeczenia wraz z uzasadnieniem Prokuratorowi Generalnemu w celu wykonania orzeczenia. Tymczasem wobec wprowadzenia zasady uzasadniania orzeczenia na wniosek może się zdarzyć, że orzeczenie w pierwszej instancji uprawomocni się bez uzasadnienia (jeśli nikt nie złoży wniosku o jego sporządzenie). Równocześnie warto podkreślić, że orzeczenie Odwoławczego Sądu Dyscyplinarnego staje się prawomocne z chwilą jego ogłoszenia, niezależnie od złożenia wniosku o jego uzasadnienie. Z tego względu omawiany przepis wydaje się błędny, gdyż w takim wypadku przewodniczący sądu dyscyplinarnego powinien przesłać odpis prawomocnego orzeczenia Prokuratorowi Generalnemu celem jego wykonania niezależnie od tego, czy sporządzono uzasadnienie, czy też nie. Wydaje się, że dla usunięcia wszelkich wątpliwości w omawianym przepisie należałoby wyraźnie wskazać, iż odpis orzeczenia przesyła się z uzasadnieniem, jeżeli je sporządzono.

Nieco uwagi poświęcić należy zmianom dotyczącym instytucji kary porządkowej upomnienia, którą – podobnie jak w poprzednim stanie prawnym – wymierza prokurator przełożony podległym prokuratorom za przewinienia dyscyplinarne mniejszej wagi, nieuzasadniające wszczęcia postępowania dyscyplinarnego. Środkiem odwoławczym od tej kary jest nadal sprzeciw, wnoszony w terminie 7 dni od doręczenia pisma z upomnieniem⁹, do prokuratora bezpośrednio przełożonego nad prokuratorem, który karę tę wymierzył. Prokurator, do którego sprzeciw wniesiono, może karę porządkową uchylić i – co stanowi *novum* – umorzyć postępowanie w sprawie, albo też karę upomnienia uchylić i sprawę przekazać za pośrednictwem rzecznika dyscyplinarnego do rozpoznania sądowi dyscyplinarnemu. W art. 149 § 6–8 P. o p. uregulowano dalszy bieg postępowania przed sądem dyscyplinarnym, który wydaje orzeczenie dyscyplinarne „po wysłuchaniu rzecznika dyscyplinarnego oraz prokuratora, któremu wymierzono karę porządkową upo-

⁹ W art. 149 § 2 P. o p. wskazano wyraźnie, że upomnienie wymierza się pismem, które dołącza się do akt osobowych prokuratora. Poprzednia ustawa o prokuraturze operowała pojęciem „decyzji”.

mnienia, chyba, że wysłuchanie nie jest możliwe”. Wskazano także, że od owego orzeczenia przysługuje odwołanie, które rozpoznaje Odwoławczy Sąd Dyscyplinarny. Taka regulacja (nieobecna w dotychczasowej ustawie o prokuraturze) mogłaby wskazywać, iż postępowanie takie nie jest – jak dotąd – zwykłym postępowaniem dyscyplinarnym, lecz swego rodzaju trybem szczególnym. Można też wyrazić wątpliwość, czy określenie „za pośrednictwem rzecznika dyscyplinarnego” wskazuje, iż rzecznik ten powinien wydać postanowienie o wszczęciu postępowania dyscyplinarnego i przeprowadzić czynności, o których mowa w art. 154 P. o p. Jeśli ukarany nie wniósł sprzeciwu od kary porządkowej upomnienia, odpis pisma jest usuwany z akt osobowych z urzędu dopiero po 3 latach od uprawomocnienia się kary (o ile w tym okresie nie udzielono prokuratorowi zwrócenia uwagi, wytknięcia uchybienia lub stwierdzono popełnienie przewinienia dyscyplinarnego). Na wniosek prokuratora usunięcie może – a zatem nie musi – nastąpić po upływie roku. W poprzednim stanie prawnym usunięcie następowało po upływie roku, przy czym następowało to na wniosek ukaranego, o ile w tym okresie nie wymierzono nowej kary porządkowej upomnienia lub skazano na karę dyscyplinarną.

Zauważyć warto, że nowe przepisy nadal nie regulują w żaden sposób kwestii przedawnienia wykonania orzeczenia; problem ten – aczkolwiek w praktyce rzadko występujący – można więc rozwiązywać jedynie w drodze wykładni¹⁰. Związany jest niewątpliwie z okresami, o których mowa w art. 142 § 2 P. o p., a także terminami, po upływie których może nastąpić usunięcie odpisu orzeczenia o ukaraniu z akt osobowych. W tej ostatniej kwestii nastąpiła jedna istotna zmiana. O ile bowiem dotychczas usunięty z akt osobowych – na wniosek ukaranego – po upływie 5 lat mógł być także odpis orzeczenia wymierzającego karę wydalenia ze służby prokuratorskiej, to obecnie przepisy regulują jedynie okresy usunięcia z akt orzeczeń dotyczących kar przewidzianych w art. 168 § 1 punkty 1–4 P. o p. Nie ma natomiast przepisu dotyczącego możliwości usunięcia z akt odpisu orzeczenia o ukaraniu najsurowszą z kar dyscyplinarnych. Być może więc intencją ustawodawcy było nieusuwanie nigdy odpisu takiego orzeczenia z akt; z drugiej jednak strony, jak już wspomniano, istnieje możliwość ponownego powołania po 10 latach ukaranego taką karą.

Przepisy materialne

Nie uległa zmianie ustawowa definicja przewinienia dyscyplinarnego, którym jest oczywista i rażąca obraza prawa i uchybienie godności urzędu. Co do tego ostatniego, trzeba zasygnalizować tu problem związany z utratą

¹⁰ Por. A. Herzog, Odpowiedzialność dyscyplinarna..., *op. cit.*, s. 27.

podstawy normatywnej „Zbioru zasad etyki zawodowej prokuratora”, uchwalonego przez Krajową Radę Prokuratury na podstawie art. 24 pkt 15 ustawy o prokuraturze¹¹. Wydaje się, że dokument ten winien być jednak nadal brany pod uwagę – chociaż pomocniczo – przy ocenie konkretnego czynu jako deliktu dyscyplinarnego. W dziedzinie zasad odpowiedzialności dyscyplinarnej wprowadzono natomiast bardzo istotną i nader kontrowersyjną zmianę. Mianowicie zgodnie z art. 137 § 2 P. o p. „nie stanowi przewinienia dyscyplinarnego działanie lub zaniechanie prokuratora podjęte wyłącznie w interesie społecznym”. Zwraca uwagę zarówno nieostrość pojęcia „działania w interesie społecznym”, jak i jego ocenny charakter. Jeżeli zaś czyn taki „nie stanowi przewinienia dyscyplinarnego”, to następstwem takiej oceny może być bądź odmowa wszczęcia lub umorzenie postępowania dyscyplinarnego przez rzecznika dyscyplinarnego w fazie przed skierowaniem wniosku do sądu (w tej fazie ocena taka należy do rzecznika), bądź – po wniesieniu takiego wniosku – orzeczenie sądu uniewinniające obwinionego. Ten ostatni wniosek wydaje się być konsekwencją odpowiedniego stosowania art. 414 § 1 zdanie drugie k.p.k. Nadal przy tym aktualna jest możliwość umorzenia postępowania dyscyplinarnego, gdy społeczna szkodliwość czynu jest znikoma (poprzez odpowiednie stosowania art. 17 § 1 pkt 3 k.p.k. i art. 1 § 2 k.k.).

Kolejną zmianą jest wydłużenie okresu przedawnienia dyscyplinarnego. Jak wiadomo, na gruncie dotychczasowej ustawy o prokuraturze podstawowy okres przedawnienia wynosił trzy lata od chwili czynu, z tym, że w razie wszczęcia postępowania dyscyplinarnego przed upływem tego terminu przedawnienie następowało z upływem pięciu lat od chwili popełnienia czynu. Nie dotyczyło to deliktów dyscyplinarnych zawierających znamiona przestępstwa, bowiem w tych wypadkach przedawnienie dyscyplinarne następowało z upływem przedawnienia przewidzianego w przepisach Kodeksu karnego. Ta ostatnia zasada została utrzymana, przy czym – podobnie jak poprzednio – nie wzięto pod uwagę możliwości równoczesnego wyczerpania znamion przestępstwa skarbowego. Kodeks karny skarbowy zawiera však odrębne regulacje dotyczące okresów przedawnienia¹². Prawo o prokuraturze milczy także o okresie przedawnienia dotyczącym wykroczeń, za które prokurator odpowiada tylko dyscyplinarnie. Wydaje się, że w takich wypadkach przedawnienie musi nastąpić z upływem okresów przewidzianych w Kodeksie wykroczeń¹³, znacznie krótszych niż wydłużony w art. 141 § 1 P. o p. podstawowy okres przedawnienia dyscyplinarnego – 5 lat od chwili czynu. Równocześnie w § 2 omawianego przepisu wprowadzono instytucję wydłużenia okresu przedawnienia do 8 lat, jeżeli przed upływem 5 lat od chwili czynu wszczęto postępowanie dyscyplinarne. Drugie zdanie

¹¹ Załącznik do uchwały nr 468/2012 Krajowej Rady Prokuratury z dnia 12 września 2012 r.

¹² Por. art. 44 k.k.s.

¹³ Taka zasada została wyraźnie przewidziana w art. 108 § 3 u.s.p.

tego przepisu określa jednak, iż może to być w istocie nie tyle przedawnienie karalności, ile przedawnienie wyrokowania, zbliżone nieco do obecnego art. 108 § 2 u.s.p. Ten ostatni przepis wprowadził zasadę, że jeśli przed upływem trzyletniego podstawowego terminu przedawnienia sprawa nie została prawomocnie zakończona, sąd dyscyplinarny orzeka o popełnieniu przewinienia dyscyplinarnego, umarzając postępowanie w zakresie wymierzenia kary dyscyplinarnej. Według prawa o prokuraturze natomiast „pomimo przedawnienia, o którym mowa w zdaniu poprzednim, sąd dyscyplinarny orzeka o popełnieniu przewinienia dyscyplinarnego, umarzając postępowanie w zakresie wymierzenia kary dyscyplinarnej, albo uniewinnia obwinionego prokuratora”. Szkołu w tym, że przepis ten nie wydaje się dostatecznie precyzyjny. Literalne jego odczytanie nakazywałoby przyjąć, że takie orzeczenie może nastąpić po upływie 8 lat od chwili czynu, bowiem o takim okresie mowa w zdaniu poprzednim. Takie jego rozumienie powodowałoby jednak wydłużenie możliwości orzekania (jedynie bez wymierzenia kary) praktycznie poza jakimikolwiek okresami przedawnienia, co prowadzi do konsekwencji trudnych do przyjęcia. Obecnie okresy przedawnienia odpowiedzialności dyscyplinarnej prokuratorów są najdłuższe ze wszystkich zawodów prawniczych i zbliżają się do okresów przedawnienia karalności za niektóre występki, a więc czyny o niewątpliwie wyższym stopniu szkodliwości społecznej, niż delikty dyscyplinarne nie wyczerpujące jednocześnie znamion przestępstwa. W odniesieniu do adwokatów i radców prawnych okresy takie wynoszą 3 lata od chwili popełnienia czynu, z wydłużeniem o dalsze 2 lata, gdy w tym okresie wszczęto postępowanie¹⁴. Wobec notariuszy to 3 lata bez dodatkowego okresu przedłużenia¹⁵; o sędziach była mowa poprzednio, przy czym Ministerstwo Sprawiedliwości skierowało na drogę procesu legislacyjnego projekt wydłużenia tych okresów do 5 lat względnie 8 lat, o ile w podstawowym pięcioletnim okresie wszczęto postępowanie¹⁶.

Nie uległ zmianie katalog kar dyscyplinarnych, poczynając od upomnienia, a kończąc na wydaleniu ze służby prokuratorskiej. Zmieniły się jednak nieco dalsze konsekwencje wymierzenia tych kar. Przypomnieć trzeba, że

¹⁴ Por. art. 88 ustawy z dnia 26 maja 1982 r. – Prawo o adwokaturze (tekst jedn. Dz. U. z 2015 r., poz. 615 ze zm.) i art. 70 ustawy z dnia 6 lipca 1982 r. o radcach prawnych (tekst jedn. Dz. U. z 2016 r., poz. 233).

¹⁵ Por. art. 52 § 1 ustawy z dnia 14 lutego 1991 r. – Prawo o notariacie (tekst jedn. Dz. U. z 2014 r. poz. 164 ze zm.).

¹⁶ Por. M. Kryszkiewicz, Będzie więcej czasu na dyscyplinarne ukaranie sędziego, *Dziennik Gazeta Prawna* nr 81 (4228) z dnia 27 kwietnia 2016 r.; znamienne jest, że w uzasadnieniu projektu z dnia 31 marca 2016 r., znajdującego się na stronach internetowych Rządowego Centrum Legislacji, wskazano jako cel nowelizacji usunięcie możliwości zakończenia postępowań bez wymierzenia kary dyscyplinarnej przed upływem okresu przedawnienia, a więc usunięcie rozwiązania wprowadzonego właśnie do Prawa o prokuraturze.

według art. 67 ust. 2 ustawy o prokuraturze wymierzenie kary nagany, usunięcia z zajmowanej funkcji lub przeniesienia na inne miejsce służbowe pociągało za sobą pozbawienie możliwości awansowania przez okres trzech lat oraz niemożność udziału w tym okresie w kolegium prokuratury okręgowej, w kolegium prokuratury apelacyjnej i w zgromadzeniu prokuratorów, w Krajowej Radzie Prokuratury i w sądzie dyscyplinarnym. Skutków takich nie powodowało zatem wymierzenie kary upomnienia. Obecnie już wymierzenie takiej kary pociągać ma pozbawienie możliwości awansowania na wyższe stanowisko prokuratorskie przez okres 3 lat, wymierzenie kary usunięcia z zajmowanej funkcji skutkować ma pozbawieniem możliwości odzyskania w tym okresie funkcji, zaś wymierzenie kar nagany, pozbawienia funkcji lub przeniesienia na inne miejsce służbowe powoduje pozbawienie możliwości awansowania na wyższe stanowisko prokuratorskie przez okres 5 lat oraz niemożność udziału w tym okresie w zgromadzeniu prokuratorów, kolegium prokuratury i w sądzie dyscyplinarnym. Zwraca uwagę pominięcie niemożności udziału w Krajowej Radzie Prokuratorów przy Prokuratorze Generalnym. Dodany został także przepis (art. 142 § 3), iż wymierzenie kary wydalenia ze służby pociąga za sobą utratę możliwości ponownego powołania ukaranego do pełnienia urzędu na stanowisku prokuratorskim przez okres 10 lat. Inną istotną modyfikacją jest możliwość równoczesnego wymierzenia dwóch kar – orzekając karę przeniesienia na inne miejsce służbowe sąd dyscyplinarny może jednocześnie wymierzyć karę usunięcia z zajmowanej funkcji. Osobny przepis (art. 142 § 5) umożliwia natomiast odstąpienie od wymierzenia kary w przypadku przewinienia dyscyplinarnego mniejszej wagi. Zwiększa to niewątpliwie zakres orzekania sądu dyscyplinarnego.

Istotną i postulowaną w przeszłości zmianą jest dodanie regulacji umożliwiającej wymierzenie kary łącznej „w razie jednoczesnego ukarania za kilka przewinień dyscyplinarnych”. To ostatnie określenie wydaje się być w najwyższym stopniu nieprecyzyjne – w języku polskim zaimek „kilka” oznacza bowiem w sposób przybliżony liczbę większą niż 2 i mniejszą niż 10. Względny celowościowy przemawiają za przyjęciem możliwości wymierzania łącznej kary dyscyplinarnej – podobnie jak w prawie karnym – w razie ukarania za dwa lub więcej przewinień dyscyplinarnych. Takie rozumienie treści art. 170 § 1 P. o p. nakazują zresztą zasady orzekania kary łącznej, szczegółowo określone w art. 170 § 2 P. o p. Dopuszczają one bowiem możliwość orzeczenia kary łącznej nagany w razie ukarania karą upomnienia i nagany, a więc przy dwóch przewinieniach dyscyplinarnych. W kolejnej jednostce redakcyjnej (art. 170 § 3) przewidziano także możliwość wydania orzeczenia łącznego na wzór wyroku łącznego, w razie popełnienia dwu lub więcej przewinień dyscyplinarnych, zanim zapadło pierwsze, chociażby nieprawomocne, orzeczenie co do któregośkolwiek z nich. Takie orzeczenie łączne może być jednak wydane wyłącznie na wniosek ukaranego. Oceniając pozy-

tywnie ten zakres zmian można tylko wyrazić wątpliwość, czemu art. 170 został umieszczony niemal na końcu rozdziału, a nie bezpośrednio po przepisach dotyczących rodzajów kar dyscyplinarnych, gdzie powinno być jego miejsce.

Kolejną istotną i zasługującą na aprobatę zmianą jest wyraźne odesłanie do odpowiedniego stosowania do postępowania dyscyplinarnego w sprawach nieuregulowanych w ustawie nie tylko – jak dotąd – przepisów Kodeksu postępowania karnego, lecz także części ogólnej przepisów Kodeksu karnego. Zbędne było przy tym dodanie w treści art. 171 pkt 1 P. o p. zdania „z uwzględnieniem odrębności wynikających z charakteru postępowania dyscyplinarnego”, bowiem na tym właśnie polega istota „odpowiedniego stosowania” przepisów innej ustawy¹⁷.

Podkreślić w tym miejscu należy, że konsekwencją tej zmiany musi być także odpowiednie zastosowanie przepisu art. 4 § 1 k.k. przy orzekaniu w sprawach o przewinienia dyscyplinarne popełnione przed dniem wejścia w życie Prawa o prokuraturze. Dotyczy to również wydłużenia terminów przedawnienia, skoro w przepisach wprowadzających Prawo o prokuraturze nie zamieszczono regulacji analogicznej do art. 15 P. w. k. k. i innych podobnych ustaw karnych wydłużających okresy przedawnienia.

Odpowiedzialność służbowa

Pojęcie odpowiedzialności służbowej, jak już wskazywano, nie było dotychczas używane w przepisach dotyczących praw i obowiązków prokuratorów, aczkolwiek używano go potocznie¹⁸. Obecnie ustawodawca wprowadzając je w tytule rozdziału nie zdecydował się na jego zdefiniowanie. Można jedynie sądzić, że istota owej „odpowiedzialności służbowej” zasadza się w przepisach art. 139 i 140 P. o p. Pierwszy z nich wprowadza nieznaną dotychczas instytucję zwrócenia przez prokuratora przełożonego prokuratorowi uwagi na piśmie w razie stwierdzenia istotnego uchybienia w zakresie sprawności postępowania przygotowawczego. Uwaga może zawierać żądanie usunięcia skutków tego uchybienia. Warto zauważyć, że pojęcie uchybienia w zakresie sprawności postępowania ma w znacznym stopniu charakter ocenny – zwłaszcza co do tego, czy uchybienie jest już „istotne”. Ocenie podlegać może bowiem tak terminowość dokonywania czynności, jak i ich zasadność merytoryczna, bo wszystko to składa się na pojęcie „sprawności postępowania”. Prokurator, któremu zwrócono uwagę, dysponuje prawem

¹⁷ Por. m.in. J. Nowacki, „Odpowiednie” stosowanie przepisów prawa, Państwo i Prawo 1964, nr 3, s. 367 i n.

¹⁸ Na przykład w sprawozdaniach Rzecznika Dyscyplinarnego Prokuratora Generalnego składanych Krajowej Radzie Prokuratury.

do wniesienia środka odwoławczego w postaci „pisemnego zastrzeżenia”, składanego do owego prokuratora przełożonego. Nie zwalnia go to jednak od bezzwłocznego usunięcia skutków uchybienia, a więc musi zastosować się do wskazanych w owej uwadze zaleceń przełożonego; co więcej, ma obowiązek poinformowania przełożonego o podjętych w tym celu działaniach – nawet, jeśli się z tymi poleceniami nie zgadza. Prokurator przełożony, który zwrócił uwagę, może zastrzeżenie podwładnego uwzględnić i uwagę uchylić. W przeciwnym razie przekazuje sprawę do rozpoznania sądowi dyscyplinarnemu. Ten zaś wydaje postanowienie utrzymujące uwagę w mocy albo uchylające uwagę i umarzające postępowanie. Następuje to po wysłuchaniu rzecznika dyscyplinarnego oraz prokuratora, któremu zwrócono uwagę, chyba że wysłuchanie takie nie jest możliwe. Następuje to zatem na posiedzeniu (które co do zasady nie jest dostępne dla publiczności), a istotną wadą omawianej instytucji jest brak możliwości wysłuchania przez sąd dyscyplinarny również prokuratora przełożonego. Na postanowienie sądu dyscyplinarnego nie przysługuje zażalenie. Konsekwencją zwrócenia uwagi, której nie uchylono, jest dołączenie odpisu pisma z uwagą do akt osobowych prokuratora. Pismo takie usuwane jest z urzędu po 2 latach od uprawomocnienia się uwagi (o ile nie udzielono w tym okresie ponownej uwagi, nie wytknięto uchybienia w trybie art. 140 § 1 P. o p., nie udzielono kary porządkowej lub nie stwierdzono popełnienia przewinienia dyscyplinarnego). Na wniosek prokuratora można usunąć pismo już po roku. Szersze uprawnienia w zakresie zwracania uwagi ma Prokurator Generalny, który może zwrócić na piśmie uwagę każdemu prokuratorowi regionalnemu, okręgowemu lub rejonowemu w razie stwierdzenia „istotnych uchybień w zakresie kierowania prokuraturą albo sprawowania nadzoru”. Taki funkcyjny prokurator może skorzystać z omówionej wcześniej drogi złożenia zastrzeżenia, licząc na rozstrzygnięcie sprawy przez sąd dyscyplinarny, ale mając na uwadze pełną swobodę Prokuratora Generalnego w prowadzeniu polityki kadrowej (w tym odwoływania z funkcji) powinien skalkulować związane z tym ryzyko. Omówione uprawnienie posiada także Prokurator Generalny wobec Prokuratora Krajowego i pozostałych zastępców Prokuratora Generalnego, prokurator regionalny – wobec prokuratora okręgowego i rejonowego, działających w obszarze regionu, a prokurator okręgowy – wobec podległego prokuratora rejonowego.

Drugą instytucją odpowiedzialności służbowej, określoną w art. 140 P. o p., jest wytknięcie uchybienia, w znacznym stopniu odpowiadające dotychczasowemu „wytykowi” z art. 8 ust 7–8 ustawy o prokuraturze. Podstawą takiego wytknięcia jest także stwierdzenie oczywistej obrazy prawa przy prowadzeniu sprawy, przy czym warunkiem dokonania wytknięcia jest uprzednie zażądanie wyjaśnień od prokuratora, który się dopuścił uchybienia. Poprzednio żądanie złożenia takich wyjaśnień mogło nastąpić tylko

„w razie potrzeby”. Pojęcie „oczywistej obrazy prawa” interpretowane jest w orzecznictwie i piśmiennictwie¹⁹ jako sytuacja, gdy popełniony błąd jest łatwy do stwierdzenia i bez głębszej analizy można zastosować właściwy przepis, a samo rozumienie przepisu prawa nie powinno budzić wątpliwości u osoby o kwalifikacjach prawnych. Prokuratorowi ukaranemu wytknięciem przysługuje prawo złożenia w terminie 7 dni pisemnego zastrzeżenia. Tryb rozpoznawania owego zastrzeżenia jest analogiczny do zastrzeżenia od uwagi, łącznie z uczestnictwem w posiedzeniu jedynie rzecznika dyscyplinarnego i prokuratora, któremu wytknięto uchybienie. Istotną różnicą w stosunku do uwagi jest to, że na postanowienie sądu dyscyplinarnego odmawiające uwzględnienia zastrzeżenia prokuratorowi, któremu wytknięto uchybienie, przysługuje zażalenie. Rozpoznaje je ten sam sąd dyscyplinarny w innym równorzędnym składzie. Podobne do pisemnej uwagi są też konsekwencje wytknięcia w postaci dołączenia go do akt osobowych prokuratora.

Zarówno zwrócenie uwagi, jak i wytknięcie uchybienia może nastąpić w terminie wynikającym z odpowiedniego stosowania art. 141 § 1 P. o p., a więc nie później niż 5 lat od chwili zdarzenia skutkującego takim postępowaniem.

Zezwolenie na pociągnięcie prokuratora do odpowiedzialności karnej lub tymczasowe aresztowanie

Jakkolwiek w tytule rozdziału Prawa o prokuraturze użyto pojęcia „odpowiedzialność karna”, to jednak w istocie zawarta w art. 135 regulacja dotyczy postępowania w przypadkach wniosków o uchylenie immunitetu prokuratorzkiego. Utrzymana została zasada, że prokurator nie może być pociągnięty do odpowiedzialności karnej ani tymczasowo aresztowany bez zezwolenia sądu dyscyplinarnego, a zatrzymany – bez zgody przełożonego dyscyplinarnego. To ostatnie nie dotyczy zatrzymania na gorącym uczynku popełnienia przestępstwa. Do czasu wydania zezwolenia wolno przedsięwziąć tylko czynności niecierpiące zwłoki, zawiadamiając o tym jednocześnie prokuratora przełożonego. Prawo o prokuraturze rozciągnęło zakres immunitetu karnego przysługującego prokuratorowi także na Prokuratora Generalnego, przy czym w jego przypadku o podjęciu czynności niecierpiących zwłoki zawiadamiać się ma Prezesa Rady Ministrów. Do Prokuratora Generalnego stosuje się także odpowiednio pozostałe przepisy regulujące postępowanie w przedmiocie wyrażenia zezwolenia na pociągnięcie do odpowiedzialności

¹⁹ Por. m.in. wyrok SN z dnia 25 lipca 2013 r., sygn. SDI 19/13 (LEX nr 1363208); także J. Sawiński, (w:) A. Górski (red.), *Prawo o ustroju sądów powszechnych. Komentarz*, Warszawa 2013, s. 555.

karnej oraz o zastosowanie tymczasowego aresztowania wobec prokuratora (art. 135 § 15 P. o p.).

Trzeba wyrazić wątpliwości, czy konstrukcja ta, w której postępowanie immunitetowe dotyczące Prokuratora Generalnego zostało poddane tym samym zasadom, co każdego innego prokuratora, jest prawidłowa. Dotychczas kwestie te uregulowane były odrębnie (por. art. 10c ustawy o prokuraturze). Następstwem obecnych przepisów jest to, iż z wnioskiem o pociągnięcie Prokuratora Generalnego do odpowiedzialności karnej może wystąpić również (z zachowaniem wymogów formalnych wskazanych w art. 135 § 3 P. o p.) także pokrzywdzony przestępstwem ściganym z oskarżenia prywatnego bądź oskarżyciel subsydiarny. W poprzednim stanie prawnym było to niemożliwe, gdyż o uchylenie immunitetu Prokuratorowi Generalnemu mogły wystąpić tylko podmioty kwalifikowane, wskazane w art. 10c ust. 3 ustawy o prokuraturze. Nietrudno też wyobrazić sobie inne problemy związane z hipotetycznym wnioskiem o pociągnięcie Prokuratora Generalnego do odpowiedzialności karnej, w przypadku, gdy miałby to czynić prokurator będący jego podwładnym. Dodać wreszcie trzeba, że połączenie sprawowania funkcji Ministra Sprawiedliwości i Prokuratora Generalnego przez tę samą osobę z reguły będzie powodować (jak to ma miejsce w obecnej chwili), iż Prokurator Generalny chroniony będzie również innym immunitetem karnym. W szczególności dotyczy to immunitetu poselskiego; rozważenie implikacji zachodzących między tymi ochronami, między innymi wynikających z treści art. 7b ust. 1²⁰ i art. 10 ust. 1²¹ ustawy z dnia 9 maja 1996 r. o wykonywaniu mandatu posła i senatora²², wykracza poza ramy niniejszego opracowania.

Przy okazji należy wskazać, że Prawo o prokuraturze całkowicie milczy w kwestii możliwości pociągnięcia Prokuratora Generalnego do odpowiedzialności dyscyplinarnej, co było także odrębnie uregulowane w art. 10c ustawy o prokuraturze. Wniosek, że wobec zrównania pozycji procesowej Prokuratora Generalnego z pozycją prokuratora w zakresie postępowania immunitetowego również w postępowaniu dyscyplinarnym sytuacja taka ma miejsce, wydaje się jednak zbyt daleko idący i prowadzący do sytuacji absurdalnych. Uznać więc trzeba, że Prokurator Generalny odpowiedzialności takiej na gruncie aktualnych przepisów nie podlega.

Większość przepisów art. 135 § 1–14 P. o p., regulujących zasady i przebieg postępowania w przedmiocie wyrażenia zezwolenia na pociągnięcie

²⁰ „Art. 7b. 1. Wniosek o wyrażenie zgody na pociągnięcie posła lub senatora do odpowiedzialności karnej w sprawie o przestępstwo ścigane z oskarżenia publicznego składa się za pośrednictwem Prokuratora Generalnego”.

²¹ „Art. 10.1. Wniosek o wyrażenie zgody na zatrzymanie posła lub senatora składa się za pośrednictwem Prokuratora Generalnego”.

²² Dz. U. z 2015 r., poz. 1605 ze zm.

prokuratora do odpowiedzialności karnej lub zastosowanie wobec niego tymczasowego aresztowania nie odbiega od dotychczas zawartych w art. 54 ustawy o prokuraturze. Nie ma więc potrzeby ich przypominać, odsyłając w tym miejscu do wcześniejszych opracowań²³. Trzeba jedynie zaznaczyć zachodzące między nimi różnice.

Rozszerzeniu uległ zakres postępowania dowodowego, prowadzonego przez sąd dyscyplinarny rozpoznający wniosek o uchylenie immunitetu. Dotychczas sąd dyscyplinarny ograniczony był w tym przedmiocie, mogąc orzekać jedynie „na podstawie treści wniosku i dowodów przedstawionych przez wnioskodawcę”. Było to krytykowane, a w praktyce zdarzały się przypadki wyraźnej konieczności wyjścia poza tak zakreślone granice. Zapewne dlatego ustawodawca zdecydował się na wskazanie, że prócz wniosku i dowodów załączonych przez wnioskodawcę, sąd dyscyplinarny może także „w szczególnie uzasadnionych przypadkach przeprowadzić inne dowody”. Nie określono przy tym, jakiego rodzaju mają to być dowody, słusznie pozostawiając to do uznania sądu. Należy w tym miejscu jedynie podkreślić, że sąd dyscyplinarny nie powinien prowadzić drobiazgowo postępowania mającego zastąpić postępowanie karne i dostarczyć dowodów jednoznacznie potwierdzających lub zaprzeczających popełnieniu przestępstwa. Zakres postępowania immunitetowego jest bowiem ograniczony koniecznością wykazania „dostatecznie uzasadnionego podejrzenia popełnienia przestępstwa”, a więc stanu dowodów uzasadniającego wydanie postanowienia o przedstawieniu zarzutów.

Jak poprzednio, stronami postępowania są prokurator, którego wniosek dotyczy, wnioskodawca oraz rzecznik dyscyplinarny. Wniosek rozpoznawany jest na posiedzeniu w terminie 14 dni od dnia jego otrzymania, który to termin uznać należy za instrukcyjny. Pewną komplikację co do dotrzymania tego terminu może stanowić dodanie w art. 135 § 6 P. o p. zdania „Stawienie stron nie jest obowiązkowe”, co wskazywałoby na konieczność każdorazowego zawiadomienia stron o terminie posiedzenia. Praktyka wskazuje zaś, iż w takim wypadku oczekiwanie na zwrotne poświadczenie odbioru zawiadomienia może uniemożliwiać dotrzymanie czternastodniowego terminu.

Kolejną zmianą jest zmiana formy rozstrzygnięcia sądu dyscyplinarnego co do zastrzeżenia złożonego przez prokuratora kierującego wnioskem do sądu, iż dokumenty załączone do wniosku (lub ich część) nie mogą być ze względu na dobro postępowania karnego udostępnione prokuratorowi, którego wniosek dotyczy. O ile w poprzednim stanie prawnym sąd dyscyplinarny rozstrzygał w tym przedmiocie w formie niezaskarżalnego „orzeczenia”, to obecnie wydaje w tym przedmiocie również niezaskarżalną „uchwałę”. Ta

²³ Por. zwłaszcza A. Herzog, Postępowania w sprawach o uchylenie immunitetu prokurator-skiego – stan prawny i praktyka (część I), Prok. i Pr. 2008, nr 4, s. 5 i n.; (część II), Prok. i Pr. 2008, nr 6, s. 5 i n.

terminologiczna zmiana wydaje się mieć charakter porządkujący (forma „orzeczenia” zastrzeżona jest do rozstrzygnięcia merytorycznego w postępowaniu dyscyplinarnym) i zasługuje na aprobatę. Utrzymano zasadę o orzekaniu w przedmiocie wniosku o uchylenie immunitetu w formie uchwały (zawsze zawierającej uzasadnienie), przy czym wydaje się zbędne powtarzanie w ślad za dotychczasowym unormowaniem, że zapada ona „większością głosów”. Żaden przepis w postępowaniu dyscyplinarnym ani też w postępowaniu karnym nie nakazuje bowiem orzekania jednogłosnego.

Istotnym *novum* jest natomiast art. 135 § 10 P. o p. Umożliwia on szczególny tryb postępowania wobec prokuratora zatrzymanego na gorącym uczynku popełnienia przestępstwa. Jeżeli prokurator ten pozostaje nadal zatrzymany, wolno złożyć wniosek o zezwolenie na pociągnięcie go do odpowiedzialności karnej, a także wniosek o zezwolenie na tymczasowe aresztowanie, poza godzinami urzędowania sądu dyscyplinarnego, zarządzając jednocześnie doprowadzenie prokuratora na posiedzenie. Sąd dyscyplinarny zbiera się wówczas niezwłocznie, w tym samym dniu (co należy rozumieć także z uwzględnieniem wykładni funkcjonalnej – uwzględniając sytuację, gdy wniosek zostanie złożony w późnych godzinach wieczornych, a nie będzie możliwe rozpoczęcie posiedzenia sądu przed północą danego dnia). Przewodniczący sądu dyscyplinarnego może – i z reguły w takich wypadkach będzie zmuszony – odstąpić od zasad wyznaczania składu sądu określonych w art. 147 § 1 P. o p., a więc według listy w kolejności wpływu. Realia wymuszają będą bowiem ograniczenie wyznaczanych członków składu orzekającego do takich, którzy z uwagi na miejsce zamieszkania czy miejsce wykonywania służby będą w stanie dotrzeć w krótkim czasie do siedziby sądu dyscyplinarnego. Podjęta przez sąd pierwszej instancji uchwała staje się natychmiast wykonalna (z chwilą ogłoszenia), co może wzbudzić istotne wątpliwości odnośnie do zgodności tego unormowania z konstytucyjną zasadą domniemania niewinności.

Omawiana regulacja w dużym stopniu przypomina wprowadzoną ustawą z dnia 29 czerwca 2007 r. o zmianie ustawy – Prawo o ustroju sądów powszechnych oraz niektórych innych ustaw²⁴ w uchylonym następnie art. 54b ustawy o prokuraturze, a także w art. 80a u.s.p., uznanym przez Trybunał Konstytucyjny za niezgodny z Konstytucją RP²⁵. Istotną różnicą jest to, że o ile wówczas dotyczyło to wniosków o zezwolenie na ściganie i równoczesne tymczasowe aresztowanie zatrzymanego prokuratora lub sędziego w sprawach o zbrodnie lub występki umyślne, zagrożone karą pozbawienia wolności, której górna granica wynosiła co najmniej 8 lat – to obecnie takiego wymogu przedmiotowego nie ma. Jedyną przesłanką umożliwiającą za-

²⁴ Dz. U. z 2007 r., Nr 136, poz. 959.

²⁵ Por. wyrok TK z dnia 28 listopada 2007 r., sygn. K 39/07, OTK-A 2007, nr 10, poz. 129.

stosowanie tego „przyspieszonego” trybu jest zatrzymanie prokuratora na gorącym uczynku popełnienia jakiegokolwiek przestępstwa. Praktyka wskazuje zaś, że do takiego zatrzymania w stosunku do prokuratorów może nastąpić najczęściej w przypadkach przestępstw przeciwko bezpieczeństwu w komunikacji, w szczególności zaś z art. 178a § 1 k.k. Należy także zwrócić uwagę, że ten szczególny tryb może być stosowany zarówno do wniosków o zezwolenie na pociągnięcie prokuratora do odpowiedzialności karnej, jak i zastosowanie wobec niego tymczasowego aresztowania, nie tylko zaś wobec tych dwóch wniosków łącznie.

Zasadniczą zmianą w zakresie postępowania odwoławczego od uchwał w przedmiocie zezwolenia na pociągnięcie prokuratora do odpowiedzialności karnej jest zastąpienie dotychczasowej rozprawy odwoławczej posiedzeniem Odwoławczego Sądu Dyscyplinarnego. Orzeka on z udziałem wnioskodawcy, prokuratora, którego wniosek dotyczy oraz rzecznika dyscyplinarnego. Osoby te należy zatem zawiadomić o terminie posiedzenia. Ich niestawiennictwo nie tamuje rozpoznania sprawy, z tym jednak zastrzeżeniem (wynikającym z przepisów Kodeksu postępowania karnego), iż zostały należycie zawiadomione i nie usprawiedliwiły należycie swego niestawiennictwa.

Osobnym problemem wymagającym omówienia jest sprawa jawności postępowania w przedmiocie uchylenia immunitetu prokuratorskiego. Dotychczas nie było wątpliwości, że takie postępowanie toczy się z wyłączeniem jawności. Obecnie, wobec zasady odpowiedniego stosowania w tym postępowaniu przepisów o postępowaniu dyscyplinarnym (art. 135 § 14 P. o p.), wydaje się, że zasadą powinno być prowadzenie postępowania przed sądem dyscyplinarnym w sposób jawny. Pewną wątpliwość może powodować to, że dotychczasowy tryb rozpoznania środków odwoławczych na rozprawie zmieniono na posiedzenie. Posiedzenia zaś – według art. 95a k.p.k. – co do zasady odbywają się z wyłączeniem jawności, pomijając posiedzenia wskazane w tym przepisie, do których omawiane posiedzenie z pewnością nie należy. Wydaje się jednak, że zasada odpowiedniego stosowania do spraw immunitetowych przepisów o postępowaniu dyscyplinarnym ma pierwszeństwo przed stosowaniem w tym zakresie przepisów Kodeksu postępowania karnego. Jeśli tak, to postępowanie w sprawach wydania zezwolenia na pociągnięcie prokuratora do odpowiedzialności karnej lub (oraz) zastosowanie tymczasowego aresztowania powinno być co do zasady prowadzone jawnie, o ile nie zachodzą przeszkody określone w art. 148 § 2 P. o p. Byłoby jednak wskazane wyraźne uregulowanie tej kwestii w ustawie.

W przypadku wydania prawomocnego zezwolenia na uchylenie immunitetu prokuratorskiego (a także gdy został złożony do sądu wniosek o ubezwłasnowolnienie) możliwe jest obecnie zawieszenie prokuratora w czynnościach do czasu zakończenia tego postępowania. Uprawniony jest do tego przełożony dyscyplinarny prokurator (art. 151 § 1 P. o p.). Przepisu takiego

brak było w poprzednio obowiązującej ustawie o prokuraturze. Zawieszenie jest obligatoryjne w przypadku zezwolenia na pociągnięcie prokuratora do odpowiedzialności karnej, dotyczącego przestępstwa umyślnego ściganego z oskarżenia publicznego, zagrożonego karą co najmniej 5 lat pozbawienia wolności. Wówczas zawieszenie nie może być uchylone do czasu prawomocnego zakończenia postępowania.

Warto też zauważyć, że decyzja o zezwoleniu na pociągnięcie prokuratora do odpowiedzialności karnej może mieć brzemienne skutki dla jego statusu zawodowego. Stosownie bowiem do art. 93 § 4 P. o p., prawomocne orzeczenie sądu skazujące prokuratora za umyślne przestępstwo ścigane z oskarżenia publicznego powoduje z mocy prawa utratę stanowiska prokuratora. Wygaśnięcie stosunku służbowego następuje z chwilą uprawomocnienia się orzeczenia. Jest co do skutków zrównane z prawomocnym orzeczeniem sądu dyscyplinarnego o wydaleniu ze służby prokuratorskiej. Trzeba zwrócić uwagę, że mowa o każdym orzeczeniu skazującym (a więc także przy odstąpieniu od wymierzenia kary). Podobny skutek wywołuje orzeczenie wobec prokuratora środka karnego pozbawienia praw publicznych, zakazu zajmowania stanowiska prokuratora, degradacji lub wydalenia z zawodowej służby wojskowej. Wydaje się, że te ostatnie postanowienia są zbędne, skoro taki sam skutek wywołuje już każde orzeczenie sądu skazujące za przestępstwo umyślne. Na tym tle rodzi się wątpliwość co do równoległego funkcjonowania odpowiedzialności dyscyplinarnej. Popelnione przez prokuratora przestępstwo umyślne ścigane z oskarżenia publicznego z reguły stanowi bowiem równocześnie delikt dyscyplinarny; skazanie za taki czyn automatycznie powoduje utratę stanowiska prokuratora, a więc skutek równy najsurowszej karze dyscyplinarnej. Zarazem w przypadku wygaśnięcia stosunku służbowego w toku postępowania dyscyplinarnego postępowanie to toczy się nadal. Rozważenie wynikających stąd konsekwencji wymagałoby szerszej analizy i wykracza poza ramy niniejszego opracowania.

Jak już wcześniej wspomniano, utrzymany został przysługujący prokuratorowi immunitet materialny co do wykroczeń, za które może ponieść tylko odpowiedzialność dyscyplinarną (art. 138 § 1 P. o p.). Wyjątkiem jest możliwość wyrażenia zgody przez prokuratora na pociągnięcie do odpowiedzialności karnej za wykroczenia przeciwko bezpieczeństwu i porządkowi w komunikacji z rozdziału XI k.w. Dotyczy to jednak tylko ukarania w trybie postępowania mandatowego. Przy tej okazji rozciągnięto ochronę przysługującą dotychczas prokuratorowi biorącemu udział w sprawie przed sądem (por. art. 51 § 1 u.s.p.) także na prokuratora będącego uczestnikiem lub świadkiem w postępowaniu sądowym. Nie będzie więc on mógł zostać ukarany karą porządkową; trudno znaleźć uzasadnienie dla takiego rozszerzenia immunitetu prokuratorskiego.

Wnioski końcowe

Zmiany w postępowaniu dyscyplinarnym, służbowym i karnym wobec prokuratorów mają złożony charakter. Wiele z nich zasługuje na akceptację, będąc uwzględnieniem postulatów zgłaszanych powszechnie w piśmiennictwie prawniczym (jak na przykład co do jawności postępowań dyscyplinarnych). Są jednak niestety także i takie, które muszą budzić zastrzeżenia, a nawet zdecydowany sprzeciw. Wyeliminowania wymagają też ewidentne błędy legislacyjne, czego przykładem jest art. 160 § 1 zdanie pierwsze P. o p. Należy wyrazić nadzieję, że nastąpi to w niedalekiej przyszłości; do tego czasu usunięcie licznych wątpliwości (z których wiele zapewne wyłoni się dopiero w praktyce) może nastąpić na drodze orzecznictwa sądów dyscyplinarnych i Sądu Najwyższego. Uwagi powyższe mają więc z konieczności charakter wstępny, jakkolwiek przedstawiają doświadczenia autora wynikające z wieloletniego uczestnictwa w sądownictwie dyscyplinarnym prokuratorów.

Changes in disciplinary proceedings against prosecutors under the Prosecution Service Act

Abstract

This study presents changes in disciplinary proceedings against prosecutors, including both the procedure and substantive provisions, introduced by the Prosecution Service Act. Discussed are also regulations governing professional and criminal liability that are integral to disciplinary proceedings. In particular, differences between the new legal regime and the existing legal regime are indicated; furthermore, provisions that raise doubts when it comes to their practical application are analysed. The changes are either evaluated favourably or criticized. The need is also suggested for future amendments to the Act.

MATERIAŁY SZKOLENIOWE

Piotr Żak

Nielegalna działalność bankowa – wybrane problemy praktyczne i interpretacyjne

Streszczenie

W niniejszym artykule poruszono kilka problemów, które wydają się mieć istotne znaczenie w praktyce stosowania art. 171 ust. 1 i 3 Prawa bankowego. Kwestie te dotyczą odpowiednio kręgu podmiotów pokrzywdzonych przestępstwami, czasu ich popełnienia, statusu prawnego gromadzonych środków oraz „innych sposobów” obciążania ich ryzykiem. Autor dowodzi, że przymiot pokrzywdzonych opisanymi czynami uzyskują deponenci środków pieniężnych. Przy ustaleniu momentu przestępczego działania proponuje wykorzystać dorobek doktryny i orzecznictwa dotyczący czasu prowadzenia działalności gospodarczej. Stwierdza, że przeniesienie własności środków pieniężnych na prowadzącego nielegalną działalność nie dekomponuje znamion przestępstwa, a jest warunkiem koniecznym, dla udzielania kredytów i pożyczek. Wskazuje ponadto, że odwołanie do „innych sposobów obciążania ryzykiem” jest rozwiązaniem optymalnym z punktu widzenia skutecznej ochrony dóbr prawnych zagrożonych przez prowadzenie nielegalnej działalności bankowej.

W konkursie organizowanym przez Instytut Języka Polskiego Uniwersytetu Warszawskiego i Fundację Języka Polskiego słowo „parabank” zostało wybrane słowem roku 2012¹. Sukces ten związany był z wybuchem w sierp-

¹ Uczestnicy plebiscytu swoje propozycje zgłaszali na stronie internetowej „Słowa na czasie” – www.slowanaczasie.uw.edu.pl/. Ostateczną decyzję spośród nadesłanych propozycji podjęli

niu 2012 r. tzw. afery „Amber Gold”, która już do końca roku dominowała w medialnych doniesieniach. Określenie sprawy pochodzi od nazwy gdańskiego przedsiębiorstwa, które oferowało „inwestycje alternatywne” – przechowywanie i obrót metalami szlachetnymi: srebrem, złotem i platyną².

W wyrazach złożonych przedrostek *par(a)* – (gr. *pará* poza (czym); (tuż) obok; mimo) to tyle co: przy; obok; poza (czym); równoległy; dodatkowy, podrzędny; pasożytniczy; niedorozwinięty; wadliwy; nienormalny; prawie, niemal; bardzo przypominający³. Jak wskazywali członkowie Kapituły wybierającej słowo roku, połączenie cząstki *para* – ze słowem *bank*, kojarzącym się z pewnością i bezpieczeństwem, jest wyrazem współczesnego kryzysu zaufania społecznego. Przedrostek *par(a)* – brzmi niepokojąco, sugeruje „nibość”, a więc i nieprawdziwość, oszustwo⁴. W świadomości społecznej pojęcie „parabanku” uzyskało zatem jednoznacznie pejoratywny wydźwięk. Utożsamiane jest z działalnością nielegalną, czy wręcz przestępczą.

Odmienne sytuacja przedstawia się w literaturze prawniczej. Przepisy aktów prawnych nie posługują się pojęciem „parabanku” i nie definiują go. Jest to więc wytwór doktryny, w której nie wypracowano jednolitych poglądów odnośnie treści i zakresu tego pojęcia⁵. Najszersza definicja stwierdza, że parabankami są wszelkie instytucje finansowe świadczące usługi podobne do bankowych. Węższa, przedstawia je jako grupę instytucji, które – nie mając prawnego statusu banku – gromadzą depozyty i udzielają kredytów oraz pożyczek⁶. W Polsce do parabanków zwykło zaliczać się podmioty, które mogą wykonywać niektóre czynności *stricte* bankowe z mocy ustawy – np.: spółdzielcze kasy oszczędnościowo-kredytowe (działające na podstawie ustawy z dnia 5 listopada 2009 r. o spółdzielczych kasach oszczędnościowo-kredytowych, tekst jedn. Dz. U. z 2013 r., poz. 1450) oraz pracownicze kasy zapomogowo-pożyczkowe (działające w oparciu o art. 39 ustawy z dnia 23 maja 1991 r. o związkach zawodowych, tekst jedn. Dz. U. z 2015 r., poz. 1881) oraz rozporządzenia Rady Ministrów z dnia 19 grudnia 1992 r.

prof. Jerzy Bralczyk, prof. Andrzej Markowski i prof. Walery Pisarek, zob.: Dziennik Gazeta Prawna z dnia 19 stycznia 2013 r.

² „Amber Gold to parabank, który miał inwestować w złoto i inne kruszce. Klientów kusił wysokim oprocentowaniem inwestycji – przekraczającym nawet 10 proc. w skali roku, które znacznie przewyższało oprocentowanie lokat bankowych”, zob.: Podsumowanie afery Amber Gold. Ponad 10 tys. osób czeka na pieniądze. Straty pokrzywdzonych – 500 mln zł, Gazeta Wyborcza – internetowe wydanie – Wyborcza.pl, z dnia 30 grudnia 2012 r.

³ Zob.: W. Kopaliński, Słownik wyrazów obcych i zwrotów obcojęzycznych, pierwsze wydanie w Internecie, /www.slownik-online.pl/.

⁴ <http://www.slowanaczasie.uw.edu.pl/?cat=435>.

⁵ W. Srokosz, Instytucje parabankowe w Polsce, Warszawa 2011, s. 76; E. Fojcik-Mastalska, (w:) Prawo bankowe. Komentarz, M. Bączyk, E. Fojcik-Mastalska, L. Góral, J. Pisuliński, W. Pyziół, wyd. V, Warszawa 2007, s. 49 i powołana tam literatura.

⁶ W. Srokosz, Instytucje parabankowe..., *op. cit.*, s. 77–78 i powołana tam literatura.

w sprawie pracowniczych kas zapomogowo-pożyczkowych oraz spółdzielczych kas oszczędnościowo-kredytowych w zakładach pracy, Dz. U. z 1992 r., Nr 100, poz. 502 ze zm.)⁷.

Dla odróżnienia zatem zachowań legalnych, od niezgodnego z prawem prowadzenia działalności zastrzeżonej do wyłącznej właściwości banków, najtrafniej posługiwać się sformułowaniem nielegalna działalność parabankowa lub po prostu nielegalna działalność bankowa. Jest ona penalizowana przez art. 171 ust. 1 i 3 ustawy z dnia 29 sierpnia 1997 r. – Prawo bankowe (dalej pr. bank.).

Art. 171 ust. 1 pr. bank. przewiduje sankcję karną – grzywnę do 10.000.000 złotych i karę pozbawienia wolności do lat 5 – za prowadzenie bez zezwolenia działalności polegającej na gromadzeniu środków pieniężnych innych osób fizycznych, prawnych lub jednostek organizacyjnych niemających osobowości prawnej, w celu udzielania kredytów, pożyczek pieniężnych lub obciążania ryzykiem tych środków w inny sposób⁸. Zgodnie z ustępem 3 powołanego artykułu, tej samej karze podlega także ten, kto dopuszcza się czynu określonego w ust. 1, działając w imieniu lub w interesie osoby prawnej lub jednostki organizacyjnej niemającej osobowości prawnej.

Spośród różnych problemów, które mogą wyłonić się na tle stosowania opisanych przepisów, w niniejszym artykule zostaną omówione cztery, którym moim zdaniem w dostępnych opracowaniach nie poświęcono wystarczającej uwagi. Kwestie te dotyczą w kolejności – kręgu podmiotów pokrzywdzonych wskazanymi przestępstwami, czasu ich popełnienia, sposobów „gromadzenia” środków pieniężnych i ich statusu własnościowego, a także pojęcia ryzyka i „innych sposobów” obciążania ryzykiem.

Dla ustalenia kręgu podmiotów pokrzywdzonych przestępstwem istotne znaczenie ma określenie przedmiotu ochrony danego przepisu. Status pokrzywdzonego uzyskuje bowiem jedynie podmiot, którego dobro prawne zostało bezpośrednio naruszone lub zagrożone przez przestępstwo (art. 49 § 1 k.p.k.). Kryterium bezpośredniości naruszenia lub zagrożenia dobra prawnego danej osoby oznacza, że w relacji między czynem o konkretnych znamionach przestępstwa a naruszeniem lub zagrożeniem dobra tej osoby nie ma ogniw pośrednich, z czego wynika, że do kręgu pokrzywdzonych można zaliczyć tylko ten podmiot, którego dobro prawne zostało działaniem prze-

⁷ Zob.: D. Rogoń, (w:) F. Zołł (red.), *Prawo bankowe. Komentarz*, t. II, Kantor Wydawniczy Zakamycze, Kraków 2005, s. 776–777; W. Srokosz, *Instytucje parabankowe...*, *op. cit.*, s. 80.

⁸ Treść art. 171 ust. 1 pr. bank. została zmieniona przez art. 4 pkt 6 lit. a ustawy z dnia 5 sierpnia 2015 r. o zmianie ustawy o nadzorze nad rynkiem finansowym oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. z 2015 r., poz. 1357), zmieniającej nin. ustawę z dniem 11 października 2015 r. Poprzednio przepis ten przewidywał grzywnę do 5.000.000 złotych i karę pozbawienia wolności do lat 3.

stępnym naruszone wprost, a nie za pośrednictwem godzenia w inne dobro⁹. Dla bytu pokrzywdzenia nie ma znaczenia, czy dane dobro jest głównym czy jedynie ubocznym przedmiotem ochrony w danej normie prawnej, a także to, czy fakt pokrzywdzenia konkretnej osoby został uzewnętrzniony w opisie czynu zarzucanego. Istotne jest natomiast, by pokrzywdzenie mieściło się w znamionach czynu będącego przedmiotem postępowania oraz czynów współukaranych¹⁰. W przypadku gdy przedmiotem ochrony czynu zabronionego jest wyłącznie dobro prawne ogólnej natury, w postępowaniu o taki czyn brak jest pokrzywdzonego¹¹. Dóbr ogólnych, o charakterze społecznym, publicznym, nie można utożsamiać z indywidualnym interesem jakiegokolwiek jednostki (podmiotu), jako składowej części ogółu¹².

Jak wskazuje się w literaturze, dobro prawne chronione przez przepisy art. 171 ust. 1 i 3 pr. bank. ma charakter mieszany („społeczno-indywidualny”). Bezpośrednim przedmiotem ochrony jest prawidłowe funkcjonowanie, stabilność, bezpieczeństwo, przejrzystość, a także zaufanie do systemu bankowego. Dobrami prawnymi chronionymi ubocznie są majątkowe interesy banków i ich klientów, wymagające prowadzenia działalności bankowej przez profesjonalne instytucje zaufania publicznego¹³.

Status pokrzywdzonych przestępstwami stypizowanymi w art. 171 ust. 1 i 3 pr. bank. uzyskają więc klienci „parabanków”, w których dobra (interesy) – chociaż chronione jedynie ubocznie – czyny te godzą bezpośrednio. Chodzić tu będzie jednak tylko o osoby, których pieniądze gromadzone są w określonym celu – a więc deponentów środków. To ich mienie, obciążone ryzykiem przez podmiot działający bez zezwolenia, narażone jest bowiem na niebezpieczeństwo utraty. Faktyczne obciążenie gromadzonych środków określonym ryzykiem nie należy do znamion omawianych przestępstw, stąd podmioty, którym z gromadzonych środków udzielano np. kredytów lub pożyczek pieniężnych, nie mieszczą się w kręgu osób pokrzywdzonych. Przemawia za tym dodatkowo fakt, że wykonywanie działalności kredytowej wyłącznie w oparciu o środki własne nie zostało zabezpieczone sankcją karną¹⁴. Interesy majątkowe takich osób chronione będą natomiast w drodze

⁹ Postanowienie Sądu Najwyższego z dnia 25 marca 2010 r., sygn. IV KK 316/09, Biul. PK 2010, nr 3, poz. 15–16, LEX nr 575281.

¹⁰ Zob. T. Grzegorzczak, Kodeks postępowania karnego wraz z komentarzem do ustawy o świadku koronnym, Kantor Wydawniczy Zakamycze, Kraków 2004, wyd. III, s. 203–204 oraz powołane tam orzecznictwo.

¹¹ Postanowienie Sądu Najwyższego z dnia 24 maja 2011 r., sygn. II KK 13/11, LEX nr 847132.

¹² Por. postanowienie Sądu Najwyższego z dnia 25 marca 2010 r., sygn. IV KK 316/09, Biul. PK 2010, nr 3, poz. 15–16, LEX nr 575281.

¹³ P. Ochman, Ochrona działalności bankowej w prawie karnym gospodarczym, Warszawa 2011, s. 212 i n. oraz powołana tam literatura.

¹⁴ Jak pisze J. Majewski zakres zastosowania art. 171 ust. 1 pr. bank. obejmuje wyłącznie takie przypadki, w których przyjęcie środków pieniężnych następuje pod jakimkolwiek tytu-

sankcji natury cywilnoprawnej. Przewiduje ją art. 170 pr. bank., zgodnie z którym wykonywanie czynności bankowych bez zezwolenia nie stanowi podstawy do pobierania oprocentowania, prowizji, opłat ani innego wynagrodzenia. Kto otrzymał oprocentowanie, prowizję, opłatę lub inne wynagrodzenie za czynności, o których mowa w ust. 1, jest zobowiązany do ich zwrotu (ust. 2). Jak pisze D. Rogoń „Przepis art. 170 pr. bank. stanowi samodzielny i autonomiczny podstawę obowiązku zwrotu wynagrodzenia, a obowiązek ten nie podlega żadnym ograniczeniom, jakie przewidują przepisy Kodeksu cywilnego o bezpodstawnym wzbogaceniu”¹⁵.

Przestępstwa stypizowane w art. 171 ust. 1 i 3 pr. bank. zaliczają się do kategorii przestępstw zbiorowych (wieloczynowych). Istotą tego typu przestępstw jest to, że realizacja znamion tworzących dany typ rozciągnięta jest w czasie. W doktrynie przyjmuje się, że za popełnienie tego rodzaju czynu zabronionego należy przyjmować ostatni moment działania sprawcy realizującego znamiona danego typu czynu zabronionego. Momentu tego nie można jednak utożsamiać z ostatnią akcją pozyskania środków pieniężnych od innego podmiotu, gdyż znamieniem czynności wykonawczej przestępstw określonych w przepisach art. 171 ust. 1 i 3 pr. bank. nie jest „przyjmowanie środków pieniężnych”, ale „prowadzenie działalności” szczególnego rodzaju. W obu przepisach znamię to zachowuje swoje potoczne znaczenie. W mowie potocznej nazwie „działalność” przypisuje się inną treść aniżeli pokrewnym jej nazwom „działanie” lub „czynności”. Ma ona bowiem nie tylko charakter zbiorczy, ale odnosi się do zespołu czynności lub działań połączonych wspólnym celem albo zadaniem. Jej desygnatami nie są poszczególne akty, pojedyncze, niezależne od siebie przejawy aktywności¹⁶. „Prowadzić działalność” to tyle, co «podejmować czynności w jakimś kierunku, celu, zakresie»¹⁷. Jak wskazuje P. Ochman, „o «prowadzeniu działalności» w rozumieniu tego przepisu będzie można mówić, jeżeli działalność taka: 1) przybierze pewien stopień zorganizowania pod względem ekonomicznym; 2) będzie działalnością powtarzalną i nastawioną na określonych odbiorców”¹⁸. Jednorazowe wykonanie czynności polegającej na przyjęciu środków pieniężnych w celu np. udzielenia innej osobie pożyczki, nie skutkuje odpowiedzialnością karną z tego przepisu. Dla odpowiedzialności tej konieczne jest, aby czynność ta została podjęta w ramach określonego zespołu czynności lub działań.

łem zwrotnym, gdyż tylko wówczas możliwe jest naruszenie interesów, które omawiany przepis chroni”, J. Majewski, *Odpowiedzialność karna za przestępstwo określone w art. 171 ust. 1 prawa bankowego*, *Prawo Bankowe* 1998, nr 6, s. 101.

¹⁵ D. Rogoń, (w:) F. Zoll (red.), *Prawo bankowe...*, *op. cit.*, s. 780 (Tom II).

¹⁶ O. Górniok, Artykuł 115 prawa bankowego a działalność parabankowa, *Przegląd Sądowy* 1997, nr 4, s. 54.

¹⁷ Por. Słownik języka polskiego, pod red. W. Doroszewskiego, wydanie internetowe: <http://doroszewski.pwn.pl/>.

¹⁸ P. Ochman, *Ochrona działalności bankowej...*, *op. cit.*, s. 229.

Z uwagi na fakt, że „gromadzenie środków pieniężnych” przybiera postać prowadzenia określonego rodzaju działalności gospodarczej, dla ustalenia ram czasowych tej działalności, a tym samym i omawianych przestępstw, pomocne jest odwołanie się do poglądów doktryny i orzecznictwa wypracowanych na gruncie ustawy z dnia 2 lipca 2004 r. o swobodzie działalności gospodarczej (tekst jedn. Dz. U. z 2015 r., poz. 584).

Jak pisze M. Sieradzka, za moment podjęcia działalności gospodarczej należy przyjąć podjęcie pierwszej czynności składającej się na działalność gospodarczą (np. wydanie towaru, zawieranie umów z osobami trzecimi – dostawcami, klientami). Zakończenie działalności gospodarczej oznacza natomiast trwałe zaprzestanie jest wykonywania. „Z uwagi na przepisy ustawy o swobodzie działalności gospodarczej, przewidujące zawieszenie wykonywania działalności gospodarczej, należy wskazać, że czasowe zaprzestanie jej wykonywania nie jest zakończeniem wykonywania działalności gospodarczej. Z zakończeniem wykonywania działalności gospodarczej będziemy mieć bowiem do czynienia w sytuacji utraty cech tej działalności. Należy także pamiętać o obiektywnym i subiektywnym zamiarze przedsiębiorcy. Bowiem to wola przedsiębiorcy o trwałym zaniechaniu wykonywania działalności gospodarczej decyduje o kwalifikacji działalności gospodarczej jako zakończonej”¹⁹.

Jak wskazywał NSA w jednym z wyroków, zewnętrznym przejawem woli zaprzestania działalności gospodarczej jest wniosek o jej wykreślenie z ewidencji²⁰. Sąd Najwyższy zwracał zaś uwagę, że faktyczne niewykonywanie działalności w okresie oczekiwania na kolejne zamówienia lub w czasie ich poszukiwania nie jest przerwą w prowadzeniu tej działalności, równoznaczną z okresowym zaprzestaniem jej wykonywania²¹.

Dla określenia subiektywnego zamiaru przedsiębiorcy zakończenia wykonywania działalności gospodarczej polegającej na gromadzeniu środków pieniężnych innych osób, istotne znaczenie może mieć tytuł zwrotny, na podstawie którego następuje udostępnienie mu środków pieniężnych. Środki te mogą być bowiem gromadzone w następstwie zawarcia umów na czas określony albo nieokreślony. Czasami okoliczności te wynikają z istoty danej umowy.

Zgodnie z art. 726 k.c. bank ma obowiązek zwrotu środków pieniężnych zgromadzonych na rachunku bankowym w całości lub w części na każde

¹⁹ M. Sieradzka, Komentarz do art. 1 ustawy o swobodzie działalności gospodarczej, (w:) M. Sieradzka, M. Zdyb, Ustawa o swobodzie działalności gospodarczej. Komentarz, LEX, 2013.

²⁰ NSA w Warszawie w wyroku z dnia 12 stycznia 1994 r., sygn. III SA 835/93, <http://orzeczenia.nsa.gov.pl/doc/F0F2802F9C>.

²¹ Postanowienie Sądu Najwyższego z dnia 25 lutego 2008 r., sygn. I UK 342/07, LEX nr 846128.

żądanie, chyba że umowa uzależnia obowiązek zwrotu od wypowiedzenia. Postanowienia ograniczające swobodę dysponowania zgromadzonymi środkami mogą być zawarte w umowie z bankiem (art. 50 ust. 1 pr. bank.). Jak wskazuje E. Niezbecka „przepis szczególny – jakim jest art. 50 pr. bank. w stosunku do art. 726 k.c. – pozwala na wprowadzenie dalej idących ograniczeń swobody w dysponowaniu środkami zgromadzonymi na rachunku bankowym, niż by to wynikało z art. 726 *in fine* k.c. Wypowiedzenie jest tylko jedną z możliwości ograniczenia posiadacza w swobodzie dysponowania środkami zgromadzonymi na rachunku bankowym”²².

Modelowym przykładem umowy ograniczającej swobodę dysponowania środkami pieniężnymi gromadzonymi na rachunku bankowym jest umowa o lokatę terminową (art. 49 ust. 1 pkt 2 pr. bank.). Jak pisze D. Rogoń „Lokata terminowa służy gromadzeniu środków na rachunku w ten sposób, że zostają one «zamrożone» na określony czas, poprzez zawarcie w umowie z bankiem klauzuli wyłączającej możliwość dysponowania nimi przez posiadacza rachunku (na zasadzie art. 50 ust. 1 zd. drugie pr. bank.)”²³. Jak słusznie zauważa W. Pyziół, zastrzeżenie w umowie lokaty terminowej, że bank nie ma obowiązku honorowania żądania zwrotu środków przed upływem terminu lokaty i może odmówić wypłaty bez negatywnych dla siebie konsekwencji powoduje, że cała umowa zyskuje wówczas charakter klasycznej pożyczki²⁴.

W przypadku depozytu nieprawidłowego czas i miejsce zwrotu oddanych na przechowanie pieniędzy lub innych rzeczy oznaczonych tylko co do gatunku określają przepisy o przechowaniu (art. 845 k.c.). Składający może żądać zwrotu przedmiotu depozytu w każdym czasie (art. 844 § 1 k.c.), bez względu na to, czy umowa ma charakter terminowy, czy została zawarta na czas nieoznaczony.

Przy umowie pożyczki zwrot powinien nastąpić w terminie umówionym, gdy umowę zawarto na czas oznaczony, a gdy termin zwrotu nie jest oznaczony, dłużnik obowiązany jest zwrócić pożyczkę w ciągu sześciu tygodni po wypowiedzeniu przez dającego pożyczkę (art. 723 k.c.).

Pozyskiwanie środków pieniężnych na czas oznaczony w umowie, w celu zdefiniowanym w art. 171 ust. 1 i 3 pr. bank., może zatem świadczyć, iż w wyznaczonym umową okresie sprawca prowadził lub zamierzał prowadzić działalność penalizowaną przez odnośne przepisy pr. bank.

Znamię czasownikowe w przepisach art. 171 ust. 1 i 3 pr. bank. ujęte zostało jako „gromadzenie środków pieniężnych innych osób fizycznych, praw-

²² E. Niezbecka, Komentarz do art. 726 Kodeksu cywilnego, (w:) A. Kidyba (red.), Kodeks cywilny. Komentarz, t. III. Zobowiązania – część szczególna, LEX 2014, wyd. II.

²³ D. Rogoń, (w:) F. Zoł (red.), Prawo bankowe..., *op. cit.*, s. 406–407 (Tom I).

²⁴ W. Pyziół, Umowa rachunku bankowego a zasada swobody kontraktowania. Zagadnienia wybrane – cz. II, Pr. Bank. 1996, nr 1, s. 94.

nych lub jednostek organizacyjnych niemających osobowości prawnej”. Dla jego interpretacji nieodzowne jest w pierwszym rzędzie odwołanie się do brzmienia przepisu art. 115¹ ustawy z dnia 31 stycznia 1989 r. – Prawo bankowe (Dz. U. z 1989 r., Nr 4, poz. 21), wprowadzonego nowelą z dnia 14 lutego 1992 r. (ustawa o zmianie ustawy – Prawo bankowe i niektórych innych ustaw – Dz. U. z 1992 r., Nr 20, poz. 78). W przepisie tym czynność sprawcza sformułowana została jako „przyjmowanie wkładów oszczędnościowych ludności lub lokat terminowych”. W obowiązującym wówczas stanie prawnym powstała wątpliwość, czy kryminalizacją objęte zostało bezprawne uprawianie działalności bankowej jedynie wtedy, gdy przy jej wykonywaniu zachowane były formy i procedury wymagane prawem dla przyjmowania wkładów oszczędnościowych lub lokat terminowych, czy też penalizacją objęto również takie, określone w nim czynności, przy których bezprawnym wykonywaniu form tych i procedury w różnym zakresie nie przestrzegano²⁵. Przykładowo, w praktyce funkcjonowania podmiotów oferujących pożyczki lub inne dobra w tzw. systemie konsorcyjnym (argentyńskim) – na co zwracała uwagę O. Górniok – pomimo przyjmowania oszczędności pieniężnych od członków grup (tzw. czystych rat) oraz przydzielania im środków finansowych (tzw. asygnat), co w zasadzie odpowiadało przyjmowaniu wkładów i udzielaniu pożyczek, zasadnicze procedury wymagane przez prawo bankowe nie były stosowane (w szczególności wpłacający nie otrzymywali żadnego imiennego lub na okaziciela dokumentu dokonanego wkładu, nie zakładano rachunku oszczędnościowego, na którym te wkłady były gromadzone)²⁶. Jak stwierdzała O. Górniok, wobec faktu, że wykonujący bezprawnie działalność bankową, są zainteresowani w kamufLOWaniu istoty swoich poczynañ i wolą unikać form i procedur, które znamionują legalne czynności bankowe, uzależnienie karalności od zachowywania takich form uczyniłoby ten przepis martwym²⁷.

Przyjęte w obowiązującej ustawie – zdecydowanie szersze – ujęcie czynności sprawczej wyeliminowało większość z podnoszonych uprzednio wątpliwości dotyczących zakresu znamion przedmiotowych tego czynu (jakie depozyty, od jakich podmiotów, w jakim celu przyjmowane)²⁸. Obecnie karalne jest wszelkie gromadzenie środków pieniężnych, niezależnie od tego, jaką postać i formę w konkretnym przypadku przybiera (tj. postać przyjmowania wkładów oszczędnościowych lub lokat terminowych czy też jakąkolwiek inną)²⁹. „Gromadzenie”, o którym mowa w art. 171 ust. 1 i 3 pr. bank.,

²⁵ O. Górniok, Artykuł 115 prawa bankowego..., *op. cit.*, s. 56.

²⁶ *Ibidem*, s. 58.

²⁷ *Ibidem*, s. 59.

²⁸ E. Fojcik-Mastalska, (w:) Prawo bankowe..., *op. cit.*, s. 800.

²⁹ J. Majewski, Odpowiedzialność karna..., *op. cit.*, s. 101; zob. też: L. Mazur, Prawo bankowe. Komentarz, 2 wyd., Warszawa 2008, s. 808.

nie wyczerpuje się zatem w przyjmowaniu wkładów pieniężnych oraz prowadzeniu rachunków tych wkładów, których warunki konieczne zawarte są w art. 725 oraz 726 k.c. (umowa rachunku bankowego). Dodatkowo przemawia za tym fakt, że ustawodawca dla wyznaczenia zakresu nielegalnej działalności bankowej nie posłużył się techniką odesłania, tak jak uczynił to przykładowo w art. 216 ustawy z dnia 28 sierpnia 1997 r. o organizacji i funkcjonowaniu funduszy emerytalnych (tekst jedn. Dz. U. z 2013 r., poz. 989).

Z uwagi na to, że karalność dotyczy gromadzenia środków pieniężnych innych podmiotów i determinowana jest jego celem, konieczne jest odniesienie się do wątpliwości interpretacyjnych związanych z własnością środków pieniężnych przeznaczonych na udzielanie pożyczek, kredytów lub obciążanie ich w inny sposób ryzykiem zarówno w momencie ich pozyskania, jak i w chwili dysponowania nimi w sposób określony w art. 171 ust. 1 i 3 pr. bank. W szczególności prowadzący tego rodzaju działalność może podnosić, że z uwagi na sposób wejścia w posiadanie środków, np. w drodze pożyczki³⁰, zbycia weksla lub innego papieru wartościowego na zlecenie³¹, stały się one jego własnością, stąd nie gromadzi pieniędzy innych

³⁰ Zgodnie z art. 720 k.c., przez umowę pożyczki dający pożyczkę zobowiązuje się przenieść na własność biorącego określoną ilość pieniędzy, a biorący zobowiązuje się zwrócić tę samą ilość pieniędzy.

³¹ Należy zwrócić uwagę na występującą w obrocie gospodarczym błędną praktykę – motywowaną najczęściej względami podatkowymi – wystawiania weksli własnych sprzedawanych remitentowi za kwotę pieniężną, która jest niższa od ich wartości nominalnej. W zamyśle pomysłodawców, w takim przypadku wystawienie weksla własnego stanowi samoistny stosunek zobowiązaniowy pomiędzy wystawcą a remitentem, i nie zabezpiecza innego zobowiązania wynikającego np. z umowy kredytu czy pożyczki. Zgodnie z tą koncepcją wystawione weksle własne mają charakter kreujący pieniądź, a ich wystawienie można porównać do emisji obligacji lub innych papierów wartościowych o charakterze dłużnym. „Emisja weksla własnego” ma być zatem zdarzeniem gospodarczym *sui generis* powodującym określone prawa i obowiązki – po stronie nabywcy powinno być wpłaty kwoty nabycia, natomiast – po stronie wystawcy – bezwzględny warunek zapłaty (po okazaniu) określonej w nim kwoty pieniężnej. W konsekwencji w takiej sytuacji brakować ma zdarzenia powodującego powstanie obowiązku zapłaty podatku od czynności cywilnoprawnych (zob. w tej kwestii wyrok Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego w Gliwicach z dnia 3 września 2009 r., sygn. I SA/GI 298/09, LEX nr 525715). Konieczne staje się w tym miejscu przypomnienie, że zobowiązanie wekslowe nie wynika z jednostronnej czynności prawnej. Samo wystawienie dokumentu odpowiadającego przewidzianym dla weksla wymaganiom formalnym nie kreuje zobowiązania wekslowego wystawcy, gdyż do powstania tego zobowiązania konieczna jest jeszcze umowa między wystawcą a remitentem. Dopiero umowa rodzi wzajemne obowiązki stron zobowiązania wekslowego. Wystawca weksla nie posiada więc uprawnień do jego sprzedaży, a remitent nie może tego weksla nabyć. Wystawca weksla zobowiązuje się natomiast do spełnienia świadczenia, którego treść odpowiada treści weksla. Czynności prawne, z których wynikają zobowiązania wekslowe, same nie określają celu gospodarczego lub społecznego tego rodzaju przysporzenia. Określa go dopiero wyraźna lub dorozumiana umowa leżąca u podstaw zaciągnięcia zobowiązania wekslowego, wskazująca tzw. stosunek podstawowy (kauzalny) dla tego zobowiązania.

podmiotów lecz własne, i z nich też udziela pożyczek czy kredytów, albo obciąża je ryzykiem w inny sposób. W tym kontekście zwrócić należy uwagę na brzmienie art. 725 k.c., zgodnie z którym przez umowę rachunku bankowego bank zobowiązuje się względem posiadacza rachunku do przechowywania jego środków pieniężnych, zdające się sugerować, że własność powierzonych środków pozostaje przy posiadaczu rachunku.

W kwestii własności środków zgromadzonych na rachunku bankowym jego posiadacza w doktrynie i orzecznictwie zarysowały się dwa stanowiska. Zgodnie z pierwszym, właścicielem środków pozostaje ich deponent. W konsekwencji „zasada wynikająca z art. 720 k.c., dotycząca własności pieniędzy dającego pożyczkę, nie obowiązuje (...) w Prawie bankowym”³². W następstwie tego poglądu rozróżniono pożyczki udzielane przez podmioty gospodarcze na podstawie pr. bank., dla których wymagane jest zezwolenie oraz pożyczki, których wyłączną podstawą jest prawo cywilne. Kryterium odróżnienia wyznaczała działalność gospodarcza: „Jeżeli przeto spółka prawa handlowego zgłosiła do rejestru udzielanie pożyczek jako swoją działalność gospodarczą, to należy przyjąć, że nie chodzi o jednorazowe, sporadyczne pożyczki udzielane na podstawie Kodeksu cywilnego, lecz o stałą działalność w tym zakresie. W takiej sytuacji udzielanie pożyczek pieniężnych w ramach prowadzonej działalności gospodarczej staje się jedną z czynności bankowych. (...) Umowa cywilnoprawna pożyczki zmienia bowiem swój charakter, gdy udziela jej podmiot gospodarczy”³³.

Zgodnie z drugim, przeważającym stanowiskiem, posiadacz rachunku bankowego z chwilą wpłaty pieniędzy do banku traci ich własność na rzecz banku, a nabywa roszczenie o zwrot takiej samej ich ilości. Jak pisze E. Niezbecka „Umowa rachunku bankowego łączy w sobie elementy umowy depozytu nieprawidłowego (art. 845 k.c.) z elementami umowy zlecenia (art. 734 k.c.), przy czym – poprzez art. 845 k.c. – do umowy tej będą miały także zastosowanie przepisy o pożyczce (art. 720 k.c.). Stąd też posiadacz rachunku bankowego z chwilą wpłaty pieniędzy do banku traci ich własność na rzecz banku, a nabywa roszczenie o zwrot takiej samej ich ilości (...). Konsekwencją takiej konstrukcji jest – w każdym przypadku – nabycie własności środków pieniężnych przez bank oraz nabycie przez posiadacza rachunku roszczenia o zwrot wpłaconych środków”³⁴.

Własność środków, przeznaczonych na udzielanie pożyczek, kredytów lub inne obciążanie ich ryzykiem, nie może zatem stanowić kryterium odróż-

³² Uchwała Sądu Najwyższego – Izba Administracyjna, Pracy i Ubezpieczeń Społecznych z dnia 20 lutego 1997 r., sygn. III ZP 5/97, OSNP 1997, nr 14, poz. 246, LEX nr 29381.

³³ *Ibidem*.

³⁴ E. Niezbecka, Komentarz do art. 725 Kodeksu cywilnego..., *op. cit.*, oraz powołana tam literatura i orzecznictwo; por. też D. Rogoń, (w:) F. Zoł (red.), *Prawo bankowe...*, *op. cit.*, s. 413 i n. (Tom I) oraz powołana tam literatura i orzecznictwo.

nienia czynności bankowych (a właściwie „parabankowych”) od niebankowych (pożyczek „cywilnych”). Kluczowe znaczenie ma bowiem fakt, że kapitał przeznaczony na ten cel gromadzony jest pod jakimkolwiek tytułem zwrotnym, niezależnie od formy prawnej, w jakiej udostępnienie ma miejsce (w więc pożyczka, emisja papierów wartościowych o charakterze dłużnym, depozyt nieprawidłowy, lokata czy inny podobnie działający produkt finansowy). Nie chodzi przy tym o jednorazową czynność, ale o pewną powtarzającą się w czasie aktywność zorientowaną na akumulację określonych dóbr (tu: środków pieniężnych)³⁵.

Przez „gromadzenie” środków pieniężnych innych osób fizycznych, prawnych lub jednostek organizacyjnych niemających osobowości prawnej rozumieć zatem należy przyjmowanie tego rodzaju wartości – świadczeń od innych podmiotów, które nie ma charakteru definitywnego, lecz zwrotny³⁶. O kwalifikacji środków pieniężnych jako „należących” do innych podmiotów nie decyduje przy tym ich własność w momencie dalszego obrotu tymi środkami (udzielaniu kredytów, pożyczek pieniężnych lub obciążania ryzykiem w inny sposób), lecz fakt, iż otrzymywane są „pod tytułem zwrotnym”³⁷. Udzielający pożyczki czy kredytu musi być bowiem właścicielem pieniędzy, skoro na kogo innego ma przenieść ich własność (*Nemo plus iuris in alium transferre potest quam ipse habet*).

W doktrynie pojawiły się głosy poddające krytyce posłużenie się przez ustawodawcę w opisie znamion przestępstw z art. 171 ust. 1 i 3 pr. bank. „tak niedookreślonym pojęciem jak «obciążanie ryzykiem środków w inny sposób»³⁸”, które jest zbyt ogólne jak na regulację karnoprawną³⁹. Skutkiem takiego sformułowania ma być nawet „praktyczna niemożliwość ich zastosowania do innych sytuacji aniżeli udzielanie kredytów lub pożyczek ze

³⁵ Por. P. Ochman, Ochrona działalności bankowej..., *op. cit.*, s. 235.

³⁶ W tym kontekście należy zwrócić uwagę na sposób pozyskiwania środków pieniężnych od innych podmiotów, który przewiduje art. 287 ustawy z dnia 27 maja 2004 r. o funduszach inwestycyjnych (tekst jedn. Dz. U. z 2014 r., poz. 157 z późn. zm.). Zgodnie z nim grzywnie do 10 000 000 zł i karze pozbawienia wolności do lat 5 podlega ten, „kto bez wymaganego zezwolenia wykonuje działalność polegającą na lokowaniu w papiery wartościowe, instrumenty rynku pieniężnego lub inne prawa majątkowe środków pieniężnych osób fizycznych, osób prawnych lub jednostek organizacyjnych nieposiadających osobowości prawnej, zebranych w drodze propozycji zawarcia umowy, której przedmiotem jest udział w tym przedsięwzięciu.

³⁷ Jak wskazuje B. Smykła, artykuł 171 ust. 1 ustanawia instrument zapobiegający omijaniu ograniczeń wynikających z art. 5 pr. bank., np. poprzez prowadzenie działalności polegającej na gromadzeniu środków pieniężnych w oparciu o pożyczki pieniężne, czyli czynność bankową nieobjętą względnym monopolem banków na ich wykonywanie (B. Smykła, *Prawo bankowe. Komentarz*, wyd. 2, Warszawa 2011, s. 659).

³⁸ L. Mazur, *Prawo bankowe...*, *op. cit.*, s. 807 i powołana tam literatura; E. Fojcik-Mastalska, (w:) *Prawo bankowe...*, *op. cit.*, s. 685 i n.

³⁹ W. Srokosz, *Czynności bankowe zastrzeżone dla banków*, Bydgoszcz-Wrocław 2003, s. 253 i n.

środków pozyskanych od innych osób i podmiotów”⁴⁰. P. Ochman postuluje jego wyeliminowanie z zespołu znamion analizowanego czynu zabronionego wskazując, że „ryzyko” jest pojęciem ekonomicznym, a nie prawnym, spornym nawet dla przedstawicieli nauk ekonomicznych, wprowadzającym wiele niejasności oraz problemów interpretacyjnych. Jego zdaniem bardziej trafne byłoby posłużenie się techniką odesłania specyfikacyjnego, poprzez wskazanie konkretnych przepisów pr. bank., stanowiących przesłankę kryminalizacji i będących podstawą do dekodowania normy sankcjonowanej⁴¹.

Przywołane konkluzje i postulaty nie wydają się trafne. Jako że według skrajnych zapatrywań, przyjęty przez ustawodawcę opis analizowanych typów czynów karalnych narusza zasadę określoności przepisów prawa, dalsze rozważania wypada poprzedzić przybliżeniem jej rozumienia.

Zasada określoności przepisów prawa wywodzona jest z art. 2 Konstytucji. Zgodnie z orzecznictwem Trybunału Konstytucyjnego nakłada ona na prawodawcę dwa szczegółowe wymagania, które składają się na tzw. test określoności: wymóg zachowania możliwie najdalej idącego (maksymalnego) w danym przypadku stopnia precyzji przepisów prawa oraz jasności regulacji prawnej (jej komunikatywności)⁴². Przez precyzyjność regulacji Trybunał rozumie możliwość dekodowania z przepisów jednoznacznych norm prawnych (i ich konsekwencji) za pomocą reguł interpretacji przyjmowanych na gruncie określonej kultury prawnej. Z kolei przez jasność (komunikatywność) – zrozumiałość przepisów na gruncie języka powszechnego. Przepisy

⁴⁰ L. Mazur, *Prawo bankowe...*, *op. cit.*, s. 807 i powołana tam literatura.

⁴¹ P. Ochman, *Ochrona działalności bankowej...*, *op. cit.*, s. 236, 254 oraz powołana tam literatura.

⁴² Zasada określoności przepisów prawa nie ma charakteru absolutnego i zobowiązuje ustawodawcę do przyjęcia takich przepisów prawa, które są możliwie najbardziej określone w danym przypadku, zarówno pod względem ich treści, jak i formy. Stopień określoności konkretnych regulacji podlega zatem każdorazowej relatywizacji w odniesieniu do okoliczności faktycznych i prawnych, jakie towarzyszą podejmowanej regulacji. Relatywizacja ta stanowi naturalną konsekwencję nieostrości języka, w którym redagowane są teksty prawne, a także różnorodności materii podlegającej normowaniu. Standard ten jest wyższy zakresie regulacji penalnej (Zob. wyrok Trybunału Konstytucyjnego z dnia 12 września 2005 r., sygn. SK 13/05, LEX nr 165330; wyrok Trybunału Konstytucyjnego z dnia 12 czerwca 2008 r., sygn. K 50/05, OTK-A 2008, nr 5, poz. 79, LEX nr 387889; wyrok Trybunału Konstytucyjnego z dnia 28 października 2009 r., sygn. Kp 3/09, LEX nr 525654; wyrok Trybunału Konstytucyjnego z dnia 18 marca 2010 r., sygn. K 8/08, LEX nr 81788; wyrok Trybunału Konstytucyjnego z dnia 25 lutego 2014 r., sygn. SK 65/12, LEX nr 1430364). Na temat zasad prawa jako norm wyrażających idealną powinność (optymalizacyjnych), nakazujących ich realizację w najwyższym stopniu z uwagi na prawne i faktyczne możliwości, zob.: R. Alexy, *Teorie der Grundrechte*, Baden-Baden 1985, s. 75 i n.; tenże, *On the Structure of Legal Principles*, *Ratio Juris*, vol. 13, no. 3, September 2000, s. 297 i n.; T. Gilbert-Studnicki, *Zasady i reguły prawne, Państwo i Prawo* 1988, nr 3, s. 16 i n.; L. Rodak, P. Żak, *Sprawiedliwość jako reguła rozstrzygania kolizji zasad. Niesylogistyczny model stosowania prawa*, (w:) B. Wojciechowski, M. J. Golecki (red.), *Rozdroża sprawiedliwości we współczesnej myśli filozoficznoprawnej*, Toruń 2008, s. 278 i n.

jasne to przepisy niebudzące u ich adresatów wątpliwości co do treści nakładanych obowiązków albo przyznawanych praw⁴³.

Szczególną postacią ogólnej zasady określoności wynikającej z art. 2 Konstytucji jest zasada określoności czynów zabronionych wywodzona przez Trybunał Konstytucyjny z art. 42 ust. 1 zdanie pierwsze Konstytucji, zgodnie z którym odpowiedzialności karnej podlega ten tylko, kto dopuścił się czynu zabronionego pod groźbą kary przez ustawę obowiązującą w czasie jego popełnienia (*nullum crimen nulla poena sine lege*)⁴⁴. Jedną z jej zasad szczegółowych jest z kolei zasada maksymalnie dokładnego opisu znamion czynu zabronionego (*nullum crimen sine lege certa*). Zgodność z tą ostatnią wymaga, aby przepis prawa karnego: 1) był precyzyjny i jasny⁴⁵, 2) umożliwiał adresatowi zrekonstruowanie zasadniczych znamion czynu zabronionego z zastosowaniem wyłącznie językowych reguł wykładni⁴⁶, 3) usuwał niepewność jednostki co do tego, czy pewne zachowanie stanowi czyn zabroniony⁴⁷, 4) wskazywał w sposób jednoznaczny osobę, do której

⁴³ Zob.: wyrok Trybunału Konstytucyjnego z dnia 12 czerwca 2008 r., sygn. K 50/05, OTK-A 2008, nr 5, poz. 79, LEX nr 387889; wyrok Trybunału Konstytucyjnego z dnia 9 czerwca 2015 r., sygn. SK 47/13, OTK-A 2015, nr 6, poz. 81, LEX nr 1731688.

⁴⁴ Trybunał Konstytucyjny uznaje, że zasada ta jest nie tylko jedną z fundamentalnych zasad prawa karnego, ale także podstawowym, konstytucyjnie zabezpieczonym prawem człowieka, którego ochrona może być dochodzona w trybie skargi konstytucyjnej (tak m.in. wyrok Trybunału Konstytucyjnego z dnia 9 czerwca 2015 r., sygn. SK 47/13, OTK-A 2015, nr 6, poz. 81, LEX nr 1731688).

⁴⁵ Wyrok Trybunału Konstytucyjnego z dnia 18 września 2014 r., sygn. K 44/12, LEX nr 1508977; wyrok Trybunału Konstytucyjnego z dnia 20 stycznia 2015 r., sygn. K 39/12, LEX nr 1609793.

⁴⁶ W innym wyroku TK dopuszczał jednak „poza zwykłym odczytaniem” dekodowanie znamion w drodze „wykładni sądowej” względnie „by w oparciu o obowiązujące przepisy, poglądy doktryny i orzecznictwo, można było w sposób jednoznaczny i pewny ustalić treść znamion typu czynu zabronionego” (wyrok Trybunału Konstytucyjnego z dnia 17 lipca 2014 r., sygn. SK 35/12, LEX nr 1537312); Do wyjątków TK zaliczył sytuacje, gdy dany przepis jest w takim stopniu wadliwy, że w żaden sposób, posługując się różnymi metodami wykładni, nie można go interpretować w sposób racjonalny i zgodny z Konstytucją (wyrok Trybunału Konstytucyjnego z dnia 15 stycznia 2009 r., sygn. K 45/07, LEX nr 469915). Na temat rozróżnienia między „rozumieniem wypowiedzi” a jej wykładnią, a także o fałszywości rozpowszechnionych w literaturze i orzecznictwie twierdzeń o pierwszeństwie wykładni językowej, zob. Z. T o b o r, W poszukiwaniu intencji prawodawcy, Warszawa 2013, s. 20 i n., 122 i n.

⁴⁷ Na tzw. subiektywny aspekt omawianej zasady, zobowiązujący ustawodawcę do ujęcia w ustawie karnej znamion przestępstwa w taki sposób, aby jednostka nie była pozostawiona w nieświadomości, czy też niepewności, co do tego, czy pewne zachowanie stanowi czyn zabroniony pod groźbą kary (przewidywalność), Trybunał wielokrotnie zwracał szczególną uwagę (zob. orzeczenie Trybunału Konstytucyjnego z dnia 19 czerwca 1992 r., sygn. U 6/92, LEX nr 25343; wyrok Trybunału Konstytucyjnego z dnia 26 listopada 2003 r., sygn. SK 22/02, LEX nr 82401; wyrok Trybunału Konstytucyjnego z dnia 5 maja 2004 r., sygn. P 2/03, LEX nr 112989; wyrok Trybunału Konstytucyjnego z dnia 9 czerwca 2010 r., sygn. SK 52/08, OTK-A 2010, nr 5, poz. 50, LEX nr 583781; postanowienie Trybunału Kon-

skierowany jest zakaz, znamiona czynu zabronionego i rodzaj sankcji grożącej za jego popełnienie, 5) w przypadku posłużenia się zwrotami niedookreślonymi lub wieloznacznymi koegzystował z gwarancjami proceduralnymi zapewniającymi przejrzystość i ocenność praktyki wypełniania go konkretną treścią przez organ państwa⁴⁸.

Wobec treści zarzutów podnoszonych przez komentatorów w odniesieniu do omawianych przepisów, przyjrzyjmy się bliżej temu, co na temat posługiwania się przez ustawodawcę zwrotami niedookreślonymi pisze sąd konstytucyjny.

Zdaniem Trybunału Konstytucyjnego najdalej idące wymagania określoności, stawiane ustawodawcy w postanowieniach Konstytucji, nie oznaczają bezwzględnego zakazu użycia w przepisach prawnych zwrotów i wyrażeń niedookreślonych, ocennych albo klauzul generalnych. Nie jest możliwe ich całkowite wyeliminowanie, czasem zaś ich użycie stanowić może jedyne rozsądne wyjście⁴⁹. Posłużenie się tego typu zwrotami i wyrażeniami oraz klauzulami pozwala uniknąć nadmiernej kazuistyki, która w skrajnej postaci prowadzi do przekreślenia abstrakcyjnego charakteru norm prawnych. Sprzyja uelastycznieniu porządku prawnego i uczynieniu go wrażliwym na zachodzące w rzeczywistości stany faktyczne. Osobne definiowanie pojęć, które mają ugruntowane znaczenie w języku polskim, nie ma nic wspólnego z gwarancyjnym wymogiem określoności przepisów, a wręcz stanowi zaprzeczenie tej zasady⁵⁰.

Nakaz określoności regulacji represyjnej nie jest tożsamy ze spełnieniem warunku wyczerpującego, np. wariantowego lub kazuistycznego, wyznaczenia zachowań przez prawo zakazanych. Ustawodawca może więc określać pewne zachowania stanowiące czyn zabroniony w sposób na tyle ogólny, aby w ich zakresie mieściły się różne działania, które są zabronione, np. ze

stytucyjnego z dnia 22 maja 2013 r., sygn. P 37/12, OTK-A 2013, nr 4, poz. 53, LEX nr 1363146).

⁴⁸ Zob. wyrok Trybunału Konstytucyjnego z dnia 9 czerwca 2010 r., sygn. SK 52/08, OTK-A 2010, nr 5, poz. 50, LEX nr 583781; wyrok Trybunału Konstytucyjnego z dnia 19 lipca 2011 r., sygn. K 11/10, OTK-A 2011, nr 6, poz. 60, LEX nr 963753; postanowienie Trybunału Konstytucyjnego z dnia 22 maja 2013 r., sygn. P 37/12, OTK-A 2013, nr 4, poz. 53, LEX nr 1363146; wyrok Trybunału Konstytucyjnego z dnia 9 czerwca 2015 r., sygn. SK 47/13, OTK-A 2015, nr 6, poz. 81, LEX nr 1731688. Nawet jednak rozbieżność czy zmienność orzeczeń lub linii orzeczniczych w podobnych sprawach nie może być automatycznie uznana za skutek niepoprawnej legislacji, gdyż jest to zjawisko typowe dla rozwiniętego systemu prawnego – naturalna konsekwencja dyskursywności oraz otwartości języka prawniczego (Wyrok Trybunału Konstytucyjnego z dnia 19 maja 2011 r., sygn. K 20/09, LEX nr 824247).

⁴⁹ Wyrok Trybunału Konstytucyjnego z dnia 15 stycznia 2009 r., sygn. K 45/07, LEX nr 469915; wyrok Trybunału Konstytucyjnego z dnia 14 lutego 2012 r., sygn. P 20/10, LEX nr 1110344.

⁵⁰ Wyrok Trybunału Konstytucyjnego z dnia 12 kwietnia 2011 r., sygn. SK 62/08, LEX nr 824141.

względu na cel, jaki ma być osiągnięty przez ich realizację⁵¹. Nakaz ten nie gwarantuje więc, że ustawa będzie zawierała opis każdego możliwego zachowania, które wyczerpuje znamiona przestępstwa⁵².

Stwierdzenie naruszenia zasady określoności możliwe jest dopiero wówczas, gdy nieprecyzyjność lub niejasność przepisu jest tak daleko idącą, że powstających na tym tle wątpliwości interpretacyjnych nie da się usunąć, stosując reguły wykładni prawa ogólnie przyjęte na gruncie danej kultury prawnej⁵³.

Spróbujmy zatem ustalić, czy rzeczywiście zwrot „obciążanie ryzykiem środków w inny sposób” ma tego rodzaju charakter.

W rozumieniu potocznym „ryzyko” to «przedsięwzięcie, którego wynik jest nieznany, niepewny, problematyczny; możliwość, że coś się uda lub nie uda, niebezpieczeństwo; odważenie się na takie niebezpieczeństwo, ryzykowanie»⁵⁴. Powszechnie przyjmuje się, że ryzyko w osiąganiu zamierzonych celów związane jest z każdą aktywnością podejmowaną przez człowieka. Jest to efektem niedoskonałości wiedzy o prawach rządzących rzeczywistością. Część ekonomistów utożsamia ryzyko z niepewnością, część odróżnia oba pojęcia uznając, że w przypadku ryzyka efekty przedsięwziętych działań można określić z pewnym prawdopodobieństwem, w przypadku niepewności prawdopodobieństwo ostatecznego wyniku nie jest możliwe do oszacowania w żadnym określonym stopniu⁵⁵. W podejściu negatywnym ryzyko ujmuje się jako możliwość poniesienia szkody lub straty. W podejściu neutralnym (symetrycznym) przyjmuje się, że efekt może być zarówno gorszy, jak i lepszy niż zakładany. Na tej podstawie rozróżnia się ryzyko czyste i spekulacyjne⁵⁶.

⁵¹ Wyrok Trybunału Konstytucyjnego z dnia 26 listopada 2003 r., sygn. SK 22/02, LEX nr 82401; wyrok Trybunału Konstytucyjnego z dnia 5 maja 2004 r., sygn. P 2/03, LEX nr 112989; wyrok Trybunału Konstytucyjnego z dnia 12 czerwca 2008 r., sygn. K 50/05, OTK-A 2008, nr 5, poz. 79, LEX nr 387889; wyrok Trybunału Konstytucyjnego z dnia 9 czerwca 2010 r., sygn. SK 52/08, OTK-A 2010, nr 5, poz. 50, LEX nr 583781. Interwencja Trybunału byłaby konieczna dopiero wówczas, gdyby ustawodawca przekroczył zakres przyznanej mu swobody regulacyjnej w sposób na tyle drastyczny, że ewidentne stałoby się naruszenie postanowień Konstytucji, w tym zasady proporcjonalności regulacji do celu (wyrok Trybunału Konstytucyjnego z dnia 9 lipca 2012 r., sygn. P 8/10, LEX nr 1170273).

⁵² Zob. wyrok Trybunału Konstytucyjnego z dnia 9 czerwca 2010 r., sygn. SK 52/08, OTK-A 2010, nr 5, poz. 50, LEX nr 583781.

⁵³ Zob.: wyrok Trybunału Konstytucyjnego z dnia 12 czerwca 2008 r., sygn. K 50/05, LEX nr 387889; wyrok Trybunału Konstytucyjnego z dnia 20 stycznia 2015 r., sygn. K 39/12, LEX nr 1609793; wyrok Trybunału Konstytucyjnego z dnia 18 września 2014 r., sygn. K 44/12, LEX nr 1508977.

⁵⁴ Słownik języka polskiego, pod red. W. Doroszewskiego, wydanie internetowe: <http://doroszewski.pwn.pl/>.

⁵⁵ O. Rytel, Zarządzanie ryzykiem działalności gospodarczej, Zeszyty Naukowe Akademii Podlaskiej w Siedlcach, Seria: Administracja i Zarządzanie, nr 85, 2010 r., s. 157–158 i powołana tam literatura.

⁵⁶ *Ibidem*, s. 158–159 i powołana tam literatura.

Pojęcia ryzyka – nie chodzi tu bowiem o jeden jego rodzaj – występują w wielu regulacjach prawnych. Część z nich zawiera ich definicje legalne⁵⁷. W przypadku ryzyka, o którym mowa w art. 171 ust. 1 i 3 pr. bank., w pierwszej kolejności konieczne jest sięgnięcie do jego znaczenia zawartego w definicji banku (art. 2 pr. bank.). W tej odwołano się wprost do jednej tylko jego kategorii tj. ryzyka zwrotu środków powierzonych bankowi (wynikającego z funkcji depozytowej banków)⁵⁸. Ryzyko takie bez wątpienia związane jest także z działalnością pożyczkową, kredytową, czy też szerzej – inwestycyjną. Oczywiście funkcjom tym towarzyszą dalsze szczegółowe ryzyka, a ich jednolita klasyfikacja nie jest ani możliwa⁵⁹, ani potrzebna z perspektywy zadań kryminalizacji. Stylizacja analizowanych przepisów wskazuje bowiem, że dekodowanie zawartej w nich normy prawnej następuje nie poprzez identyfikację i porównanie ryzyka, ale sposobów zamierzonego postępowania z gromadzonymi środkami, z których ustawodawca wymienił przykładowo udzielenie pożyczki lub kredytu. Zwrócić należy przy tym uwagę, że pod rządami prawa bankowego z 1989 r. znamię celu działania ujęte było szerzej aniżeli w art. 171 ust. 1 pr. bank. – wystarczyło bowiem, że sprawca działał w celu wykorzystywania tych środków w inny sposób⁶⁰.

Przy określeniu „innych sposobów obciążania ryzykiem” gromadzonych środków przydatne okaże się odwołanie do zawartego w art. 5 pr. bank. katalogu czynności bankowych, zarówno *sensu stricto* (np. udzielanie i potwierdzanie gwarancji, przeprowadzanie rozliczeń pieniężnych), jak i *sensu largo* (np. nabywanie i zbywanie wierzytelności pieniężnych, prowadzenie skupu i sprzedaży wartości dewizowych), a także innych działań, nietraktowanych przez ustawodawcę jako czynności bankowych, a wymienionych w sposób niewyczerpujący w art. 6 pr. bank. (np. nabywanie akcji, udziałów, jednostek uczestnictwa w funduszach inwestycyjnych, nieruchomości).

⁵⁷ Np. w ustawie z dnia 11 września 2015 r. o działalności ubezpieczeniowej i reasekuracyjnej (Dz. U. z 2015 r., poz. 1844) zdefiniowano ryzyko koncentracji, kredytowe, operacyjne, płynności, rynkowe, aktuarialne. Rozporządzenie Ministra Finansów z dnia 13 września 2007 r. w sprawie znaczącej koncentracji ryzyka na poziomie konglomeratu finansowego (Dz. U. z 2007 r., Nr 170, poz. 1195) definiuje ryzyko kredytowe, kontrahenta, inwestycyjne, ubezpieczeniowe, rynkowe, inne. Rozporządzenie Ministra Finansów z dnia 7 maja 2010 r. w sprawie określenia definicji ryzyka handlowego, politycznego i nierynkowego (Dz. U. z 2014 r., poz. 1470, tekst jedn.) określa definicje ryzyka handlowego, politycznego i nierynkowego. Na temat klasyfikacji ryzyk bankowych zob. np.: R. Jagiełło, Charakterystyka, rodzaje i źródła ryzyka bankowego, (w:) M. Zaleska (red.), Współczesna bankowość, t. 1, Warszawa 2007, s. 279 i n.

⁵⁸ Z. Ofiarski, Prawo bankowe. Komentarz, Warszawa 2013, s. 47; R. Rumiński, Banki i systemy bankowe, (w:) S. Flejterski, B. Świecka (red.), Elementy finansów i bankowości, Warszawa 2006, s. 139.

⁵⁹ Z. Ofiarski, Prawo bankowe..., *op. cit.*, s. 46–47.

⁶⁰ Zob. J. Majewski, Odpowiedzialność karna..., *op. cit.*, s. 103.

Prawa bankowego nie można jednak traktować jako wyłącznej podstawy określenia owych „innych sposobów”, o których mowa w art. 171 ust. 1 i 3 pr. bank. Działania tego rodzaju mogą bowiem przybrać rozmaity charakter, niekoniecznie zgodny z prawem (np. nielegalny hazard). Wypada w tym miejscu wspomnieć, że Charles Ponzi, uznawany za twórcę pierwszej w historii piramidy finansowej, depozyty od swoich klientów przeznaczać miał na kupno tzw. międzynarodowych kuponów na odpowiedź (*International Reply Coupon* – IRC) podlegających wymianie na znaczki pocztowe. Zysk wynikać miał z różnicy w cenie ich nabycia w jednym kraju i wartości znaczków pocztowych, na które podlegały wymianie, w innym⁶¹. W Polsce jedną z pierwszych afer tego rodzaju była ta związana z założoną w październiku 1989 r. „Bezpieczną Kasą Oszczędności” Lecha Grobelnego. Działalność tego podmiotu opierała się na przyjmowaniu od osób fizycznych i prawnych pożyczek inwestycyjnych oprocentowanych w stosunku rocznym nawet do 300% (w przypadku lokaty dwuletniej). Środki na wypłatę odsetek miały pochodzić z handlu dewizami w sieci kantorów zarządzanej przez L. Grobelnego spółki „Dorchem”. Zakładana opłacalność inwestycji zakończyła się po wprowadzeniu z dniem 1 stycznia 1990 r. pełnej wymienialności złotówki i sztywnego kursu dolara⁶².

Dla ustalenia zachowań mieszczących się w ogólnym sformułowaniu „obciążanie ryzykiem środków w inny sposób” istotne znaczenie ma także przedmiot ochrony przepisów art. 171 ust. 1 i 3 pr. bank. Jak już wspomniano jest nim m.in. bezpieczeństwo interesów majątkowych klientów. Z perspektywy tego celu wspólną cechą obciążania ryzykiem środków gromadzonych w ramach nielegalnej działalności bankowej jest możliwość poniesienia straty finansowej, której źródłem może być np. utrata przez pożyczkobiorcę lub kredytobiorcę możliwości obsługi długu, spłaty pożyczki lub kredytu, zmiana lub niestabilność cen na rynkach finansowych, siła wyższa etc., a więc wystąpienie zdarzeń oddziałujących negatywnie na sytuację „parabanku”, i utrudniających lub uniemożliwiających zwrot klientom powierzonych mu środków. Zatem także wykładnia celowościowa prowadzi do wniosku, iż wśród sposobów obciążania ryzykiem środków znajdować się będą takie czynności, które – ze względu na ich charakter – narażają je na uszczerbek.

⁶¹ Zob.: T. Frankel, *The Ponzi Scheme Puzzle: A History and Analysis of Con Artists and Victims*, Oxford 2012, s. 15 i n.; Ch. Ponzi, *The Rise of Mr. Ponzi*, Wydawnictwo M. Mathosian, Naples 2001, s. 3 i n., 67.

⁶² K. Bednarz, *Alfabet afer III RP: 4.06.1989–4.06.1993*, Warszawa 1993, s. 76 i n.; M. Pachucki, *Piramidy i inne oszustwa na rynku finansowym*, Warszawa 2012, s. 24–25; J. Stachowiak, *Sylwetka Lecha Grobelnego*, <http://wyborcza.pl/1,76842,4033302.html>; P. Pytlakowski, *Historia polskich piramid finansowych. Nasza pierwsza piramida*, <http://www.polityka.pl/rynek/1529757,1,historia-polskich-piramid-finansowych.read>; M. Cendrowska, *Pościg za Grobelnym*, <http://www.wprost.pl/ar/397064/>.

Przeprowadzone rozważania pozwalają stwierdzić, że użyty przez ustawodawcę zwrot, poprzez uelastycznienie tekstu prawnego, pozwala pomieścić wszelkie formy nadużyć podmiotów gromadzących środki pieniężne innych osób fizycznych, prawnych lub jednostek organizacyjnych niemających osobowości prawnej. Stworzenie w tym zakresie pewnego luzu decyzyjnego uwzględnia specyfikę kryminalizowanych zachowań, która uniemożliwia kazuistyczne określenie znamion strony przedmiotowej czynu zabronionego. Katalog możliwych sposobów inwestowania środków pieniężnych klientów musi pozostać otwarty. Użycie odnośnego sformułowania jest przydatne do celu zakładanego przez ustawodawcę i pozwala go zrealizować w sposób maksymalnie efektywny. Zachowana została także proporcja pomiędzy tym celem a stopniem ogólności przepisu. W tym zakresie nie można więc mówić o przekroczeniu przyznanej ustawodawcy swobody regulacyjnej. W szczególności jednak wykładnia językowa, systemowa i celowościowa umożliwiają usunięcie ewentualnych wątpliwości interpretacyjnych, które mogą pojawić się w związku z użyciem przez ustawodawcę analizowanego zwrotu. Przepisy art. 171 ust. 1 i 3 pr. bank. spełniają więc warunki określoności wynikające z art. 42 ust. 1 Konstytucji zapewniając w sposób optymalny ochronę dóbr prawnych zagrożonych przez prowadzenie nielegalnej działalności bankowej.

Do lokowania pieniędzy w „Bezpiecznej Kasie Oszczędności” i „Amber Gold” zachęcały intensywne kampanie reklamowe w mediach. Częstokroć zdarza się jednak, że tego rodzaju podmioty nie prowadzą publicznej promocji, która mogłaby zwrócić uwagę organów nadzoru nad rynkiem finansowym, podmiotów służących ochronie konsumentów czy organów ścigania, lecz opierają się na tzw. marketingu szeptanym (*buzz marketing*), polegającym na rekomendacji oferty przez konsumentów swoim znajomym, co jest jedną z najbardziej skutecznych metod promocji⁶³. Dodatkowo trudności w ściganiu tego typu przestępstw może powodować, nieznająca najczęściej granic, inwencja przy konstruowaniu umów, w następstwie których podmioty zajmujące się nielegalną działalnością bankową pozyskują środki od swoich klientów. Nie zawsze też ich wykryciem będą zainteresowane osoby deponujące swoje środki. W szczególności wówczas, gdy wysoka stopu zwrotu pozwolić ma na legalizację korzyści finansowych pochodzących z działalności przestępczej lub innych nieujawnionych źródeł.

Jak uczy historia, nielegalna działalność bankowa, w szczególności prowadzona na szerszą skalę, może pociągać za sobą katastrofalne skutki nie tylko dla osób, które powierzyły nielegalnym parabankom oszczędności, nie-raz całego swojego życia, ale także dla zaufania obywateli do państwa i jego

⁶³ M. Pachucki, Piramidy i inne oszustwa..., *op. cit.*, s. 16 i podany na s. 19 przykład inwestującej pieniądze klientów na rynku forex spółki Interbrok Investment.

instytucji⁶⁴. Na aprobatę zasługuje zatem zaostreżenie w ostatnim czasie przez ustawodawcę kar za tego rodzaju przestępstwa.

Illegal banking activities: select practical and interpretative challenges

Abstract

This paper addresses several challenges that appear to be essential in terms of practical application of Article 171, clauses 1 and 2 of Banking Law. These challenges are relating to determination of victims of crimes, time the crimes were committed, legal status of accepted funds and “another ways of exposing funds to risk”. It is proved that victims are those who deposited funds. It is suggested that the views of legal academics and commentators as well as judicial decisions relating to the time of conducting business operations should be consulted when determining the moment of commission. A transfer of ownership of funds to anyone conducting illegal operations is found to be by no means decomposing the elements of the crime while such transfer constitutes a condition precedent to extending loans. Moreover, it is pointed out that resorting to “another ways of exposing funds to risk” is an optimal step to effectively protect legal interests threatened by illegal banking operations.

⁶⁴ Co charakterystyczne także założyciele nielegalnych parabanków i piramid finansowych za ich bankructwo obwiniają z reguły organy państwowe. Zob.: T. F r a n k e l, The Ponzi Scheme..., *op. cit.*, s. s. 127 i n. Za kłopoty spółki Amber Gold jej założyciel obwiniał Komisję Nadzoru Finansowego, Agencję Bezpieczeństwa Wewnętrznego i Ministerstwo Skarbu Państwa (<http://www.tvp.info/8189684/amber-gold-od-wtorku-wyplacamy-pieniadze>).

Piotr Sury

Nieprawidłowości dystrybucji tzw. polisolokat a znamiona przestępstwa oszustwa

Streszczenie

Publikacja stanowi całościowe opracowanie problematyki oceny – pod kątem zaistnienia przestępstwa z art. 286 § 1 k.k. – nieprawidłowości w oferowaniu podmiotom nieprofesjonalnym skomplikowanych produktów ubezpieczeniowych o charakterze inwestycyjnym. W pracy opisano administracyjno- i cywilnoprawne tło problemu, mechanizmy funkcjonowania rynku sprzyjające możliwości zaistnienia przestępstwa oraz konkretne przykłady z praktyki ubezpieczeniowej, orzecznictwa Prezesa Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów oraz judykatury. Podjęto również próbę wskazania możliwości dowodowych w prowadzeniu postępowań w tego typu sprawach.

1. Uwagi wprowadzające

Kwestia ubezpieczeń na życie z ubezpieczeniowym funduszem kapitałowym (potocznie zwanych polisolokatami¹) urosła obecnie do rangi sporego problemu. Liczne czynniki – takie jak niejasność przepisów, kapitałowe powiązania pomiędzy instytucjami bankowymi i ubezpieczeniowymi, inwestycyjny cel umowy UFK angażujący spore środki pieniężne, prowizyjny system wynagradzania pośredników ubezpieczeniowych – rodzić mogły (i w rzeczywistości w niektórych przypadkach zrodziły) pokusę nadużyć w stosunkach z konsumentem². Nie dziwi więc fakt, że tego typu umowy znalazły się w kręgu zainteresowania Rzecznika Ubezpieczonych (obecnie – Rzecznika Finansowego³), Komisji Nadzoru Finansowego, Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów.

¹ Dalej ubezpieczenie na życie z ubezpieczeniowym funduszem kapitałowym przywoływane będzie również jako UFK (zamiennie z terminem „polislokata”). W obrocie profesjonalnym funkcjonuje inne rozumienie „polislokaty” – jako krótkoterminowego (do 12 miesięcy) ubezpieczenia na życie i dożycie – por. § 5 pkt 5 III Rekomendacji dobrych praktyk na polskim rynku *bancassurance* w zakresie ubezpieczeń z elementem inwestycyjnym lub oszczędnościowym.

² Szerzej: P. Sury, Praktyka *bancassurance* a przepisy karne ustawy o pośrednictwie ubezpieczeniowym, *Prokuratura i Prawo* 2014, nr 10, s. 103–122.

³ Zob. art. 54 ustawy z dnia 5 sierpnia 2015 r. o rozpatrywaniu reklamacji przez podmioty rynku finansowego i o Rzeczniku Finansowym (Dz. U. poz. 1348).

cji i Konsumentów oraz sądów powszechnych. Instytucje te w zakresie swoich kompetencji przedsięwzięły liczne działania mające na celu poprawę pozycji konsumenta na rynku ubezpieczeniowym i uchronienia go przed pokrzywdzeniem ze strony instytucji finansowych. Wydano szereg decyzji⁴, raportów⁵, wytycznych⁶ oraz indywidualnych wystąpień⁷. Pojawiło się również, jednostkowe jak na razie, orzecznictwo sądów powszechnych⁸, w którym nie zawahano się użyć stwierdzenia, że oferta ubezpieczyciela była „w niewiarygodny sposób oszukańcza”⁹.

Polisolatek nie uszły też uwadze ustawodawcy, który w projekcie nowej ustawy o działalności ubezpieczeniowej i reasekuracyjnej¹⁰ wprowadza me-

⁴ Zob. w tym zakresie decyzje Prezesa UOKiK o znakach: DDK-61-16/13/MC, RBG-61-52/13/KL, RKT-61-42/13/SB, RKT-61-45/13/SB, RKT-61-35/12/SB, RBG-61-03/15/KL, RKR-61-13/14/SJ-30/15, RKT-61-18/14/SB, RKT-61-19/14/SB, RPZ-61/4/15/JM, RWR 61-15/2014/WS, RWA-61-27/13/ZT, dostępne w bazie decyzji pod adresem: http://decyzje.uokik.gov.pl/bp/dec_prez.nsf.

⁵ Zob. Podstawowe problemy *bancassurance* w Polsce – raport Rzecznika Ubezpieczonych, Warszawa 2007, Raport dotyczący skarg z zakresu *bancassurance* wpływających do Rzecznika Ubezpieczonych, Warszawa 2007, Aneks do raportu Rzecznika Ubezpieczonych z 2007 r. pt. „Podstawowe problemy *bancassurance* w Polsce” – skargi z zakresu *bancassurance* wniesione w 2012 r., Warszawa 2012, Ubezpieczenia na życie z ubezpieczeniowym funduszem kapitałowym, Raport Rzecznika Ubezpieczonych, Warszawa 2012, Klauzule abuzywne w działalności ubezpieczeniowej – Raport Rzecznika Ubezpieczonych, Warszawa 2014 – dostępne na stronie Rzecznika Finansowego www.rf.gov.pl oraz Raport z kontroli wzorców umownych ubezpieczeń na życie, Warszawa 2010, dostępny na stronie <https://uokik.gov.pl/>.

⁶ Zob. Komisja Nadzoru Finansowego, Rekomendacja U dotycząca dobrych praktyk w zakresie *bancassurance*, Warszawa 2014, Wytyczne dla zakładów ubezpieczeń dotyczące dystrybucji ubezpieczeń, Warszawa 2014, dostępne na stronie www.knf.gov.pl, Związek Banków Polskich, Polska Izba Ubezpieczeń, III Rekomendacja dobrych praktyk na polskim rynku *bancassurance* w zakresie ubezpieczeń z elementem inwestycyjnym lub oszczędnościowym, Warszawa 2012, dostępna na stronie <https://www.piu.org.pl>.

⁷ Zob. pisma Przewodniczącego Komisji Nadzoru Finansowego z dnia 21 lutego 2012 r. do prezesów zarządów banków i zakładów ubezpieczeń, znak DLU 606/33/1/2012 oraz z dnia 26 września 2013 r. do podmiotów objętych nadzorem KNF w sprawie praktyk sprzedażowych związanych z oferowaniem produktów inwestycyjnych, znak DOK/WPR 073317/1/12/PM, dostępne na stronie www.knf.gov.pl.

⁸ Zob. wyroki Sądu Okręgowego w Warszawie z dnia 22 stycznia 2015 r. (sygn. XXV C 430/12) oraz z dnia 27 marca 2015 r. (sygn. III C 1453/13), których uzasadnienia dostępne są poprzez bazę www.orzeczenia.ms.gov.pl oraz wyrok Sądu Najwyższego z dnia 18 grudnia 2013 r., sygn. I CSK 149/13 w bazie SN: www.sn.gov.pl.

⁹ W uzasadnieniu orzeczenia o sygnaturze III C 1453/13.

¹⁰ Ustawa z dnia 11 września 2015 r. o działalności ubezpieczeniowej i reasekuracyjnej (Dz. U. poz. 1844), która wchodzi w życie w dniu 1 stycznia 2016 r. Na temat ochrony konsumenta w nowej ustawie wypowiadają się m.in. M. P. Ziemiańska, Zawieranie i wykonywanie umów ubezpieczenia w świetle projektu ustawy o działalności ubezpieczeniowej i reasekuracyjnej. Wybrane zagadnienia, M. Szczepańska, Prawo do odstąpienia od umowy ubezpieczenia z elementem inwestycyjnym w założeniach do projektu ustawy o działalności ubezpieczeniowej oraz M. Romanowski i A.-M. Weber, Prawo do odstąpienia od umo-

chanizmy mające przeciwdziałać stwierdzonym patologiom obrotu tego typu produktami ubezpieczeniowymi¹¹.

Ten typ ubezpieczenia stał się również przedmiotem zainteresowania Prokuratora Generalnego, który w analizie z dnia 11 marca 2013 r. wyraził pogląd, że nieprawidłowości w oferowaniu konsumentom UFK rozpatrywać można w określonych przypadkach w kontekście znamion przestępstwa z art. 286 § 1 k.k., to jest wprowadzenia klientów w błąd, względnie wyzyskania ich błędu co do charakteru zawieranej umowy¹².

Stąd też można zasadnie wnioskować, że sprawy dotyczące nieprawidłowości w zawieraniu umów ubezpieczenia z UFK pod rządami dotychczasowej ustawy o działalności ubezpieczeniowej¹³ (w okresie od co najmniej 2008 do 2015 r.¹⁴) w większym niż dotychczas stopniu trafiać będą do prokuratorskich referatów. Tematyka UFK jest zaś niełatwa z uwagi na ściśle powiązanie elementów ekonomicznych (rynkowych, inwestycyjnych) oraz zagadnień odnoszących się do niemalże wszystkich dziedzin prawa – tak karnego, jak i cywilnego (chodzi przecież o zawieranie jednostkowych umów adhezyjnych) oraz administracyjnego (w aspekcie regulacji i nadzoru rynku ubezpieczeniowego).

Dlatego potrzebą chwili wydaje się:

- a) przedstawienie w niezbędnym zakresie informacji na temat charakteru prawnego i funkcji ekonomicznej UFK jako atypowej umowy ubezpieczenia,
- b) wskazanie najważniejszych nieprawidłowości w dystrybucji polisolokat w kontekście znamion przestępstwa stypizowanego w art. 286 § 1 k.k.,
- c) wyprowadzenie ogólnych wniosków i przedstawienie propozycji metodycznych odnoszących się prowadzenia postępowań w sprawach tzw. polisolokat.

wy ubezpieczenia na życie z elementem inwestycyjnym – uwagi na tle projektowanej regulacji – wszystkie prace opublikowane w Wiadomościach Ubezpieczeniowych 2015, nr 1, s. 15–26, s. 51–61 oraz s. 63–79.

¹¹ Termin „produkt ubezpieczeniowy” używany jest w obrocie gospodarczym dla określenia typu umów ubezpieczenia, które zawierane są na podstawie tych samych ogólnych warunków ubezpieczenia – zob. § 2 pkt 1 rozporządzenia Ministra Finansów z dnia 2 listopada 2010 r. w sprawie zakresu informacji zawartych w rocznym raporcie o stanie portfela ubezpieczeń i reasekuracji zakładu ubezpieczeń (Dz. U. Nr 215, poz. 1409).

¹² Zob. w tym zakresie: Pismo Prokuratury Generalnej z dnia 11 marca 2013 r., Analiza raportu Rzecznika Ubezpieczonych zatytułowanego „Ubezpieczenia na Życie z ubezpieczeniowym funduszem kapitałowym” w aspekcie karnych i pozakarnych działań prokuratury, znak PG II P 404/2/13, s. 21–22.

¹³ Ustawa z dnia 22 maja 2003 r. o działalności ubezpieczeniowej – tekst jedn. Dz. U. z 2015 r., poz. 1206.

¹⁴ Por. Decyzję Prezesa UOKiK z dnia 16 października 2014 r., znak RKT–61–42/13/SB, s. 17.

2. Charakter prawny i ekonomiczny UFK

2.1. Typowa umowa ubezpieczenia na życie

Umowa ubezpieczenia w modelowym (kodeksowym) ujęciu polega na tym, że ubezpieczyciel zobowiązuje się, w zakresie działalności swego przedsiębiorstwa, spełnić określone świadczenie w razie zajścia przewidzianego w umowie wypadku, a ubezpieczający zobowiązuje się zapłacić składkę. Ubezpieczenie na życie (będące ubezpieczeniem osobowym) może dotyczyć w szczególności śmierci osoby ubezpieczonej lub dożycia przez nią oznaczonego wieku. Świadczenie ubezpieczyciela przy ubezpieczeniu osobowym polega w szczególności na zapłacie umówionej sumy pieniężnej, renty lub innego świadczenia w razie zajścia przewidzianego w umowie wypadku w życiu osoby ubezpieczonej (art. 805 i 829 k.c.).

W typowej umowie ubezpieczenia na życie świadczenie ubezpieczyciela jest powiązane ściśle z możliwością (prawdopodobieństwem, szansą) zaistnienia wypadku losowego. Według różnych ujęć doktrynalnych świadczenie to polega na:

- zapłacie określonej sumy pieniężnej w razie zaistnienia wypadku ubezpieczeniowego,
- udzieleniu przez ubezpieczyciela ochrony ubezpieczeniowej (to jest przeniesieniu na ubezpieczyciela ekonomicznych skutków zmaterializowania się ryzyka),
- uzyskaniu przez ubezpieczonego ekspektatywy spełnienia świadczenia o określonej wartości,
- restytucji określonego w umowie, a naruszonego wypadkiem dobra,
- na niewymagającej bliższego określenia usłudze finansowej, związanej z zarządzaniem składkami ubezpieczeniowymi zgromadzonymi przez ubezpieczających, w celu realizowania wypłat w razie zajścia przewidzianego w umowie wypadku losowego¹⁵.

2.2. Odrębności dotyczące tzw. polisolokat

Ubezpieczenie na życie z ubezpieczeniowym funduszem kapitałowym znacząco odbiega od wskazanego wyżej modelu. W tym typie ubezpieczenia składka ubezpieczeniowa stanowi podstawę do wydzielenia funduszu aktywów, który to fundusz inwestowany jest w sposób określony w umowie ubezpieczenia¹⁶.

¹⁵ Przegląd wszystkich teorii – zob. np. P. S u r y, Świadczenie ubezpieczyciela z tytułu umowy indywidualnego ubezpieczenia na życie. Praca magisterska napisana pod kierownictwem prof. dr. hab. Andrzeja Śmieji, Wrocław 2011, s. 25–46, niepubl.

¹⁶ Zob. art. 2 ust. 1 pkt 13 ustawy z dnia 22 maja 2003 r. o działalności ubezpieczeniowej (tekst jedn. Dz. U. z 2015 r., poz. 1206 ze zm.). Regulacja ta została utrzymana przez usta-

Jak to syntetycznie ujął Sąd Najwyższy: „analizowana umowa jest umową mieszaną z elementami klasycznego modelu umowy ubezpieczenia na życie i postanowieniami charakterystycznymi dla umów, których celem jest inwestowanie kapitału. Przewidziana umową ochrona ubezpieczeniowa ma jednak, ze względu na sumę ubezpieczenia, charakter symboliczny, dominuje więc aspekt kapitałowy uzasadniający pogląd, że cel umowy zakłada istnienie długotrwałego stabilnego stosunku prawnego łączącego strony w celu zgromadzenia jak najwyższego kapitału i wygenerowania możliwie najlepszego efektu ekonomicznego dla ubezpieczającego, co zapewnia także ubezpieczycielowi określone korzyści”¹⁷.

W bardziej szczegółowym ujęciu przedstawionym przez Beatę Mrozowską-Bartkiewicz¹⁸ polisolokaty odznaczają się następującymi atrybutami:

- a) wyraźną podstawę normatywną znajdują nie tyle w kodeksie cywilnym, co w przepisach administracyjnych dotyczących regulacji działalności ubezpieczeniowej,
- b) konstrukcja ubezpieczenia ma wiele cech instrumentu finansowego,
- c) sensem UFK jest pełnienie funkcji lokacyjno-kredytowej: umowa ubezpieczenia wykorzystywana jest do celów oszczędnościowo-inwestycyjnych, zaś świadczenie ubezpieczeniowe traktowane jest jako sposób uzyskiwania renty od zainwestowanego kapitału¹⁹,
- d) zerwaniem więzi pomiędzy zaistnieniem wypadku ubezpieczeniowego a obowiązkiem wypłaty świadczenia: wypłata następuje na wniosek osoby uprawnionej nawet bez zaistnienia wypadku ubezpieczeniowego (jest to tzw. wykup),
- e) tym, że wysokość świadczenia uzależniona jest od wyników osiąganych przez instrumenty finansowe, które stanowią podstawę wyceny jednostki UFK. Łączna kwota świadczenia będzie więc iloczynem liczby jednostek rozrachunkowych i wartości poszczególnych jednostek. Z tego powodu suma świadczenia jest rezultatem gry rynkowej, mogącej przynieść konsumentowi stratę, zatem ryzyko inwestycyjne przerzucone jest na ubezpieczonego,
- f) znacznym skomplikowaniu parametrów finansowych wpływających na wartość inwestycji, szczegółowością tabel opłat i prezentowanych uprawnionym sposobów określania wysokości jednostek uczestnictwa²⁰.

Do powyższego wyliczenia należałoby jeszcze dodać:

wę z dnia 11 września 2015 r. o działalności ubezpieczeniowej i reasekuracyjnej – por. art. 3 ust. 1 pkt 50 tej ustawy.

¹⁷ Wyrok Sądu Najwyższego z dnia 18 grudnia 2013 r., sygn. I CSK 149/13.

¹⁸ B. Mrozowska-Bartkiewicz, Charakter prawny ubezpieczenia na życie z ubezpieczeniowym funduszem kapitałowym, *Prawo Asekuracyjne* 2015, nr 2, s. 25–38.

¹⁹ B. Mrozowska-Bartkiewicz, *Charakter...*, *passim*.

²⁰ Tamże, s. 9–10.

- g) istnienie przewidzianych umową licznych opłat dodatkowych, potrącanych przez ubezpieczyciela bądź to z wpłaconej składki, bądź z samego świadczenia. Mogą to być opłaty: wstępna, za zarządzanie funduszem, za czynności biura maklerskiego²¹ za dokonanie konwersji, za zmianę alokacji oraz (najdonioślejsza w skutkach) opłata likwidacyjna, określana też mianem opłaty od wykupu²².
- h) fakt, że tzw. polisolokaty w części inwestycyjnej uznano za nieopodatkowane, a tym samym również zysk z tych produktów nie jest opodatkowany. Konsekwencją tego stanu rzeczy było oferowanie ubezpieczeń inwestycyjnych, w których uiszczona składka jedynie w nikłym procencie przeznaczona jest na udzielenie ochrony ubezpieczeniowej, natomiast w przeważającej części lokowana jest w instrumenty finansowe, podlegające znacznym wahaniom rynkowym²³.

Już na pierwszy rzut oka widać, że jedynie nominalnie zakwalifikować można UFK jako umowę ubezpieczenia. Przerzucenie ryzyka z ubezpieczyciela na uprawnionego z umowy, możliwość poniesienia przezeń straty, faktyczny brak funkcji ochronnej umowy oraz zrezygnowanie z powiązania wypłaty świadczenia z zaistnieniem wypadku ubezpieczeniowego w żadnej mierze nie odpowiada definicji ubezpieczenia określonej w art. 805 k.c.²⁴. Jednocześnie rodzić może to określone skutki po stronie konsumentów, w szczególności powodować zawieranie umów tego typu przez osoby pozostające w błędnym przekonaniu, że zostanie im udzielona przede wszystkim ochrona ubezpieczeniowa²⁵ lub że

²¹ Zob. P. Wawszczak, Opłaty likwidacyjne w umowach ubezpieczenia na życie powiązanych z UFK w świetle orzecznictwa SOKiK – cz. I, *Monitor Ubezpieczeniowy* 2014, nr 57, wydanie elektroniczne dostępne na stronie www.rf.gov.pl.

²² Wyczerpująco na ten temat: M. Szczepańska, Charakterystyka prawna opłaty likwidacyjnej pobieranej przez ubezpieczyciela w umowie ubezpieczenia na życie z ubezpieczeniowym funduszem kapitałowym, *Wiadomości Ubezpieczeniowe* 2012, nr 1, s. 4–5.

²³ Zob. w tym zakresie: M. Więcko-Tułowicka, Debata o „zawartości ubezpieczenia w ubezpieczeniu”, Warszawa, 12 kwietnia 2013 r., *Monitor Ubezpieczeniowy* 2013, nr 53, s. 14 oraz A. Dąbrowska, Wstępne propozycje legislacyjne Rzecznika Ubezpieczonych w zakresie regulacji prawnych dotyczących umowy ubezpieczenia na cudzy rachunek oraz umów ubezpieczenia na życie z ubezpieczeniowym funduszem kapitałowym, *Monitor Ubezpieczeniowy* 2013, nr 53, s. 18.

²⁴ Pogląd odmienny, kładąc nacisk na zasadę swobody kontraktowej i związaną z nią możliwość ułożenia stosunku prawnego uwzględniającego w większym stopniu funkcję ochronną umowy z UFK prezentuje M. Szczepańska w artykule pt. Wypłata wartości wykupu w umowie ubezpieczenia na życie z ubezpieczeniowym funduszem kapitałowym – charakter prawny świadczenia, *Wiadomości Ubezpieczeniowe* 2015, nr 3, s. 97–107 (w szczeg. s. 101). Nie podzielam tego poglądu z uwagi na adhezyjność umowy ubezpieczenia, co w przeważającej mierze wyłącza możliwość kształtowania treści stosunku prawnego przez uprawnionego do świadczenia.

²⁵ Zob. w tym zakresie Uzasadnienie projektu ustawy o działalności ubezpieczeniowej i reasekuracyjnej, druk sejmowy Sejmu VII kadencji nr 3644, s. 31, dostępny pod adresem <http://www.sejm.gov.pl/Sejm7.nsf/PrzebiegProc.xsp?nr=3644>.

dokonywana przez nie inwestycja odznacza się pewnością porównywalną z klasycznym ubezpieczeniem na życie (na dożycie, posagowe)²⁶.

3. Nieprawidłowości dystrybucji UFK jako okoliczności sprzyjające możliwości zaistnienia czynu z art. 286 § 1 k.k.

Umowa ubezpieczenia z UFK zawsze ma charakter adhezyjny. Jak wskazuje się w doktrynie: „umowa ubezpieczenia stanowi pierwowzór wszelkich umów typowych i adhezyjnych, przy zawieraniu których znalazł zastosowanie wzorzec w postaci ogólnych warunków²⁷... Ogólne warunki ubezpieczenia to pewien (opracowany z góry przez ubezpieczyciela) zbiór klauzul umownych, ujednolicających i uproszczających zawarcie umowy oraz współkształtujących normatywną treść stosunku ubezpieczenia²⁸. Stanowią one ogólne warunki umów w rozumieniu kodeksu cywilnego²⁹. Stosowanie wzorców znacząco ułatwia proces zawierania umowy. Związanie się przez ubezpieczającego umową adhezyjną następuje poprzez przyjęcie oferty opracowanej wcześniej przez ubezpieczyciela³⁰. Szeroko wykorzystuje się przy tym zawieranie umów na odległość – tak za pośrednictwem Internetu, jak i telefonicznie³¹.

Jednakże model dystrybucji UFK jest znacznie bardziej skomplikowany z uwagi na:

- różnorodną rolę podmiotów zaangażowanych w proces zawierania umowy;
- wielość nawiązywanych stosunków cywilnoprawnych w procesie inwestowania kapitału;
- niejasną pozycję prawną podmiotów stosunku ubezpieczeniowego w zależności od przyjętego modelu organizacyjnego dystrybucji;

²⁶ Zob. w tym zakresie: M. Więcko-Tułowicka, *Debata o „zawartości ubezpieczenia w ubezpieczeniu”*, Warszawa, 12 kwietnia 2013 r., *Monitor Ubezpieczeniowy* 2013, nr 53, s. 14–17.

²⁷ M. Orlicki, *Umowa ubezpieczenia*, Warszawa 2002, s. 26. Abstrahuję w tym zakresie od wyrażonego wcześniej zdania że tzw. polisokaty nie wykazują większości cech umowy ubezpieczenia.

²⁸ M. Serwach, komentarz do artykułu 812 k.c., (w:) A. Brodecka-Chamera, Z. Brodecki, D. Fuchs, M. Glicz, B. Janyga, B. Kęszycka, K. Malinowska, J. Nawracała, M. Serwach, E. Sodołska, P. Sukiennik, E. Wieczorek, *Prawo ubezpieczeń gospodarczych. Komentarz. Tom II. Prawo o kontraktach w ubezpieczeniach. Komentarz do przepisów i wybranych wzorców umów*, Warszawa 2010, s. 199.

²⁹ Z. Radwański, J. Panowicz-Lipska, *Zobowiązania – część szczegółowa*, Warszawa 2008, s. 292.

³⁰ Por. art. 66, art. 70, art. 384 k.c.

³¹ Zob. w tym zakresie: I. Radych-Brzezińska, *Obowiązek informacyjny w umowach ubezpieczenia zawieranych na odległość z udziałem konsumentów*, *Wiadomości Ubezpieczeniowe* 2015, nr 2, s. 20–21.

- nikłą wiedzę ekonomiczną i prawną nieprofesjonalnych uczestników obrotu.

Poniżej opisane zostaną najważniejsze obszary mogące rodzić nieprawidłowości w dystrybucji polisłokat. Zaprezentowany podział jest nierozłączny i niewyczerpujący, jednak jego zaletą jest łatwość identyfikacji poszczególnych węzłowych zagadnień.

3.1. Zawieranie kontraktu z ubezpieczycielem za pośrednictwem osób trzecich

Sektor ubezpieczeniowy jest niezwykle aktywnym graczem na rynku finansowym. Rosnąca konkurencja, poszukiwanie nowych źródeł dochodu i oferowanie produktów opartych o instrumenty finansowe powoduje z jednej strony znaczne zbliżenie ubezpieczycieli do banków, a z drugiej do podmiotów rynku kapitałowego³². Powoduje to (w płaszczyźnie zawierania nowych umów) korzystanie przez ubezpieczycieli z usług osób trzecich: tak pośredników ubezpieczeniowych, różnego rodzaju doradców finansowych, czy też z wykorzystaniem kanału dystrybucji bankowej (*bancassurance*). Cechą łączącą wspomniane podmioty jest przede wszystkim prowizyjny system wynagradzania (uzależnienie przychodu pośrednika od wysokości środków, jakie konsument zdecydował się przeznaczyć na inwestycję w ubezpieczenie). System prowizyjny tworzył presję konkurencyjną wśród tak pojętych pośredników, skutkując tendencją do zawierania licznych umów z konsumentami nieorientowanymi w ubezpieczeniach inwestycyjnych i stąd nieprzygotowanymi na związane z nimi ryzyko.

3.1.1. Bankowość ubezpieczeniowa

Bancassurance można rozumieć trojako:

- to relacje prawne pomiędzy bankami a zakładami ubezpieczeń (często powiązanymi kapitałowo), służące obejmowaniu umowami ubezpieczenia klientów banków;
- to wykorzystywanie oddziałów banków do świadczenia usług ubezpieczeniowych (tzw. wspólna baza klientów pokrewnych usług);
- to ubezpieczanie przez banki swoich klientów albo też pośrednictwo banków w zawieraniu umów ubezpieczenia pomiędzy ich klientami a zakładami ubezpieczeń³³.

Niezależnie od przyjętej definicji zgodzić należy się z wyrazistym poglądem Marcina Orlickiego, że „sensem *bancassurance* było przede wszystkim pobieranie prowizji przez bank”, zaś „ubezpieczenia grupowe stały się do-

³² W tym zakresie zob. A. Parlińska, Zakłady ubezpieczeń na polskim rynku kapitałowym w latach 2005–2013, *Wiadomości Ubezpieczeniowe* 2014, nr 3, s. 97–114.

³³ Szerzej: P. Surý, *Praktyka bancassurance...*, s. 103–105.

skonałym pretekstem do uzyskiwania dodatkowych dochodów przez podmioty mające dostęp do szerokiej bazy potencjalnych klientów”³⁴.

Współpraca bankowo-ubezpieczeniowa przybiera różne formy organizacyjno-prawne i nie ogranicza się jedynie do informowania klientów banków o ofercie ubezpieczycieli (względnie – do przekazania zakładowi ubezpieczeń informacji o potencjalnym kliencie). W interesującym nas zakresie oferowania polis o lokat bank w stosunku do ubezpieczyciela mógł występować jako:

- a) instytucjonalny agent ubezpieczeniowy zajmujący się pośrednictwem ubezpieczeniowym pomiędzy zakładem ubezpieczeń a klientem (art. 2 ust. 1 ustawy z dnia 22 maja 2003 r. o pośrednictwie ubezpieczeniowym³⁵);
- b) *quasi*-osoba wykonująca czynności agencyjne (na podstawie nienazwanej a odpłatnej „umowy *bancassurance*”) zawartej pomiędzy bankiem a agentem ubezpieczeniowym (działającym w interesie zakładu ubezpieczeń). „Umowa *bancassurance*” odpowiadała w swej treści umowie o wykonywanie przez bank czynności agencyjnych za wynagrodzeniem. Prowadziło to do:
 - ominięcia dyspozycji art. 9 ust. 1 u.p.u. przewidującego, że podmiotem wykonującym czynności agencyjne może być tylko osoba fizyczna,
 - zagrożenia właściwego poziomu obsługi klienta, ponieważ osoby fizyczne wykonujące czynności za bank nie musiały spełniać restrykcyjnych przesłanek z ustawy o pośrednictwie ubezpieczeniowym dla tego typu działalności (przede wszystkim dawania rękojmi należytego spełniania czynności agencyjnych czy odbycia szkolenia przeprowadzonego przez zakład ubezpieczeń)³⁶.
- c) ubezpieczający w ramach ubezpieczenia grupowego, z wykorzystaniem konstrukcji ubezpieczenia na cudzy rachunek (art. 808 k.c.). W tym układzie podmiotowym ubezpieczającym jest bank, natomiast konsumentowi przysługuje status ubezpieczonego. Konsument usługi finansowej jest więc traktowany jako osoba trzecia wobec stron umowy – zakładu ubezpieczeń i banku³⁷, mimo że na podstawie dodatkowych klauzul umownych przerzucano na niego ekonomiczny obowiązek opłacenia składki³⁸.

³⁴ Zob. M. Orlicki, Rekomendacja U, wytyczne dystrybucyjne, projekt ustawy o działalności ubezpieczeniowej i reasekuracyjnej – szansa na zmianę praktyki zawierania i wykonywania ubezpieczeń grupowych, *Prawo Asekuracyjne* 2015, nr 1, s. 17–18.

³⁵ Tekst jedn. Dz. U. z 2013 r., poz. 950 z późn. zm. – dalej przywoływana jako u.p.u.

³⁶ Zob. szerzej: P. Sury, *Praktyka bancassurance...*, s. 109–113.

³⁷ Por. wyrok Sądu Apelacyjnego w Białymstoku z dnia 22 lutego 2012 r., sygn. I ACa 752/11, OSAB 2012, nr 1, poz. 19–24.

³⁸ Zob. Ubezpieczenia na życie z ubezpieczeniowym funduszem kapitałowym, Raport Rzecznika Ubezpieczonych, Warszawa 2012, s. 31–32.

Skutkowało to wyzuciem ubezpieczonego z uprawnień przysługujących ubezpieczającemu, to jest:

- brakiem możliwości bezkosztowego odstąpienia od umowy (art. 812 § 4 k.c.),
- brakiem obowiązku doręczenia ubezpieczonemu ogólnych warunków ubezpieczenia (art. 808 § 4 k.c.),
- niemożnością wykorzystania przez ubezpieczonego instytucji wyzysku (art. 388 k.c.),
- pominięciem regulacji art. 11 u.p.u. dotyczącym odpowiedzialności odszkodowawczej za nieprawidłowości w akwizycji do ubezpieczenia, ponieważ przepis ten dotyczy pośrednika ubezpieczeniowego a nie reprezentanta ubezpieczającego³⁹.

Natomiast ubezpieczenie grupowe odznacza się stosowaniem znacznych uproszczeń w trakcie zawierania i realizacji umowy:

- objęciem jedną umową wielu ubezpieczonych,
- uproszczoną techniką obliczania ryzyka i uproszczonymi technikami sprzedaży oraz administrowania, przejawiającymi się również w tym, że ubezpieczycielowi może nie być znana tożsamość ubezpieczonych przez cały okres trwania ubezpieczenia, a wiedzę taką zyskuje on dopiero przy zgłoszeniu roszczenia ubezpieczeniowego⁴⁰,
- oparciem współpracy banku (względnie: pośrednika finansowego kooperującego z bankiem) i ubezpieczyciela o umowy ramowe (generalne), do których dostępu nie ma konsument, czego skutkiem jest brak wiedzy ubezpieczonego o rzeczywistej wysokości składki ubezpieczeniowej, sposobu jej ustalania oraz wchodzących w jej skład parametrów⁴¹.

Jak wynika z powyższej prezentacji, ryzyko dla nieprofesjonalnych uczestników rynku w modelach opisanych jako b) i c) wydaje się być oczywiste.

3.1.2 Inne podmioty

Z uwagi na zasadę swobody działalności gospodarczej nie sposób jest wyczerpująco wskazać inne oprócz banków podmioty mogące wchodzić w relacje prawne pomiędzy konsumentem a ubezpieczycielem w procesie dystrybucji polisolokat.

Tytułem przykładu można jednak wymienić:

³⁹ Obszernie na ten temat: Ubezpieczenia na życie z ubezpieczeniowym funduszem kapitałowym, Raport Rzecznika Ubezpieczonych, Warszawa 2012, s. 30–39.

⁴⁰ K. Malinowska, Ubezpieczenia grupowe na życie – niebył w majestacie prawa?, Prawo Asekuracyjne 2008, nr 2, s. 37. Szeroko na ten temat: B. Mrozowska-Falkiewicz, A. Tarasiuk-Flodrowska, Grupowa umowa ubezpieczenia na życie a ocena ryzyka ubezpieczeniowego – problemy praktyczne, Wiadomości Ubezpieczeniowe 2013, nr 2, s. 21–33.

⁴¹ Zob. C. Orłowski, Problemy konsumentów na rynku *bancassurance* – wybrane zagadnienia, Monitor Ubezpieczeniowy 2011, nr 46, s. 51.

- tradycyjnych (w rozumieniu art. 2 ust. 2 u.p.u.) pośredników ubezpieczeniowych;
- doradców finansowych⁴² niekiedy występujących jako ubezpieczający⁴³;
- „pośredników finansowych”⁴⁴;
- pośredników czynności bankowych w ramach *outsourcingu* działalności bankowej (na podstawie umowy agencyjnej – art. 758 i nast. k.c.)⁴⁵;
- „kreatywnych przedsiębiorców” – rzekomo promujących „innovacyjne rozwiązania ubezpieczeniowe”, a faktycznie występujących jako ubezpieczający zarabiający na finansowanej przez klientów (ubezpieczonych) składce⁴⁶.

Należy przy tym jeszcze raz podkreślić bardzo różne przygotowanie merytoryczne wyżej wymienionych podmiotów do przedstawienia konsumentowi rzetelnej i pełnej informacji w zakresie UFK (w szczególności jeżeli weźmie się pod uwagę fakt, że wysokość ich prowizji zależała od liczby zawartych umów i wysokości zainwestowanych środków).

3.3. Nadmiernie wysokie opłaty likwidacyjne

Kwestia tzw. opłaty likwidacyjnej stanowi niejako konsekwencję opisanego wyżej mechanizmu prowizyjnego. Akwizycja do polisolokat wiązała się z ponoszeniem przez zakłady ubezpieczeń wysokich kosztów wynagrodzeń dla pośredników (tzw. kosztów początkowych)⁴⁷. Koszty te finansowane były ze składek wpłacanych okresowo przez klientów na poczet UFK. Stąd też wprowadzenie przez ubezpieczycieli klauzul, mających zniechęcać klientów przed zbyt szybkim wypowiedaniem umów – zanim skumulowana w dłuższym okresie składka ubezpieczeniowa pobrana od klienta zacznie wypracowywać zysk przewyższający koszty akwizycji⁴⁸. Klauzule te przybierały najczęściej postać tzw. opłaty likwidacyjnej – swoistej sankcji za wypowiedzenie przez konsumenta umowy przed upływem określonego czasu. Kara polegała na potrąceniu nawet do 100% wpłaconych środków, jeżeli klient chciał wycofać się w pierwszym okresie trwania inwestycji⁴⁹. Skutkowało to nie tylko utratą wszystkich lub prawie wszystkich zainwestowanych środ-

⁴² Por. Decyzja Prezesa UOKiK, znak RKT-61-42/13/SB.

⁴³ Decyzja Prezesa UOKiK z dnia 16 października 2014r., znak RKT-61-42/13/SB, s. 3.

⁴⁴ Por. wzmiankowane wcześniej pismo z dnia 26 września 2013 r. do podmiotów objętych nadzorem KNF, znak DOK/WPR 073317/1/12/PM.

⁴⁵ Por. teżę wyroku Sądu Najwyższego z dnia 24 listopada 2011 r. (sygn. I PK 62/11), www.sn.pl.

⁴⁶ Zob. M. Orlicki, Rekomendacja U..., s. 19.

⁴⁷ Ekonomiczną analizę zagadnienia przeprowadził M. Wiśniewski w artykule pt. Wartość wykupu polis życiowych z Ubezpieczeniowym Funduszem Kapitałowym, *Wiadomości Ubezpieczeniowe* 2012, nr 2, s. 29–44.

⁴⁸ Zob. w tym zakresie Uzasadnienie projektu..., s. 40.

⁴⁹ Szeroko na ten temat: M. Szczepańska, *Charakterystyka...*, s. 7–9.

ków⁵⁰, ale także – w przypadku powiązań kapitałowych pomiędzy pośrednikiem a ubezpieczycielem – służyło „jedynie wyprowadzaniu znaczącej części składki z Funduszu Ubezpieczeniowego do majątku spółki znajdującej się wraz z Ubezpieczycielem w jednej grupie kapitału”⁵¹.

Nadmiernie wysokie opłaty likwidacyjne zostały zakwestionowane przez Sąd Ochrony Konkurencji i Konsumentów. W licznych judykatach skutkujących uznaniem za niedozwolone aż sześciu klauzul umownych, dokonano analizy nadmiernie wysokiej opłaty likwidacyjnej. Między innymi stwierdzono, że wysokości stawek procentowych tej opłaty nie znajdowały żadnego uzasadnienia w ponoszonych przez zakład ubezpieczeń kosztach i wydatkach, ani nie pozostawały w związku z jego ryzykiem. Znaczna część kosztów funkcjonowania pozwanej oraz jej ryzyko było bowiem pokrywane przez konsumenta w ramach szeregu innych opłat pobieranych przez pozwanego, o których mowa w o.w.u., takich jak opłata wstępna, opłata za zarządzanie i ryzyko, czy opłata administracyjna. Tak sformułowane postanowienie naruszało dobre obyczaje, gdyż skutkowało przejęciem przez ubezpieczyciela całości wykupionych środków w całkowitym oderwaniu od skali poniesionych przez ten podmiot wydatków. Opłata nie może służyć refundacji „utruty spodziewanych zysków” a jej pobieranie w nadmiernej wysokości nie może być tłumaczone ani powszechnością zamieszczania podobnych regulacji w stosowanych przez innych ubezpieczycieli wzorcach umów, ani też brakiem interwencji UOKiK we wzorzec umowy”⁵².

3.3. Tzw. umowy oszukańcze *ab initio*

Wyróżnienie tej grupy umów związane jest ze sformułowaniem użytym w uzasadnieniu wyroku Sądu Okręgowego w Warszawie z dnia z dnia 27 marca 2015 r. (sygn. III C 1453/13), które warto przytoczyć *in extenso*. Sąd ten drobiazgowo zbadał umowę tzw. polisolokaty strukturyzowanej i na podstawie zebranego materiału dowodowego stwierdził, że „powód jako konsument poniósł bowiem ogromne straty – w wyniku przede wszystkim ciężkiego naruszenia obowiązków informacyjnych względem niego. Został mianowicie celowo wprowadzony w błąd. I nie chodzi tu o niedopełnienie obowiązku informacyjnego o cechach produktu przez agenta ubezpieczeniowego – co także miało miejsce, choć tam Sąd nie znalazł dowodów na to było to ze strony agenta działanie zawinione. Zdaniem Sądu decydujące

⁵⁰ Zob. P. W a w s z c z a k, Opłaty likwidacyjne..., wydanie elektroniczne dostępne na stronie www.rf.gov.pl.

⁵¹ Por. uzasadnienie wyroku Sądu Okręgowego w Warszawie z dnia 27 marca 2015 r. (sygn. III C 1453/13).

⁵² Przegląd orzecznictwa wraz z omówieniem: P. W a w s z c z a k, Opłaty likwidacyjne w umowach ubezpieczenia na życie powiązanych z UFK w świetle orzecznictwa SOKiK, Monitor Ubezpieczeniowy nr 57–60/2014, wydanie elektroniczne dostępne na stronie www.rf.gov.pl.

znaczenie ma tu takie celowe skonstruowanie oferty przez Ubezpieczyciela, że była ona po prostu w niewiarygodnym stopniu oszukańcza. (...) W ocenie Sądu istotą problemu w niniejszej sprawie nie jest sposób przedstawienia produktu powodowi ani stan świadomości powoda co do cech tego produktu. Istotą problemu jest w niniejszej sprawie sam produkt, który w ocenie Sądu jest tak skonstruowany, że żadna, choćby najlepsza o nim informacja – nie spowoduje, że stanie się on uczciwy.

Każda z umów precyzyjnie i jasno określała świadczenie, do spełnienia którego zobowiązał się ubezpieczony. Natomiast świadczenie Ubezpieczyciela zostało w tych umowach określone w taki sposób, że nie tylko nieznany był sposób jego wyliczenia, ale w dodatku w dużej mierze wysokość tego świadczenia zależała od arbitralnych decyzji Ubezpieczyciela, na które Ubezpieczony nie miał wpływu ani nawet nie miał o nich wiedzy. I tak:

- Ubezpieczyciel część składki przeznaczał – pod pozorem opłaty administracyjnej – na pokrycie swoich wydatków z tytułu prowizji dla agenta – choć nie powinien był tego robić, gdyż, jak wyjaśniono wyżej, nie był to koszt związany z tymi umowami, tylko był to ogólny koszt działalności Ubezpieczyciela, a takich kosztów nie wolno Ubezpieczycielowi pokrywać ze składek, które powinny być w całości przekazywane do inwestowania, po potrąceniu jedynie kosztów związanych z tą konkretną umową; z tego powodu z inwestowania było wyjęte łącznie aż (...) lub (...) pierwszej składki;
- Ubezpieczyciel część składki przeznaczał – w ramach opłaty administracyjnej – na swój zysk ze swojego kapitału zainwestowanego w Fundusz a zapisanego na rachunek ubezpieczonego – wedle stopy (...) rocznie – przy czym ubezpieczony nie wiedział, jaką część opłaty administracyjnej stanowi ten zysk;
- Ta część składki, która była inwestowana w Fundusz, była przeliczana arbitralnie przez Ubezpieczyciela (tzn. zależnie jedynie od jego woli) na jednostki uczestnictwa i księgowana na rachunku ubezpieczonego – w sposób niezależny od ubezpieczonego i nieznany mu;
- Tak ustalona wartość księgowa rachunku była podstawą do ustalenia wysokości świadczenia Ubezpieczyciela w razie zaistnienia zdarzenia ubezpieczeniowego albo wcześniejszego zakończenia umowy ubezpieczenia przez ubezpieczonego;
- Wielkość ewentualnego zysku ubezpieczonego, którego wypłatę gwarantował Ubezpieczyciel po zakończeniu okresu odpowiedzialności (15 lat), zależała od indeksu (...), którego wartość ani metoda wyliczenia nie były jawne dla ubezpieczonego, a przy tym nie zależał on wprost od ruchu cen na rynkach finansowych; od wartości tego indeksu nie zależała wprost także wartość aktywów Funduszu, a co za tym idzie – także wartość jed-

- nostek uczestnictwa i wartość rachunku ubezpieczonego – ponieważ nawet przy wzroście tego indeksu o ponad (...) wartość rachunku i tak malała;
- Przy wypowiedzeniu umowy przed upływem okresu ubezpieczenia wartość rachunku – która wyznaczała wielkość świadczenia Ubezpieczyciela – malała także na skutek *spreadu* stosowanego przez emitentów certyfikatów i obligacji, w które lokowane były aktywa Funduszy.

Wszystko to prowadzi do wniosku, że świadczenie Ubezpieczyciela, do którego był zobowiązany wobec powoda, nie było określone w umowie w sposób stanowczy i konkretny, ale w taki sposób, który umożliwiał kształtowanie wielkości tego świadczenia przez samego Ubezpieczyciela poprzez jego arbitralne decyzje, na które druga strona umowy – ubezpieczony – nie miał żadnego wpływu. Jest to sprzeczne z naturą stosunku zobowiązaniowego jako takiego. Niedopuszczalne jest, by dłużnik mógł zwolnić się z zobowiązania poprzez spełnienie świadczenia, którego kształt i wysokość sam arbitralnie określi.

W przypadku „zwykłych” polis inwestycyjnych, pieniądze ubezpieczonych są inwestowane w fundusze inwestycyjne akcji czy obligacji notowanych na rynku regulowanym – czyli dostępnych w obrocie giełdowym, posiadających rzeczywiście wartość rynkową, przedstawiających określoną rzeczywistą i mierzalną wartość kapitałową. Tymczasem polisy strukturyzowane – takie jak (...) i (...) – są inwestycją w fundusze, potocznie mówiąc, wirtualne. Nie są to fundusze akcji ani obligacji, tylko specjalne wehikuły inwestycyjne, utworzone w konkretnym celu – by lokować w nich pieniądze z polis strukturyzowanych. W funduszach tych nie ma żadnych akcji czy obligacji notowanych na rynku regulowanym, nie ma niczego, co miałoby faktycznie jakąś wartość rynkową – są za to certyfikaty czy obligacje, z których zysk jest uzależniony od wartości indeksów bankowych, których wartość z kolei jest uzależniona – nie wiadomo od czego. Metoda ich liczenia jest bowiem utajniona nie tylko co do tego, w co są inwestowane (co można uznać za normalne w warunkach konkurencji na rynku), ale nawet – czy są inwestowane w papiery wartościowe czy w instrumenty pochodne, a jeśli w instrumenty pochodne – to czy obliczone na wzrost czy na spadek. Wiadomo tylko, że fundusz ma na koniec trwania okresu ubezpieczenia ochronę kapitału w kwocie nominalnej minus podatek – co oczywiście zdecydowanie nie odpowiada celowi inwestycyjnemu ubezpieczonego. Za to pewny jest zarobek Ubezpieczyciela, który z bieżących składek zarabia (...) w stosunku rocznym od za-inwestowanego kapitału. O ile w zwykłych polisach inwestycyjnych klienci są zagrożeni utratą pieniędzy dopiero wtedy, jeśli wycofają się z inwestycji (gdy z ich wypłaty potrącone będą opłaty likwidacyjne), o tyle w polisach strukturyzowanych największe straty wynikają już z samej przeceny wartości tego „specjalnego” funduszu inwestycyjnego. Przecena ta następuje zaś na podstawie mechanizmu nieujawnionego w umowie, mechanizmu zależnego wy-

łącznie od Ubezpieczyciela. Wielkość świadczenia Ubezpieczyciela w obu umowach jest niepewna nie dlatego, że wynikać może z oczywistych wahań rynku kapitałowego; nie jest pochodną normalnego ryzyka inwestycyjnego – ale została ukształtowana w sposób całkowicie niewiadomy, a zależny jedynie od samego Ubezpieczyciela. Z przedstawionych wyżej względów Sąd uznał, że w sytuacji, gdy warunki umowy tak dalece nie pozwalają na określenie wielkości świadczenia jednej z zobowiązanych stron, prowadzi to do tak dalekiego zniekształcenia stosunku obligacyjnego, że koliduje to z jego naturą. Warunki tych umów są sprzeczne z jakąkolwiek rozsądną interpretacją jakiegokolwiek stosunku zobowiązaniowego w kształcie nadanym mu przez nasze ustawodawstwo”.

Podobny mechanizm przedstawiony został w opracowaniu przygotowanym przez Rzecznika Ubezpieczonych⁵³. Przeprowadzone przez Biuro Rzecznika analizy oraz symulacje opłacalności i efektywności produktów ubezpieczeniowych o charakterze inwestycyjnym wykazały, że reguły rządzące powyższymi produktami inwestycyjnymi są bardzo niejasne. Nie wiadomo nic albo wiadomo bardzo niewiele na temat sposobu ustalania wartości jednostki uczestnictwa, w tym jej wartości początkowej, sposobu zachowania się indeksu, relacji pomiędzy indeksem a wartością jednostki uczestnictwa. Inwestycja w *quasi*-ubezpieczenie obarczona jest wszelkiego rodzaju ryzykami: ryzykiem kredytowym emitenta i gwaranta, ryzykiem wiarygodności depozytariusza, ryzykiem zmienności i nieprzewidywalności indeksu, ryzykiem poprawności wyliczenia indeksu, ryzykiem likwidacji indeksu, ryzykiem stóp procentowych, ryzykiem kursów wymiany walut, ryzykiem braku rynku wtórnego instrumentu bazowego, a nade wszystko ryzykiem braku zysku lub pokrycia przynajmniej kosztów inwestycji⁵⁴.

3.4. *Misselling* ubezpieczeniowy

Wykorzystanie braku wiedzy konsumenta o tak skomplikowanych produktach inwestycyjnych jak polisolokaty znalazło wyraz również w oferowaniu mu rozwiązań odznaczających się znacznym stopniem skomplikowania i wysokim poziomem ryzyka. Częstokroć konsument był skłaniany przez instytucję finansową do przystąpienia (czy to w charakterze ubezpieczającego, czy ubezpieczonego) do ubezpieczenia z ubezpieczeniowym funduszem kapitałowym, którego zakres był całkowicie niedostosowany do jego indywidualnej sytuacji i właściwości (tzw. *misseling*). Takie praktyki przybierały różnorodne formy, w tym:

- oferowania produktów inwestycyjnych powiązanych z wysokim stopniem ryzyka inwestycyjnego klientom niemającym skłonności do ponoszenia

⁵³ Zob. obszerny raport Ubezpieczenia na życie z ubezpieczeniowym..., s. 49–101.

⁵⁴ Tamże, s. 68–69.

takiego ryzyka, w tym również oferowania produktów długoterminowych (wieloletnich) o skomplikowanej konstrukcji osobom w podeszłym wieku i posiadającym znikomą wiedzę na temat zasad funkcjonowania rynku finansowego;

- braku rzetelnej informacji o charakterze prawnym umowy (ubezpieczenie a nie umowa lokaty bankowej), podkreślania ponadprzeciętnych zysków, nierzetelnego informowania o ryzyku utraty części środków, pomijania informacji o kosztach zawarcia umowy i opłacie za wcześniejsze zakończenie umowy;
- procesu akwizycji bankowej przybierającej postać prób ominięcia przepisów obowiązującego prawa lub wprowadzenia konsumenta w błąd (przykładowo poprzez nieprawdziwe ustne informacje czy rozdrobnienie istotnych postanowień umowy pomiędzy różne wzorce umowne czy liczne oświadczenia)⁵⁵.

W bardziej szczegółowym ujęciu praktyki te zostały przedstawione poniżej.

A. Zatajanie przed konsumentami charakteru prawnego zawieranego kontraktu

Rozmowy prowadzono z klientami według sporządzonego wcześniej scenariusza (tzw. skryptu) w taki sposób, by podkreślać oszczędnościowe cechy produktu, a unikać odniesień do jego faktycznego ubezpieczeniowego charakteru⁵⁶. Konsultanci używali sformułowań kojarzących się z usługami bankowymi, mówiąc o „włączeniu programu” (a nie o przystąpieniu do ubezpieczenia), o „przesuwaniu kwoty z rachunku na program”, „dodatkowym bezpłatnym rozwiązaniu do rachunku bieżącego”, czy o „podpinaniu programu pod rachunek”. Poprzez analogię do bankowych produktów oszczędnościowych jako główne cechy i zalety programu we wszystkich rozmowach podkreślano systematyczność i niewielkie kwoty, przez co kapitał miał się kumulować niezauważalnie. Przedstawiciele banku unikali odniesień do ubezpieczeniowego charakteru produktu (w prowadzonych rozmowach słowo „ubezpieczenie” padało raz lub dwa razy w ostatniej fazie rozmowy)⁵⁷. W odpowiedzi na jasno sformułowane pytanie konsumenta – czy po dwóch lub pięciu latach może wycofać się z programu – konsultant udzielał odpowiedzi wymijającej i nie na temat, wobec czego konsumenci wprowadzeni w błąd podejmowali decyzję rynkową o przystąpieniu do ubezpieczenia, z którego nie mogli się przez wiele lat wycofać, a w konsekwencji ryzykowali

⁵⁵ Zob. Pismo KNF z dnia 26 września 2013 r. w sprawie praktyk sprzedażowych związanych z oferowaniem produktów inwestycyjnych oraz Ubezpieczenia na życie z ubezpieczeniowym funduszem kapitałowym..., s. 3–21 oraz s. 41–48, jak też Aneks do Raportu..., s. 37–40.

⁵⁶ Decyzja Prezesa UOKiK z dnia 16 października 2014r., znak DDK-61-16/13/MC, s. 9.

⁵⁷ Tamże, s. 22–23.

utratę wszystkich wpłaconych środków w przypadku, gdyby sytuacja finansowa nie pozwoliła im przeznaczać co miesiąc określonych kwot na zapłatę składki⁵⁸.

B. Wprowadzanie konsumenta w błąd w zakresie ryzyka utraty środków pieniężnych⁵⁹

Spółka (pośrednik finansowy) wysyłała wewnętrzną pocztą swoim pracownikom (konsultantom) materiały informacyjne i szkoleniowe. Dotyczyły one m.in. cech jakie posiadają produkty. Jako jedna z cech produktów wymieniana była 100% ochrona kapitału, jednak bez szczegółowego wyjaśnienia w jaki sposób należy to interpretować. Stwierdzone zostało, że informacje o ryzykach jakie wiążą się z przedmiotowymi produktami były podane na końcach prezentacji⁶⁰. Dodatkowo ewentualne korzyści standardowo były przedstawione w sposób czytelniejszy, tj. użyto większej czcionki, pogrubień, wypunktowania. Natomiast specjalnych sposobów przedstawienia w sposób przystępny standardowo nie zastosowano w przypadku opisu ryzyk⁶¹. Przedstawiane klientom informacje w zakresie ryzyka inwestycyjnego były niejednokrotnie rozmieszczone w różnych, licznych, odrębnych dokumentach⁶².

Większość z nazw produktów była powiązana z pojęciami sugerującymi osiągnięcie zysku oraz z określeniami, które mogą w sposób bezpośredni być odbierane jako zapewnienie stabilności i pewności efektu inwestycji np. bezpieczny, emerytura, oszczędzanie, przyszłość, stabilny zysk, bezpieczny zysk⁶³. Zostało stwierdzone, że pracownicy zdawali sobie sprawę z preferowanych przez konsumentów cech produktów i pomimo tego prowadzili z nimi rozmowy w taki sposób, aby wierzyli oni, że przedmiotem rozmów są produkty związane z oszczędzaniem i że będą mogli wycofać zainwestowane środki pieniężne w dogodnym dla nich czasie⁶⁴.

W trakcie prowadzonych rozmów wykorzystywane były różnego rodzaju materiały zawierające wykresy, tabele i wyliczenia. Materiały te każdorazowo wskazywały na wzrostową tendencję produktu i osiągnięcie zysku w dowolnych warunkach rynkowych (*hossa/bessa*). Posługiwanie się dodatkowymi materiałami powodowało, że przekazywane przez sprzedawców informacje stawały się dla konsumenta bardziej wiarygodne, gdyż sprawiały

⁵⁸ Tamże, s. 29.

⁵⁹ Decyzja Prezesa UOKiK z dnia 16 października 2014r., znak RKT-61-42/13/SB.

⁶⁰ Tamże, s. 8-9.

⁶¹ Tamże, s. 37.

⁶² Tamże, s. 9-14.

⁶³ Tamże, s. 23-24.

⁶⁴ Tamże, s. 27.

wrażenie przygotowanych przez Spółkę wcześniej, prawdopodobnie po wykonaniu dogłębnej analizy cech produktów.

Sugestywność przekazu, a także stosowane techniki prezentacji powodowały, że konsumenci nie zwracali uwagi na klauzule umowne z informacjami o występowaniu ryzyka utraty znacznej części (względnie całości) środków, mimo że zapoznanie się z tymi elementami kontraktu potwierdzali własnoręcznym podpisem⁶⁵.

C. Wykorzystanie nieświadomości klientów banku co do charakteru inwestycji

W innym postępowaniu Prezes UOKiK stwierdził, że konsumenci zwracali się do banku po produkt związany z oszczędzaniem, podczas gdy konsultanci oferowali im polisłokaty, będące zupełnie nową usługą, o diametralnie innych cechach. Takie zachowanie utrzymywało w konsumentach przekonanie, że pieniądze zostały zdeponowane w banku w sposób, który umożliwia otrzymanie zwrotu wpłaconych środków pieniężnych na żądanie, to jest ochronę 100% kapitału początkowego na zasadach właściwych lokatom krótkoterminowym. W rezultacie klienci nie mieli świadomości, że bank może zaproponować skomplikowany i ryzykowny produkt zamiast tradycyjnej znanej mu lokaty terminowej⁶⁶. Co więcej – zostało ustalone, że pracownicy zdawali sobie sprawę z preferowanych przez konsumentów cech produktów, a jednak prowadzili z konsumentami rozmowy w taki sposób, aby wierzyli oni, że przedmiotem rozmów są produkty związane z oszczędzaniem w tradycyjnym tego słowa rozumieniu, to jest bez obciążania ryzykiem utraty pierwotnego kapitału⁶⁷. Do utwierdzenia konsumentów w błędnym przekonaniu służyło wiele forteli odnoszących się przede wszystkim do możliwości bezkosztowego wycofania się z umowy w krótkim (z reguły od 3–6 miesięcy do 3 lat) terminie⁶⁸.

D. Wewnętrzne bankowe zalecenia dystrybucyjne skutkujące wprowadzeniem konsumenta w błąd

Jak wynika z dokonanej przez Prezesa UOKiK analizy wewnętrznej korespondencji jednego z banków⁶⁹, niewłaściwe praktyki dystrybucyjne mogły wynikać również z otrzymanych przez pracowników zaleceń dystrybucyjnych. Były to przygotowane ogólnie wzory konkretnych sformułowań, które sprzedawcy mogli wykorzystać w trakcie rozmów, scenariusze prowadzenia rozmów, budowania zainteresowania produktami u konsumentów. Materiały

⁶⁵ Tamże, s. 34.

⁶⁶ Por. Decyzja Prezesa UOKiK z dnia 15 października 2014 r., znak RKT–61–45/13/SB, s. 26.

⁶⁷ Tamże, s. 30.

⁶⁸ Przykłady takich zachowań zostały szczegółowo opisane w decyzji, w szczeg. na s. 30–33.

⁶⁹ Por. Decyzja Prezesa UOKiK z dnia 31 grudnia 2013 r., znak RKT–61–35/12/SB, s. 35–38.

te miały na celu takie ukształtowanie rozmów, by klient banku uzyskał przeświadczenie, że zawiera umowę lokaty kapitału na warunkach lepszych niż zwykła lokata bankowa, przy czym zawierana umowa nie jest diametralnie różna od klasycznej lokaty⁷⁰. Sprzedawcom przedstawiono gotowe przykłady odpowiedzi na wątpliwości konsumentów związane m.in. z długością trwania umów. W szczególności konsultanci mieli używać słów odnoszących się do lokat, wysokiego oprocentowania, bezpieczeństwa czy wręcz braku (ograniczeniu) ryzyka⁷¹. Sformułowania te należy ocenić jako bałamutne i prowadzące do wytworzenia u klientów przekonania, że będą mogli rozwiązać umowy w dowolnym momencie gdy zaistnieje taka konieczność, zaś gdy nie będą potrzebować środków pieniężnych, to umowa będzie dalej obowiązywała i zyski będą pomnażane⁷².

4. Znamiona przestępstwa oszustwa a nieprawidłowości obrotu polisolokatami

Zgodnie z dyspozycją art. 286 § 1 k.k. odpowiedzialności karnej podlega ten, kto w celu osiągnięcia korzyści majątkowej, doprowadza inną osobę do niekorzystnego rozporządzenia własnym lub cudzym mieniem za pomocą wprowadzenia jej w błąd albo wyzyskania błędu lub niezdolności do należytego pojmowania przedsiębranego działania.

Z praktycznych względów operatywnie jest dokonywać wykładni tego przepisu zgodnie z utrwaloną linią orzecniczą. W konsekwencji za niesporne uznaje się, że określone w art. 286 k.k. przestępstwo oszustwa jest przestępstwem umyślnym zaliczanym do tzw. celowościowej odmiany przestępstw kierunkowych. Ustawa wymaga, aby zachowanie sprawcy było ukierunkowane na określony cel, którym w przypadku oszustwa jest osiągnięcie korzyści majątkowej. Sprawca podejmując działania musi mieć wyobrażenie pożądanej dla niego sytuacji, która stanowić ma rezultat jego zachowania. Powyższe ujęcie znamion strony podmiotowej wyklucza możliwość popełnienia oszustwa z zamiarem ewentualnym. Zamiar bezpośredni winien obejmować zarówno cel, jak i sam sposób działania zmierzający do zrealizowania tego celu. Sprawca musi chcieć takiego właśnie sposobu działania w celu osiągnięcia korzyści majątkowej i cel ten musi stanowić punkt odniesienia każdego ze znamion przedmiotowych przestępstwa. Przypisując sprawcy popełnienie przestępstwa określonego w art. 286 § 1 k.k. należy wykazać, że obejmował on swoją świadomością i zamiarem bezpośrednim (kierunkowym) nie tylko to, że wprowadza w błąd inną osobę (względnie wy-

⁷⁰ Tamże, s. 37.

⁷¹ Tamże, s. 36–37, z dokładnym cytowaniem scenariuszy rozmów.

⁷² Tamże, s. 37.

zyskuje błąd), ale także i to, że doprowadza ją w ten sposób do niekorzystnego rozporządzenia mieniem – i jednocześnie chce wypełnienia tych znamion⁷³.

4.1. Znamie wprowadzenia w błąd lub wyzyskania błędu

Sposób działania sprawcy oszustwa względem innej osoby może więc polegać na: wprowadzeniu jej w błąd poprzez wywołanie u niej wyobrażenia o istniejącej (nie przyszłej) rzeczywistości, która jest w istocie inna niż przedstawia jej sprawca; wyzyskaniu błędu pokrzywdzonego, tj. jego subiektywnego wyobrażenia o rzeczywistości, która jest w istocie odmienna i o czym sprawca wie; wyzyskaniu niezdolności pokrzywdzonego do należytego pojmowania przedsiębranego działania. Zauważyć należy, że wprowadzenie w błąd może mieć postać zarówno działania (np. sprawca przedstawia pokrzywdzonemu nieprawdziwe informacje dotyczące transakcji, za którą ma otrzymać od niego wynagrodzenie), jak i zaniechania (np. sprawca zataja przed pokrzywdzonym istotne informacje dotyczące obciążeń własnego majątku czy wady prawnej przedmiotu transakcji)⁷⁴. Błędnie wyobrażona okoliczność ma dotyczyć decydowania o rozporządzeniu lub sposobie rozporządzenia mieniem⁷⁵. Warto wskazać, że przesłanką eksculpacji nie może być bierna postawa sprawcy przy zawieraniu umowy, ponieważ wprowadzenie w błąd może zostać osiągnięte właśnie przez przemilczenie, zaniechanie poinformowania o faktycznym stanie rzeczy⁷⁶.

Z przedstawionych wcześniej rozważań w interesującym nas zakresie wynikają następujące spostrzeżenia:

- jako hipotetyczny pokrzywdzony zawsze będzie występował konsument (osoba zawierająca umowę o polisłokatkę niezależnie od tego, czy jest ona klientem zakładu ubezpieczeń, banku, pośrednika finansowego czy innego podmiotu);
- jako hipotetyczny sprawca występować zasadniczo będzie osoba fizyczna wchodząca w interakcję z konsumentem i skłaniająca go do zawarcia umowy;
- błąd może dotyczyć: charakteru prawnego ubezpieczenia z UFK, jego długoterminowego charakteru, istnienia i wysokości opłaty likwidacyjnej, poziomu ryzyka obciążającego zaangażowany kapitał⁷⁷;

⁷³ Tak Sąd Najwyższy w wyroku z dnia 14 stycznia 2004 r., sygn. IV KK 192/03, LEX nr 84458.

⁷⁴ Wyrok Sądu Najwyższego z dnia 19 lipca 2007 r., sygn. V KK 384/06, publikacja elektroniczna w bazie Lexlege.pl.

⁷⁵ Wyrok Sądu Najwyższego z dnia 2 października 2015 r., sygn. III KK 148/15, www.sn.pl.

⁷⁶ Wyrok Sądu Najwyższego z dnia 10 lipca 2007 r., sygn. III KK 20/07, LEX nr 310207.

⁷⁷ Zob. P. Wrzesiński, Uchylenie się od skutków prawnych umowy ubezpieczenia na życie z ubezpieczeniowym funduszem kapitałowym na podstawie błędu lub podstęp, *Prawo Asekuracyjne* 2015, nr 2, s. 42–49.

- pomocnym dla przyjęcia błędu będzie wzorzec tzw. przeciętnego konsumenta: osoby dostatecznie poinformowanej, ostrożnej i zorientowanej⁷⁸, przy czym każdej oceny należy dokonywać z uwzględnieniem okoliczności danego przypadku, czyli indywidualnych i uchwytnych (postrzegalnych) cech osobistych klienta – np. podeszłego wieku, nieporadności, braku doświadczenia;
- należy ściśle rozgraniczyć wprowadzenie w błąd od reklamowania czy też zachwalania danego produktu, jednak należy opowiedzieć się za wprowadzeniem w błąd (względnie wyzyskaniem błędu), kiedy reklamowanie (zachwalanie) przekracza dopuszczalne i akceptowalne granice w bezpośrednim kontakcie sprzedawcy z indywidualnie określonym klientem.

4.2. Znamień niekorzystnego rozporządzenia mieniem

Poprzez niekorzystne rozporządzenie mieniem należy rozumieć wszelkie działania bądź sytuacje, które w majątku pokrzywdzonego powodują jakiegokolwiek niekorzystne zmiany. Wystarczające jest przeto ustalenie, że pokrzywdzony nie zawarłby umowy, gdyby wiedział o okolicznościach, które były przedmiotem wprowadzenia go w błąd przez sprawcę⁷⁹.

Niekorzystnym rozporządzeniem mieniem, jako znamieniem przestępstwa oszustwa, jest każda czynność o charakterze określonej dyspozycji majątkowej, odnoszącej się do ogółu praw majątkowych, ale i zobowiązań kształtujących sytuację majątkową, która skutkuje ogólnym pogorszeniem sytuacji majątkowej pokrzywdzonego, w tym zmniejszeniem szans na zaspokojenie roszczeń w przyszłości⁸⁰. Dla „niekorzystności” rozporządzenia mieniem istotny jest punkt widzenia interesów tej osoby lub innej osoby pokrzywdzonej⁸¹.

Niekorzystność tego rozporządzenia należy oceniać tylko z punktu widzenia okoliczności istniejących w czasie rozporządzenia mieniem, a nie tych które, następują później⁸².

Z punktu widzenia przedmiotu niniejszego opracowania istotna jest trafna argumentacja przedstawiona w wyroku Sądu Najwyższego z dnia 5 stycznia 2006 r. (sygn. III KK 198/05)⁸³. W uzasadnieniu tego judykatu odniesiono się do nieakceptowalnego przez jedną ze stron kontraktu ryzyka gospodarczego. Stwierdzono, że niekorzystnym rozporządzeniem mieniem przy zawarciu umowy nie musi być powstanie rzeczywistej straty w sensie materialnym,

⁷⁸ Tamże, s. 48.

⁷⁹ Tak trafnie Sąd Najwyższy w wyroku z dnia 2 października 2015 r., sygn. III KK 148/15, publikacja w bazie www.sn.pl.

⁸⁰ Wyrok Sądu Najwyższego z dnia 10 czerwca 2010 r., sygn. IV KK 1/10, LEX nr 590282.

⁸¹ Postanowienie Sądu Najwyższego z dnia 24 listopada 2009 r., sygn. III KK 138/09, LEX nr 553880.

⁸² Wyrok Sądu Najwyższego z dnia 21 sierpnia 2002 r., sygn. III KK 230/02, LEX nr 55202.

⁸³ LEX nr 178475.

lecz np. już sam fakt wdania się w umowę na warunkach daleko gorszych od zakładanych, połączony z ryzykiem utraty zaangażowanych środków finansowych. Probierzem „niekorzystności” rozporządzenia mieniem Sąd Najwyższy uczynił zasady racjonalnego gospodarowania, które to, w normalnym biegu spraw, odwiodłyby stronę umowy od zawarcia kontraktu.

Jak wynika z wcześniej poczynionych uwag, niekorzystne rozporządzenie mieniem poprzez przystąpienie do ubezpieczenia na życie z ubezpieczeniowym funduszem kapitałowym może mieć miejsce wtedy, gdy kapitał hipotetycznego pokrzywdzonego obciążony został nieakceptowalnym przez konsumenta ryzykiem utraty. Owo ryzyko utraty związane jest z dwiema cechami polisłokat:

- uzależnieniem wyniku inwestycji od nieprzewidywalnego rezultatu gry rynkowej opartej o skomplikowane i często abstrakcyjne wyznaczniki;
- stosowaniem wysokich opłat likwidacyjnych powodujących niekorzystną alternatywę: zamrożenie kapitału na długi czas lub potrącenie znacznej części środków.

A contrario: samo nieosiągnięcie zysku (lub poniesienie straty) w sytuacji, gdy konsument zdawał sobie sprawę z charakteru prawnego i ekonomicznego UFK, będzie niewystarczające dla realizacji przedmiotowego znamienia.

4.3. Znamień osiągnięcia korzyści majątkowej

Pojęcie korzyści majątkowej, konkretyzującej cel działania sprawcy (*animus lueri faciendi*) jest w wykładni prawa karnego rozumiane szeroko – jako aktualne (współczesne) i przyszłe przysporzenie mienia, osiągnięcie korzyści majątkowej w konkretnych okolicznościach, ogólne polepszenie sytuacji majątkowej. Dla realizacji znamienia działania w celu osiągnięcia korzyści majątkowej, sprawca bynajmniej nie musi dążyć do przywłaszczenia mienia stanowiącego przedmiot oszukańczych zabiegów, wystarczy, że zamierza osiągnąć korzyść majątkową wynikającą z niekorzystnego rozporządzenia mieniem przez osobę czy inny podmiot wprowadzone w błąd⁸⁴.

Przytoczyć tutaj należy również definicję zawartą w art. 115 § 4 k.k.: korzyścią majątkową jest korzyść zarówno dla siebie, jak i dla kogo innego.

Nie ulega zatem wątpliwości, że w interesującym nas zakresie „korzyść majątkową” jako cel działania (zaniechania) stanowić będzie prowizja lub inne wynagrodzenie otrzymane przez pośrednika (dla siebie) za doprowadzenie do zawarcia umowy. Korzyścią osiąganą dla kogo innego – dla pośrednika instytucjonalnego, banku czy zakładu ubezpieczeń będzie zaś przysporzenie majątkowe osiągnięte przez osobę działającą na rzecz danej instytucji finansowej w ramach stosunku pracy lub innego stosunku zobowiązaniowego.

⁸⁴ Wyrok Sądu Najwyższego z dnia 21 sierpnia 2002 r., sygn. III KK 230/02, LEX nr 55202.

5. Kwestia indywidualizacji odpowiedzialności karnej

Nie nastęrcza problemów indywidualizacja odpowiedzialności karnej w wypadku, kiedy to osoba fizyczna, działająca jako samodzielny i niezależny podmiot, w sposób bezprawny skłania konsumenta do przystąpienia do UFK.

Skomplikowane modele dystrybucyjne polisłokat rodzą również problemy odnoszące do przypisania (hipotetycznej) odpowiedzialności oznaczonym jednostkom – personelowi instytucji finansowych (banków, zakładów ubezpieczeń czy spółek pośredniczących). Jak już to zostało wcześniej wskazane, wyżej wymienione instytucje (siłą rzeczy – osoby prawne) wykorzystywały wadliwe uregulowanie (a w zasadzie – brak regulacji) segmentu ubezpieczeń inwestycyjnych. Realizacji swych celów gospodarczych (osiąganiu założonych wyników finansowych) służyć miały przyjęte strategie dystrybucji – reklamy, szkolenia personelu, opracowywane scenariusze rozmów z potencjalnymi klientami, metody prezentacji ofert. Niejako wtórnie mogło to doprowadzić do sytuacji, w której osoby fizyczne – określane jako sprzedawcy, doradcy, konsultanci czy pracownicy instytucji finansowych, mogłyby działać w sposób podpadający pod chociażby niektóre ze znamion przestępstwa z art. 286 § 1 k.k.

5.1. Odpowiedzialność personelu instytucji finansowych

Należy zatem opowiedzieć się za jakąś regułą limitującą odpowiedzialność karną personelu⁸⁵ instytucji finansowych. W moim mniemaniu najrozsądniejsza będzie następująca formuła indywidualizacji odpowiedzialności karnej: osobie fizycznej działającej zgodnie z wewnętrznymi regulacjami (wytocznymi, procedurami) danej instytucji finansowej w zakresie dystrybucji polisłokat (tj. sposobu prezentacji oferty, rodzaju i zakresu udzielanych informacji, wyboru klienta) nie sposób przypisać zamiaru bezpośredniego, zawartego w hipotezie art. 286 k.k. Personel danej instytucji finansowej działa bowiem w zaufaniu do legalności instrumentów prawnych stosowanych przez podmioty występujące na rynku. Dlatego też niezasadne byłoby przrzucanie ryzyka prowadzenia działalności gospodarczej w sferze tak dotychczas nieuregulowanej jak UFK – na szeregowych pracowników danej instytucji⁸⁶. Odpowiedzialność taką (innego rodzaju – administracyjną przed KNF i UOKiK) ponoszą dane osoby prawne.

Jednakże wszelkiego rodzaju odstępstwa od wewnętrznych procedur, mające wprowadzić konsumenta w błąd (lub utrzymać go w błędzie), doko-

⁸⁵ W tym przypadku poprzez „personel” należy rozumieć pracownika lub innego przedstawiciela danej instytucji finansowej podejmującego działania w zakresie dystrybucji UFK – por. § 2 pkt 6 Trzeciej rekomendacji.

⁸⁶ Por. P. Sury, Praktyka *bancassurance*..., s. 120.

nane z własnej inicjatywy przez pracownika (konsultanta, doradcę klienta) danej instytucji finansowej, mogą w pełnej rozciągłości rodzić odpowiedzialność takiej osoby za czyn z art. 286 § 1 k.k.

5.2. Odpowiedzialność osób tworzących podstawy systemu dystrybucji UFK

Systemowe wręcz nieprawidłowości w oferowaniu konsumentom UFK (w szczególności tzw. oszukańcze umowy⁸⁷) doprowadziły do sformułowania w publicystyce⁸⁸ oraz (ostrożniej) w judykaturze⁸⁹ tezy o skonstruowaniu poszczególnych modeli dystrybucji polisolokat z naruszeniem art. 286 § 1 k.k.

Oczywistym przy tym jest, że:

- za poszczególnymi działaniami instytucji (spółek) finansowych stoją określone osoby fizyczne występujące jako ich organy (art. 38 k.c.),
- ogólne warunki umów, organizacja poszczególnych ubezpieczeń inwestycyjnych, strategie marketingowe i dystrybucyjne, scenariusze (skrypty) rozmów, materiały szkoleniowe są wprowadzonym na rynek przez organy osób prawnych wytworem oznaczonych osób fizycznych⁹⁰.

Rozważając potencjalną odpowiedzialność karną tych osób przytoczyć należy następujący pogląd Sądu Najwyższego, wyrażony w uzasadnieniu wyroku z dnia 13 kwietnia 2006 r., sygn. IV KK 40/06. W ocenie składu orzekającego, do znamion przestępstwa określonego w art. 286 § 1 k.k. nie należy zawarcie umowy cywilno-prawnej pomiędzy sprawcą a osobą dokonującą niekorzystnego rozporządzenia mieniem, którą z reguły jest pokrzywdzony. Wprowadzenie w błąd pokrzywdzonego może być dokonane także za pośrednictwem innych osób, nieświadomych tego, że tworzą u kogoś mylne wyobrażenie o rzeczywistym stanie rzeczy. W takiej sytuacji sprawca nie musi działać na szkodę zindywidualizowanego pokrzywdzonego. Wystarczające jest, że działa z zamiarem doprowadzenia innej, nieznanej mu

⁸⁷ Zob. pkt 3.3 niniejszego opracowania.

⁸⁸ Zamiast wielu zob. wywiad M. Suchodolskiej z J. Kseniem pt. Spowiedź bankowca: Muszę się zgodzić. To było oszustwo, Dziennik Gazeta Prawna z dnia 6 marca 2015 r., dostęp elektroniczny: <http://forsal.pl/artykuly/910008,musze-sie-zgodzic-to-bylo-oszustwo-mira-suchodolska-jacek-ksen.html>.

⁸⁹ Por. fragment uzasadnienia wyroku Sądu Okręgowego w Warszawie z dnia 27 marca 2015 r. (sygn. III C 1453/13), w którym rozważono jako jedną z przyczyn określonego sformułowania postanowień umowy popełnienie czynu z art. 286 § 1 k.k. Tezę o oszustwie Sąd następnie odrzucił. („Nie ma bowiem innego logicznego wytłumaczenia (poza zwykłym penalizowanym oszustwem) dla zjawiska, gdy przy powszechnie notowanych stałych wzrostach rynku akcji i obligacji – wartość aktywów netto Funduszy malała, malała wartość jednostek tych Funduszy, i w konsekwencji pomimo kolejnych wpłat – malała wartość rachunku powoda).

⁹⁰ W tym zakresie zob. przede wszystkim: D. Sokołowska, „Produkt ubezpieczeniowy” jako przedmiot prawa autorskiego, Wiadomości Ubezpieczeniowe 2013, nr 3, s. 83–102 oraz M. Orlicki, Kilka uwag o tworzeniu ogólnych warunków ubezpieczenia, Wiadomości Ubezpieczeniowe 2011, nr 1, s. 75–87.

jeszcze osoby, do niekorzystnego rozporządzenia mieniem w następstwie wprowadzenia jej w błąd, w tym celu by samemu osiągnąć korzyść majątkową⁹¹.

Powyższej (skądinąd trafnej) argumentacji moim zdaniem nie da się odnieść do polisokrat. Przemawiają za tym następujące okoliczności:

- wprowadzenie określonej umowy na rynek związane jest z działaniami wielu osób, często pracujących w grupach, których zakres odpowiedzialności za rezultat w większych spółkach nie daje się wyodrębnić,
- tworzenie ogólnych warunków umów z UFK odbywało się w warunkach nieuregulowania tego segmentu rynku, toteż brak jest normatywnego wzorca prawidłowego systemu dystrybucji UFK (zgodnie z zasadą: to co nie jest zabronione, jest dozwolone),
- założenie aksjologiczne: prawo karne nie powinno wkraczać w sytuacji, w której wystarczające jest podjęcie działań administracyjnych, zaś prokurator nie powinien wkraczać w kompetencje organów nadzorczych nad rynkiem finansowym⁹² (co wynika z art. 7 Konstytucji RP⁹³).

Dodatkowo można zauważyć, że przypisanie odpowiedzialności osobom decyzyjnym (tworzącym system dystrybucji i wspomagającym go) powodowałoby konieczność przeprowadzenia tzw. dowodu niemożliwego (*probatio diabolica*) w dwóch obszarach:

- a) w zakresie tzw. ubezpieczenia oszukańczego *ab initio*: wykazania, że badany kontrakt ubezpieczenia inwestycyjnego (z założenia długoterminowy i uzależniony od koniunktury) w żadnym wypadku nie przyniósłby zysku, co wymagałoby analiz uwzględniających znaczny horyzont czasowy i w zasadzie nieograniczoną liczbę zmiennych,
- b) w zakresie wszystkich umów: wykazanie, że osoby fizyczne podejmujące decyzje o postanowieniach kontraktowych i o sposobie oferowania konsumentom polisokrat chciały (w zamiarze bezpośrednim), by konsumentom ci zostali doprowadzeni do niekorzystnego rozporządzenia mieniem. Najważniejsze instytucje finansowe (zakłady ubezpieczeń, banki) podlegają ścisłemu nadzorowi ze strony KNF i kontroli UOKiK, toteż tezę o rzekomym porozumieniu przestępnym należy odrzucić jako absurdalną.

⁹¹ Wyrok Sądu Najwyższego z dnia 13 kwietnia 2006 r., sygn. IV KK 40/06, LEX nr 183008. Orzeczenie zapadło na gruncie sprawy o oszustwo w obrocie gospodarczym, polegającym na sprzedaży określonego produktu masowego o zaniżonych właściwościach (parametrach).

⁹² Na marginesie można wskazać, że reklama wprowadzająca klienta w błąd i mogąca przez to wpłynąć na jego decyzję co do nabycia towaru lub usługi stanowi czyn nieuczciwej konkurencji w myśl art. 16 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (tekst jedn. Dz. U. z 2003 r., Nr 153, poz. 1503).

⁹³ Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej z dnia 2 kwietnia 1997 r. (Dz. U. Nr 78, poz. 483).

6. Wnioski końcowe i propozycje metodyczne

Omówione powyżej kwestie można przełożyć na następujące wnioski praktyczne.

Większość spraw karnych związanych z dystrybucją ubezpieczeń inwestycyjnych będzie miała źródło w niedostatkach unormowania rynku ubezpieczeniowego oraz nieskuteczności podjętych przez UOKiK i KNF działań nadzorczych. Rolą prokuratora na pewno nie jest następne „poprawianie” wadliwości uregulowania gospodarki, ale zapewnienie prawnokarnej ochrony interesów konsumenta (art. 2 § 1 pkt 3 k.p.k.) w tych sytuacjach, kiedy indywidualny stosunek prawny pomiędzy pokrzywdzonym a instytucją finansową został ukształtowany z naruszeniem hipotezy art. 286 § 1 k.k.

Wymaga to od prowadzącego postępowanie przygotowawcze wykazania znacznej inicjatywy w ustaleniu stanu faktycznego na etapie przedkontraktowym, w szczególności co do przedstawianych konsumentowi przez pracownika instytucji finansowej informacji i zapewnień. W zakresie umowy zawieranej na odległość pożądane jest wystąpienie o zapis (nagranie) prowadzonej rozmowy.

Ustalenia te należy skonfrontować ze stosowanymi w danym systemie dystrybucji polisłokat wewnętrznymi procedurami dotyczącymi szkolenia pracowników, schematu postępowania z klientem, scenariuszami rozmów oraz materiałami pomocniczymi. Pozwala to na sprawdzenie, czy miało miejsce celowe wprowadzenie konsumenta w błąd z własnej inicjatywy rozmówcy. W tym zakresie można skorzystać (już na etapie postępowania sprawdzającego) z pomocy instytucji takich jak UOKiK, KNF czy Rzecznik Finansowy, dysponujących w zakresie swoich właściwości szeregiem zgromadzonych danych (art. 15 § 2 k.p.k., art. 307 § 1 k.p.k.).

W tego typu postępowaniach konieczne jest również powzięcie dokładnej informacji co do osoby pokrzywdzonego: zamierzenia inwestycyjnego (oszczędnościowego), chęci (lub braku chęci) obciążenia ryzykiem zgromadzonych środków, a także co do wieku, zdrowia czy właściwości psychicznych i fizycznych konsumenta – cech umożliwiających mu chociażby pobieżne rozeznanie w charakterze zawieranej umowy. Częstokroć poznanie tych właściwości wymagać będzie badania lekarskiego lub psychologicznego (art. 192 § 4 k.p.k.). Należy również uwzględniać okoliczność, czy indywidualne cechy konsumenta były dostrzegalne dla podmiotu oferującego przystąpienie do kontraktu UFK.

Skomplikowany charakter prawny polisłokat i ujawnione systemowe nieprawidłowości raczej nie pozwalają na skorzystanie z domniemania faktycznego, polegającego na wysnuciu z faktu podpisania przez konsumenta klauzuli umownej i poinformowania go o ryzyku inwestycyjnym, wniosku o fakcie rzeczywistego i dokładnego przedstawienia ryzyka związanego z kontraktem.

Z powyższego względu wydanie postanowienia o odmowie wszczęcia postępowania z uwagi na brak znamion czynu zabronionego, opartego jedynie o podpisanie przez pokrzywdzonego dokumentów przystąpienia do ubezpieczenia, wydaje się być raczej wyjątkiem niż regułą. Decyzja o niewszczygnięciu dochodzenia (względnie śledztwa) wskazana będzie jednak wtedy, gdy konsument zdawał sobie sprawę z podjętego ryzyka i przystąpił do kontraktu, z którego aktualnie chce się wycofać z powodu nieosiągnięcia spodziewanego zysku lub poniesionej straty.

Improper distribution of the so-called savings and insurance policies versus elements of fraud – methodological proposals

Abstract

This study constitutes a complete evaluation of irregularities in offering complicated insurance-based investment products to non-professionals. Administrative and civil law context of the problem, market mechanisms that support crime, as well as specific examples of insurance practices, decisions of the President of the Office of Competition and Consumer Protection, and case law are described. Options for obtaining evidence for proceedings are indicated.

GLOSY

Antoni Bojańczyk

Glosa do wyroku Sądu Najwyższego z dnia 5 czerwca 2013 r., sygn. IV KK 77/13¹

Streszczenie

Glosa ma charakter aprobujący wobec orzeczenia Sądu Najwyższego, dotyczącego niedopuszczalności wniesienia kasacji na niekorzyść oskarżonego od wyroku umarzającego postępowanie karne, opartej na zarzucie niewystąpienia negatywnej przesłanki procesowej, ze względu na którą umorzono postępowanie (zob. art. 439 § 1 pkt 9 k.p.k.).

Kasacja strony wniesiona na niekorzyść oskarżonego od wyroku umarzającego postępowanie karne z przyczyn innych niż wskazane w art. 17 § 1 pkt 3 i 4 k.p.k., oparta na zarzucie niewystąpienia negatywnej przesłanki procesowej, ze względu na którą umorzono postępowanie, nie może być uznana za wniesioną z powodu uchybienia wymienionego w art. 439 k.p.k., a zatem z uwagi na ograniczenie wyrażone w art. 523 § 3 k.p.k. powinna zostać uznana za niedopuszczalną.

1. Stanowisko przyjęte w glosowanym wyroku (choć właściwie nie w wyroku – por. w tym zakresie szerzej rozważania zawarte w punkcie 2 niniejszej glosy) jest trafne i zasługuje na aprobatę. Można by więc w zasadzie poprzestać na jego prostym odnotowaniu i wpisaniu do rejestru ważnych wypowiedzi Sądu Najwyższego dotyczących dopuszczalności kasacji. A jednak precedensowy charakter orzeczenia i jego doniosłość dla praktyki

¹ OSNKW 2013, nr 10, poz. 88.

kasacyjnej skłania do opatrzenia go krótkim komentarzem². Tym bardziej że co najmniej trzy bardziej szczegółowe powody przemawiają za tym, by powiedzieć trochę więcej o głosowanym judykacie i o poruszanej w nim problematyce. Po pierwsze: kwestia formalna – drobna, ale jednak mogąca wywołać wiele nieporozumień. Trzeba na nią zwrócić uwagę nim orzeczenie wejdzie na dobre do obiegu piśmienniczego. Po drugie, motywy pisemne wyroku zostały tak skomprimowane (co w sumie zasługuje na aprobatę w dobie niepohamowanej logorei prawniczej), że pełne zorientowanie się co do znaczenia wypowiedzi najwyższej instancji sądowej wymaga nieco bliższego naświetlenia układów procesowych, na tle których stanowisko Sądu Najwyższego może stać się aktualne. Po trzecie wreszcie: pewne wątpliwości budzi operowanie przez sąd argumentami natury systemowej i celowościowej. Ale po kolei.

2. Zacznijmy od sprawy najprostszej. Współcześnie dostęp do orzecznictwa Sądu Najwyższego jest niezwykle szeroki i w zasadzie niczym nielimitowany. Parę lat temu ogółowi została udostępniona internetowa baza orzeczeń Sądu Najwyższego. Kto dziś pamięta, że wcale nie tak dawno możliwość dotarcia do wielu nigdzie niepublikowanych orzeczeń Sądu Najwyższego była przywilejem zarezerwowanym wyłącznie dla nielicznej grupki wtajemniczonych prawników, mających dostęp do papierowej kartoteki orzeczeń prowadzonej w samym Sądzie Najwyższym? Szczęśliwie czasy te już minęły. Choć być może jeszcze gdzieś w czeluściach budynku Sądu Najwyższego jak martwy wieloryb spoczywa relikwiarz warsztatu pracy prawnika niedawnych czasów: skrzynkowa kartoteka orzeczeń (cóż to był za mebel).

Jednak nawet w czasach Internetu to nadal urzędowy zbiór orzeczeń Sądu Najwyższego pozostaje dla przedstawicieli praktyki i teorii procesu karnego nie tylko jednym z zasadniczych, ale najważniejszym chyba źródłem informacji o judykaturze najwyższej instancji sądowej. I to nie tylko dlatego, że ma on bardzo wysokie umocowanie ustawowe (co wynika z art. 7 § 1 ustawy z dnia 23 listopada 2002 r. o Sądzie Najwyższym), że jest oficjalnym, ustawowym niejako głosem Sądu Najwyższego, ale również dlatego, że posiada formalne *imprimatur* Sądu Najwyższego – orzeczenia są starannie selekcjonowane i dobierane do druku przez wyspecjalizowaną komórkę organizacyjną najwyższej instancji sądowej. Dlatego praktyka i teoria polega na orzeczeniach publikowanych oficjalnie przez najwyższą instancję sądową bez żadnych zastrzeżeń. Zbiór urzędowy od dziesięcioleci trzyma niezmiennie wysoki poziom. Ale także w tej urzędowej publikacji zdarzają się pomyłki. W przypadku publikacji orzeczenia o sygn. IV KK 77/13 doszło do niemałego błędu. Sąd Najwyższy po rozpoznaniu na rozprawie kasacji doszedł do przekonania, że kasacja jest niedopuszczalna i pozostawił ją bez rozpoznania. Formą orzeczenia właściwie skorelowaną procesowo z takim

² Którego orzeczenie to z niewiadomych względów jeszcze się nie doczekało.

rozstrzygnięciem byłoby zatem postanowienie o pozostawieniu kasacji bez rozpoznania jako niedopuszczalnej. Wydanie wyroku nie tylko nie było konieczne, ale także nie było zgodne z formą orzekania przewidzianą przez prawo procesowe dla rozstrzygnięcia o niedopuszczalności kasacji. Tymczasem Sąd Najwyższy orzekł w przedmiocie niedopuszczalności kasacji i jej pozostawienia bez rozpoznania wyrokiem. W każdym razie pod pozycją 88 październikowego zeszytu OSNKW (2013) publikowany jest wyrok Sądu Najwyższego. Albo zatem doszło do błędu publikacyjnego w urzędowym zbiorze orzeczeń, albo Sąd Najwyższy w istocie orzekł wyrokiem o niedopuszczalności kasacji. Ta druga ewentualność byłaby z punktu widzenia teorii o wiele ciekawsza: dawałaby bowiem asumpt do rozważań dotyczących procesowo właściwej formy orzekania o niedopuszczalności kasacji (byłby to zapewne błąd, ale jednak nie największego kalibru). Zbadanie sprawy w internetowej bazie orzeczeń Sądu Najwyższego³ i sięgnięcie do orzeczenia publikowanego w bazie potwierdza jednak pierwsze podejrzenie. Sąd Najwyższy orzekał w tej sprawie we właściwej formie procesowej (wydał w sprawie postanowienie), a to do urzędowego zbioru orzeczeń wkraść się mało fortunny błąd. Glosa dotyczy zatem w istocie postanowienia, a nie – co by wynikało z treści urzędowego zbioru orzeczeń – wyroku. Dla uniknięcia kompletnego zamieszania w tytule wskazano, że idzie o wyrok (za formą orzeczenia wskazaną w zbiorze urzędowym) – dalej w treści glosy będzie jednak już mowa o postanowieniu, bo o postanowienie tu rzeczywiście chodzi.

3. Przejdźmy więc do drugiej kwestii sygnalizowanej na wstępie niniejszej glosy. Uzasadnienie komentowanego postanowienia jest tak mocno skomprimowane, tak gęsto „tkane” w swej warstwie argumentacyjnej, że – jak się zdaje – konieczne jest szersze rozwinięcie i argumentacyjne uzupełnienie głównego zagadnienia rozstrzygniętego przez Sąd Najwyższy. Najmniejszego nawet sensu nie miałoby mechaniczne referowanie tego, co Sąd powiedział w publikowanych motywach postanowienia. Być może ciekawiej będzie spojrzeć na rzecz całą z nieco innej perspektywy niż uczynił to Sąd Najwyższy w postanowieniu o sygn. IV KK 77/13.

Drogę do wniesienia kasacji na niekorzyść otwiera wyłącznie niewinność oskarżonego albo umorzenie postępowania z materialnoprawnych przyczyn wskazanych w art. 17 § 1 punkty 2 i 4 oraz z powodu niepoczytalności sprawcy. W każdym innym układzie procesowym kasacja na niekorzyść jest niedopuszczalna, chyba że zostaje ona wniesiona z powodu uchybień wymienionych w art. 439 k.p.k. (art. 523 § 4 pkt 1 k.p.k.). Rzecz jednak w tym, że wcale nie wszystkie uchybienia określone w art. 439 k.p.k. otwierają drogę do wniesienia kasacji na niekorzyść oskarżonego (mimo *prima vista* dość szerokiego odesłania przewidzianego w przepisie art. 523 § 4 pkt 2 k.p.k.).

³ <http://sn.pl/orzecznictwo/> – dostęp 3 grudnia 2015 r.

Na pierwszy rzut oka wydawać by się wprawdzie mogło, że drogę do skazania kasacyjnego na niekorzyść oskarżonego – w każdym razie w innych wypadkach, niż te wskazane wprost w przepisie art. 523 § 3 k.p.k. – otwiera oskarżycielowi również (ujmując rzecz najogólniej) wadliwość związana z ujemnymi przesłankami procesowymi określonymi w przepisie art. 17 § 1 punkty 5, 6 i 8–11 k.p.k. (art. 439 § 1 pkt 9 k.p.k.). A jednak nie: nie każda taka wadliwość oceny odnoszącej się do przesłanki procesowej wskazanej w przepisach art. 17 § 1 punkty 5, 6 i 8–11 k.p.k. otwiera możliwości wywiedzenia kasacji na niekorzyść oskarżonego w innych układach procesowych niż wskazane w przepisie art. 523 § 3 k.p.k. Dlaczego tak jest?

Rzecz w tym, że błędna ocena sądu w odniesieniu do ujemnej przesłanki procesowej jest – niestety – odmiennie traktowana przez ustawodawcę z punktu widzenia kwalifikowania jej jako bezwzględnej podstawy uchylenia orzeczenia. Błędna ocena sądu co do ujemnej przesłanki procesowej ma bowiem dwa wyraźnie odrębne oblicza prawne (które dalej określimy mianem negatywu/pozytywu). Wszystko przez specyficzny filtr normatywny wprowadzony przez przepis art. 439 § 1 pkt 9 k.p.k., który prowadzi do „rozszczepienia” błędu w ocenie prawnej odnoszącej się do ujemnych przesłanek procesowych wskazanych w tym przepisie.

„Negatyw” stanowi błędna ocena sądu co do braku istnienia jednej z ujemnych przesłanek procesowych wskazanych w przepisie art. 17 § 1 punkty 5, 6 i 8–11 k.p.k. i błędne przyjęcie przez sąd, że przesłanka ta nie zachodzi (w efekcie czego dochodzi do niedopuszczalnej kontynuacji postępowania i orzekania).

„Pozytywem” jest błędna ocena sądu, polegająca na stwierdzeniu istnienia jednej z ujemnych przesłanek procesowych wskazanych w przepisie art. 17 § 1 punkty 5, 6 i 8–11 k.p.k. i przyjęciu, że przesłanka ta zachodzi (w efekcie czego dochodzi do wadliwej dyskontynuacji postępowania i jego umorzenia).

Patrząc na rzecz całą w oderwaniu od regulacji ustawowej bezwzględnych przyczyn odwoławczych można powiedzieć, że oba te błędy („negatyw”/„pozytyw”) w ocenie prawnej istnienia/nieistnienia ujemnych przesłanek procesowych kwalifikowanych z art. 17 § 1 punkty 5, 6 i 8–11 k.p.k., są w pewnym sensie równoważne. Trzeba bowiem powiedzieć, że skutki procesowe tych błędów – choć niejednolite, bo z jednej strony chodzi o wadliwe orzekanie merytoryczne (wbrew okoliczności tamującej bieg procesu), z drugiej o wadliwe umorzenie postępowania, tamujące orzekanie merytoryczne – są w gruncie rzeczy jurydycznie symetryczne, gdy spojrzeć na nie z perspektywy interesów prawnych przeciwstawnych stron procesowych (oskarżonego i oskarżyciela). Nic zatem nie stoi na przeszkodzie zaskarżeniu orzeczenia dotkniętego jednym z tych błędów, jeżeli autor zwykłego środka odwoławczego kwalifikuje je w postępowaniu apelacyjnym jako uchybienie odpowiadające

tw. względnej podstawie odwoławczej (art. 438 pkt 2 k.p.k.). Inaczej jest jednak w przypadku bezwzględnych przyczyn odwoławczych. Ze względu na „jednokierunkowe” ujęcie przepisu art. 439 § 1 pkt 9 k.p.k. – sąd odwoławczy uchyla zaskarżone orzeczenie niezależnie od granic zaskarżenia i podniesionych zarzutów oraz wpływu uchybienia na treść orzeczenia, jeżeli „zachodzi jedna z okoliczności wyłączających postępowanie, określonych w art. 17 § 1 punkty 5, 6 i 8–11 k.p.k.” – ustawa postępowania karnego uwzględnia wyłącznie jedną z dwóch kategorii błędu odnoszącego się do negatywnych przesłanek procesowych, o których mowa w art. 439 § 1 pkt 9 k.p.k. Ustawodawca zdecydował się więc na wybiórcze potraktowanie błędu polegającego na wadliwej ocenie przesłanek procesowych określonych w przepisie art. 17 § 1 punkty 5, 6 i 8–11 k.p.k. Wyłącznie błędna ocena co do tego, że wymienione wyżej przesłanki procesowe nie istniały (*verba legis* „sąd uchyla zaskarżone orzeczenie jeżeli zachodzi jedna z okoliczności wyłączających postępowanie, określonych w art. 17 § 1 punkty 5, 6 i 8–11 k.p.k.”), uzasadnia uchylenie orzeczenia niezależnie od granic zaskarżenia i podniesionych zarzutów. W zasadzie więc ta sama błędna ocena prawna (ale lustrzana czy symetryczna), gdy przybiera postać wadliwej oceny polegającej na nietrafnym przyjęciu, że istniała jedna z okoliczności wyłączających postępowanie, określonych w art. 17 § 1 punkty 5, 6 i 8–11 k.p.k. (co w efekcie prowadzi do błędnego umorzenia postępowania karnego) – nie może stanowić podstawy dla uchylenia orzeczenia niezależnie od granic zaskarżenia i podniesionych zarzutów.

Sąd Najwyższy zatem niewątpliwie miał rację uznając kasację wniesioną w niniejszej sprawie za niedopuszczalną i konstatując, że stanowisko takie jest „rezultatem wykładni językowej”. Czy jednak trafne było przyjęcie, że wynikowi wykładni językowej „nie sprzeciwiają się ani reguły wykładni systemowej, ani cel analizowanych unormowań prawnych”? W tym akurat punkcie nie do końca można się zgodzić z najwyższą instancją sądową. Co więcej, ten fragment motywów budzi pewne wątpliwości także i z tego względu, że Sąd Najwyższy nie powiedział nic ani na temat celu art. 439 k.p.k., ani na temat reguł wykładni systemowej, które miał na myśli. Odniesmy się zatem pokrótce do tych kwestii.

4. Jak wiadomo, celem instytucji bezwzględnych przyczyn odwoławczych jest eliminowanie orzeczeń dotkniętych najpoważniejszymi wadami prawnymi, wadami tego typu, że funkcjonowanie danego orzeczenia w obrocie prawnym staje właściwie pod znakiem zapytania. Taka jest *opinio communis* doktryny – w zasadzie powszechnie aprobuje się pogląd S. Waltosia sprzed trzydziestu lat, że w przypadku bezwzględnych przyczyn odwoławczych chodzi o uchybienia tak poważne, że „tolerowanie ich byłoby lekceważeniem naczelnych zasad rządzących procesem”⁴. Czy wszystkie bez wyjątku wady prawne ska-

⁴ S. Waltos, *Proces karny. Zarys systemu*, Warszawa 1985, s. 242.

talogowane w przepisie art. 439 § 1 k.p.k. mają równą sobie rangę, czy rzeczywiście godzą one w tym samym stopniu „naczelne zasady rządzące procesem” – to inna, dość sporna kwestia. Wykracza ona jednak zdecydowanie poza ramy niniejszej glosy. Ale na pewno błędna ocena prawna co do przesłanek warunkujących toczenie się postępowania ma wyjątkowo doniosły charakter: wystarczy sobie przecież uświadomić, że decyduje ona o być albo nie być procesu.

Powstaje zatem zasadnicze pytanie, czy (i czym) uzasadniona jest szczególna asymetria, z którą ustawodawca traktuje „negatywny” i „pozytywny” błąd w ocenie istnienia formalnych przesłanek procesowych określonych w przepisach art. 17 § 1 punkty 5, 6, i 8–11 k.p.k. Dlaczego z błędem prawnym polegającym na wadliwym przyjęciu, że proces może się toczyć (błąd co do przesłanek formalnych z art. 17 § 1 punkty 5, 6, i 8–11 k.p.k.), ustawodawca związał aż tak dalece idące konsekwencje prawne (art. 439 § 1 *in principio* k.p.k.), a z równie przecież istotnym wadliwym przyjęciem, że proces nie może się toczyć (na skutek w zasadzie takiego samego błędu co do przesłanek formalnych określonych w przepisach art. 17 § 1 punkty 5, 6 i 8–11 k.p.k., tyle tylko, że skutkującego nietrafnym umorzeniem postępowania karnego) ustawodawca nie łączy podobnie silnych gwarancji procesowych? Niewątpliwie jest to mało racjonalne rozwiązanie. Szczególnie gdy spojrzeć na nie z punktu widzenia zasady równości dwóch głównych aktorów procesu karnego: oskarżonego i oskarżyciela (a zwłaszcza pokrzywdzonego działającego w charakterze oskarżyciela posiłkowego czy prywatnego). Nieracjonalność i brak spójności uregulowania art. 439 § 1 pkt 9 k.p.k. jawi się zresztą jeszcze bardziej jaskrawo, gdy spojrzymy nań w kontekście systemowym, tj. na tle innych bezwzględnych przyczyn odwoławczych skatalogowanych w tym przepisie. Np. brak podpisu sędziego pod wyrokiem (przynajmy, że z reguły po prostu będący wynikiem przeoczenia o charakterze organizacyjnym i nie stanowiący raczej przypadku lekceważenia naczelnych zasad rządzących procesem) uprawnia oskarżyciela subsydiarnego do wniesienia kasacji na niekorzyść oskarżonego w każdym układzie procesowym, tj. niezależnie od tego jaki był powód umorzenia (art. 414 § 1 zd. 1-sze k.p.k.), a dużo poważniejszy w sumie błąd, polegający na błędnej ocenie czy błędnych ustaleniach faktycznych, prowadzących do umorzenia postępowania z uwagi na wadliwe przyjęcie przedawnienia czy śmierci oskarżonego, nie jest traktowany analogicznie przez ustawę postępowania karnego. Obecne brzmienie przepisu art. 439 § 1 pkt 9 k.p.k. wydaje się także mało kompatybilne z konstytucyjnym prawem do sądu. Odwoływanie się przez głosowane postanowienie do „celu unormowań prawnych” ma zatem ograniczony walor, bo cel przepisu art. 439 § 1 pkt 9 k.p.k. został wadliwie zdefiniowany, w każdym razie jeżeli sądzić po ujęciu legislacyjnym tej jednostki redakcyjnej ustawy (uwzględnienie tylko jednego aspektu prawnego wadliwości ocen prawnych czy faktycznych, odnoszących się do formal-

nych przesłanek procesowych określonych w art. 17 § 1 punkty 5, 6, i 8–11 k.p.k.).

5. W literaturze można się spotkać z poglądem (odnoszonym wprawdzie do wszystkich nadzwyczajnych środków zaskarżenia, ale wyartykułowanym akurat na tle kasacji), że „środki zaskarżenia prawomocnych orzeczeń sądowych mają być przede wszystkim skierowane na usuwanie takich wadliwości, które wyrządzają krzywdę osobie skazanej”⁵. To nie tak. A w każdym razie chyba nie do końca tak. Gdyby w istocie miało tak być, to kwestia, o której tu piszemy nie nasuwałaby żadnych wątpliwości wobec pewnej „jednokierunkowości” działania kasacji (ochrona osoby skazanej). Tak jednak nie jest, ani normatywnie kasacja nie jest aż tak jednostronnym środkiem ochrony prawnej, ani modelowo nie powinna być przede wszystkim nakierowana na ochronę skazanego głównie. Od strony normatywnej kasacja została ustawowo „sformatowana” w taki sposób, aby chronić również pokrzywdzonego działającego w postępowaniu sądowym oraz jego interesy prawne i usuwać wadliwości szkodzące pokrzywdzonemu (oskarżycielowi posiłkowemu, prywatnemu) właśnie. Zezwala wszak ustawa procesowa pokrzywdzonemu działającemu w charakterze oskarżyciela w postępowaniu karnym na wnoszenie kasacji w zasadzie w bliźniaczym zakresie, w którym uprawnienie to zostało przewidziane dla oskarżonego. Zresztą godzi się odnotować, że w obu tych przypadkach istotnym ustawowym wyznacznikiem „zwykłej” czy podstawowej legitymacji do wnoszenia kasacji jest „głębokość” negatywnych skutków prawnych wywołanych wyrokiem prawomocnym, wyrażająca się – odpowiednio w stosunku do oskarżyciela posiłkowego/subsydiarnego/oskarżyciela prywatnego z jednej strony, i oskarżonego z drugiej – w uniewinnieniu oskarżonego albo umorzeniu wobec niego postępowania z powodów o charakterze materialnoprawnym (to warunek legitymacji kasacyjnej oskarżyciela) albo w prawomocnym skazaniu na karę bezwzględnego pozbawienia wolności (to warunek legitymacji kasacyjnej oskarżonego).

Ale również spoglądając na sprawę od strony słusznościowej (czy sprawiedliwościowej), nie sposób utrzymywać, że kasacja jako nadzwyczajny środek zaskarżenia powinna mieć na celu wyłącznie korektę „takich wadliwości, które wyrządzają krzywdę osobie skazanej”. A co począć z wadliwościami, które już nie tyle wyrządzają istotną dolegliwość osobie pokrzywdzonej, której prawnie chronione interesy ma na oku postępowanie karne (art. 2 § 1 pkt 4 k.p.k.), ale wprost uniemożliwiają pokrzywdzonemu dochodzenie swych praw na drodze procesu karnego? Dlaczego kasacja (oczywiście w omawianym tu przypadku wiąże się to ze szczególną redakcją art. 439 § 1 pkt 9 k.p.k., którego ujęcie wyłączyło dopuszczalność weryfikacji wyga-

⁵ S. Zabłocki, (w:) Z. Gostyński (red.) i in., *Komentarz do kodeksu postępowania karnego*, Warszawa 2004, t. III, s. 503.

szenia postępowania karnego na podstawie błędnie ustalonego czy ocenionego istnienia ujemnej przesłanki procesowej) ma umożliwiać identyfikację i korektę tylko tych uchybień procesowych, które „wyrządzają krzywdę osobie skazanej”? Można powiedzieć, że mamy tu do czynienia z jakąś szczególną, być może nieco karykaturalną formą *favor defensionis*. W tym wypadku polega on na dopuszczalności uwzględnienia błędnej oceny co do formalnych przesłanek procesowych tylko w układzie, w którym owa wadliwa ocena polegała na błędnym przyjęciu, że nie istniała formalna przesłanka procesowa wyłączająca postępowanie, co w efekcie doprowadziło do wadliwego orzekania co do *meritum* (korekta w tym zakresie możliwa jest zresztą tylko na korzyść oskarżonego – art. 439 § 2 k.p.k.). Lustrzane niejako – i równie poważne – uchybienie sądu, tj. błędne przyjęcie istnienia przesłanki procesowej wyłączającej postępowanie karne, które w efekcie zablokowało proces karny, nie stanowi powodu uzasadniającego orzekanie poza granicami zaskarżenia i niezależnie od podniesionych zarzutów. I to nawet gdyby oskarżony żył, okres przedawnienia jeszcze nie wyekspirował albo wbrew błędnej ocenie sądu albo wbrew błędnym ustaleniom faktycznym sądu istniała skarga uprawnionego oskarżyciela.

5. Konkludując: *de lege lata* głosowane orzeczenie (postanowienie, nie wyrok!) zasługuje na aprobatę i będzie z pewnością stanowiło istotny wyznacznik dla praktyki kasacyjnej w sprawach, w których kasacja wniesiona na niekorzyść oskarżonego opiera się na formułowaniu zarzutu osnutego na bezwzględnej przyczynie odwoławczej, wskazanej w przepisie art. 439 § 1 pkt 9 k.p.k. Bliższa analiza konstrukcji tego przepisu w połączeniu z uwzględnieniem charakteru procesowego opisanych w nim uchybień prawnych prowadzi jednak do wniosku, że uregulowanie to wprowadza do postępowania karnego daleko idącą nierówność, nieuzasadnioną żadnymi racjonalnymi względami poza niczym nie maskowaną tendencją do nadmiernej ochrony procesowej oskarżonego. *De lege ferenda* ujęcie tego przepisu wymagałoby zatem korekty mającej na celu przywrócenie zachwianej równowagi w traktowaniu przeciwników procesowych przez kodeks postępowania karnego.

Commentary to the Supreme Court judgment of 5 June 2013, ref. file no. IV KK 77/13

Abstract

The commentary approves the Supreme Court ruling on inadmissibility of cassation lodged to the disadvantage a defendant against the judgment that discontinues criminal proceedings, where cassation is based on the alleged non-existence of a bar to proceeding which bar gave grounds for discontinuance (see Code of Criminal Procedure, Article 439, § 1, item 9).

Tomasz Pudo

Glosa krytyczna do wyroku Sądu Najwyższego z dnia 26 lutego 2014 r., sygn. III KK 429/13

Streszczenie

Glosator nie zgadza się ze stanowiskiem Sądu Najwyższego, że art. 415 § 5 k.p.k. (obecnie 415 § 1 k.p.k.) stoi na przeszkodzie nałożeniu na oskarżonego, członka zarządu spółki z ograniczoną odpowiedzialnością, obowiązku naprawienia szkody w sytuacji, gdy uprzednio pokrzywdzony uzyskał nakaz zapłaty wobec tej spółki z o.o. – co do tej samej wierzytelności, która w postępowaniu karnym jest objęta wnioskiem o naprawienie szkody.

Zakaz wynikający z dyspozycji art. 415 § 5 zdanie drugie k.p.k. odnosi się do każdego określonego w ustawie wypadku orzekania karnoprawnego obowiązku naprawienia szkody i to niezależnie od tego, czy roszczenie zasądzone w postępowaniu cywilnym zostało skutecznie wyegzekwowane. W tej sytuacji, przy uwzględnieniu możliwości egzekwowania roszczenia na podstawie przepisu art. 299 § 1 k.s.h., mnożenie tytułów egzekucyjnych dotyczących tego samego roszczenia przez nakładanie na oskarżonych w postępowaniu karnym obowiązku naprawienia szkody na podstawie art. 46 § 1 k.k., w kontekście zadań jakie realizuje przepis art. 415 § 5 k.p.k., jest niedopuszczalne.

W glosowanym wyroku Sąd Najwyższy uznał, że nie jest dopuszczalne w postępowaniu karnym nałożenie na oskarżonego obowiązku naprawienia szkody na podstawie art. 46 § 1 k.k. w sytuacji, gdy uprzednio sąd cywilny wydał nakaz zapłaty na rzecz pokrzywdzonego – przeciwko spółce z ograniczoną odpowiedzialnością, której zarządu oskarżony jest członkiem, a zdarzeniem powodującym szkodę jest to samo zdarzenie faktyczne. W takim wypadku, jak wywodził SN, pokrzywdzony może egzekwować swoje roszczenie – na podstawie art. 299 § 1 k.s.h. – również z majątku osobistego takiego oskarżonego, w związku z czym orzeczenie o obowiązku naprawienia szkody na podstawie art. 46 § 1 k.k. skutkowałoby zaistnieniem dwóch tytułów wykonawczych dotyczących tej samej wierzytelności, czemu art. 415 § 5 k.p.k., określany jako tzw. „klauzula antykumulacyjna”, ma przeciwdziałać. Stanowisko to Sąd Najwyższy podtrzymał w wyroku z dnia 25 września 2014 r., sygn. III KK 255/14.

Na wstępie konieczne jest krótkie streszczenie stanu faktycznego, w którym orzekał Sąd Najwyższy. Oskarżeni zostali uznani, prawomocnym wyrokiem z marca 2013 r., za winnych tego, że działając wspólnie i w porozumieniu, jako prezes i wiceprezes spółki z o.o., uszczuplili zaspokojenie wierzyciela poprzez usunięcie spod zajęcia określonych składników majątku spółki z o.o. Na oskarżonych nałożono, na podstawie art. 46 § 1 k.k., obowiązek solidarnego naprawienia szkody w wysokości 33.413,20 zł na rzecz pokrzywdzonego. Wcześniej, bo już w 2010 r., sąd rejonowy wydał nakaz zapłaty w postępowaniu upominawczym, zasądając od wyżej wskazanej spółki z o.o. kwotę 33.413,20 zł wraz z ustawowymi odsetkami od dnia 1 grudnia 2009 r., kosztami sądowymi i kosztami zastępstwa procesowego. Po uprawomocnieniu się nakazu, wierzyciel (pokrzywdzony w procesie karnym) uzyskał klauzulę wykonalności, a pełną egzekucję uniemożliwili oskarżeni. Zaznaczyć przy tym należy, że oskarżeni nie udaremnili egzekucji, ale uszczuplili zaspokojenie wierzyciela – w trybie egzekucji komorniczej wyegzekwowano na podstawie wyżej wskazanego nakazu zapłaty kwotę 11.299,34 zł. W takim stanie faktycznym Sąd Najwyższy wyraził pogląd przytoczony wyżej i uchylił wyrok sądu okręgowego oraz rejonowego w części orzekającej o nałożeniu obowiązku naprawienia szkody na podstawie art. 46 § 1 k.k.¹

Z przytoczonym wyżej stanowiskiem Sądu Najwyższego nie można się zgodzić. Zaznaczyć tu należy, że rozważania poniższe będą prowadzone w oparciu o treść art. 415 k.p.k. w brzmieniu po 1 lipca 2015 r. W chwili obecnej, w interesującym nas tu zakresie, konstrukcja tego przepisu jest inna, niż w dacie wydania głosowanego orzeczenia niemniej jednak jego istota nie uległa zmianie. Dawny art. 415 § 5 k.p.k. tym się tylko różni od obecnego art. 415 § 1 k.p.k., że ten ostatni przewiduje możliwość orzeczenia obowiązku naprawienia szkody lub zadośćuczynienia nie tylko w całości, ale i w części. Dla poniższych rozważań różnica ta nie ma znaczenia, stąd, także dla podkreślenia aktualności omawianego tu zagadnienia, będę odwoływał się do obecnej treści art. 415 k.p.k.

Problem, poruszony w głosowanym orzeczeniu jest bardzo istotny. Dotyczy bowiem kwestii podstawowej dla pokrzywdzonego, a mianowicie uzyskania przez niego naprawienia szkody, jaką poniósł na skutek popełnienia przez oskarżonego przestępstwa. Interpretacja art. 415 k.p.k. przyjęta przez Sąd Najwyższy utrudnia natomiast pokrzywdzonemu uzyskanie tytułu egzekucyjnego wobec sprawcy przestępstwa, zmuszając go do szukania naprawienia szkody w postępowaniu cywilnym, co oznacza dodatkowe, często znaczne koszty. Co więcej, takie rozumienie klauzuli antykumulacyjnej, jakie

¹ Pomijam tu, że w sprawie, w której wypowiedział się Sąd Najwyższy, nie zawężono orzeczenia o obowiązku naprawienia szkody tylko do szkody jeszcze nie naprawionej, co SN trafnie wytknął. Zawężenie takie jest oczywiście konieczne zob. m.in. Wyrok Sądu Najwyższego z dnia 23 listopada 2010 r., sygn. IV KK 282/10, LEX nr 667515.

przyjęto w glosowanym orzeczeniu zwiększa ryzyko wykorzystywania spółek z ograniczoną odpowiedzialnością do popełniania przestępstw, gdyż utrudnia skierowanie egzekucji do osobistego majątku sprawców – członków zarządu takiej spółki.

Zgodnie z art. 415 § 1 k.p.k., w razie skazania oskarżonego lub warunkowego umorzenia postępowania w wypadkach wskazanych w ustawie, sąd orzeka nawiązkę na rzecz pokrzywdzonego, obowiązek naprawienia, w całości lub w części, szkody lub zadośćuczynienia za doznaną krzywdę. Nawiązki na rzecz pokrzywdzonego, obowiązku naprawienia szkody lub zadośćuczynienia za doznaną krzywdę nie orzeka się, jeżeli roszczenie wynikające z popełnienia przestępstwa jest przedmiotem innego postępowania albo o roszczeniu tym prawomocnie orzeczono. Na gruncie prawa cywilnego „roszczenie” jest pojmowane jako uprawnienie polegające na możliwości domagania się od indywidualnie oznaczonych osób, aby zachowały się w określony sposób, polegający na czynieniu, zaniechaniu lub znoszeniu. Podkreśla się przy tym, że pojęcie roszczenia nie odnosi się jedynie do obowiązku zachowania się, ale także do określonej relacji pomiędzy dwoma podmiotami – to jest wierzycielem i dłużnikiem². Treścią roszczenia jest zatem nie tylko jego przedmiot (obowiązek określonego działania, zaniechania lub znoszenia) oraz podstawa faktyczna i prawna danego obowiązku (tj. tytuł prawny, np. umowa, czyn niedozwolony itp.), ale także określenie podmiotu zobowiązanego. Dla przyjęcia tożsamości roszczenia niezbędna jest więc również tożsamość osoby zobowiązanej do określonego świadczenia³. Skoro zatem art. 415 § 1 k.p.k. zabrania orzekania nawiązki lub obowiązku naprawienia szkody w wypadku, gdy o to samo roszczenie toczy się już postępowanie lub już o nim prawomocnie orzeczono, to brak tożsamości podmiotowej w obu tych postępowaniach oznacza, że ich przedmiotem nie jest to samo roszczenie. Brak jest więc podstaw do stosowania klauzuli antykumulacyjnej. Jak trafnie stwierdził P. Danek, wypowiadając się zresztą co do takiego właśnie układu faktycznego i procesowego, jaki miał miejsce w glosowanym tu orzeczeniu, brak tożsamości osoby obowiązanej przesądza o braku możliwości uznania roszczeń za tożsame⁴. Z tych względów w orzecznictwie Sądu Najwyższego, dotyczącym dawnego art. 415 § 5 k.p.k., szereg

² Zob. postanowienie Sądu Najwyższego z dnia 7 listopada 2014 r., sygn. IV KK 129/14, a także przywołaną tam w tym zakresie literaturę: System prawa cywilnego. Część ogólna, t. I, PAN, 1985, pod red. S. Grzybowski, s. 219; E. Łętowska, Podstawy prawa cywilnego, Warszawa 1993, s. 32–33; A. Wolter, J. Ignatowicz, K. Stefaniuk, Prawo cywilne. Zarys części ogólnej, Warszawa 2001, s. 133.

³ P. Danek, Obowiązek naprawienia szkody wyrządzonej przestępstwem przez członka organu zarządzającego osoby prawnej a wydane przeciwko niej orzeczenie cywilne, Czasopismo Prawa karnego i nauk penalitycznych, 2010, nr 1, s. 174, także T. Razowski, Zakres podmiotowy klauzuli antykumulacyjnej, Prokuratura i Prawo 2011, nr 3.

⁴ P. Danek, Obowiązek..., *op. cit.*, s. 175.

razy podkreślano, że zawarta tam tzw. klauzula antykumulacyjna wymaga dla swego zastosowania zarówno tożsamości przedmiotowej, jak i tożsamości podmiotowej⁵. Jeśli stroną postępowania cywilnego jest spółka z o.o., zaś karnego inny podmiot (członek jej zarządu), jak to miało miejsce w realiach rozstrzyganej w głosowanym orzeczeniu sprawy, to tożsamość taka nie zachodzi.

Sąd Najwyższy w głosowanym orzeczeniu nie podważył wprost konieczności istnienia tożsamości podmiotowej. Niemniej jednak w istocie rzeczy to uczynił, skoro pominął jej brak uznając, że zachodzi „wystarczająca tożsamość podmiotowa”. W ocenie SN tożsamość podmiotowa jest na gruncie analizowanej przez niego sprawy wystarczająca, gdyż na podstawie art. 299 kodeksu spółek handlowych, oskarżony będący członkiem zarządu spółki z o.o. może odpowiadać za jej zobowiązania. Artykuł 299 § 1 k.s.h. stanowi, że jeżeli egzekucja przeciwko spółce okaże się bezskuteczna, członkowie zarządu odpowiadają solidarnie za jej zobowiązania. W § 2 unormowano tzw. przesłanki egzoneracyjne, ograniczające odpowiedzialność wyżej wymienionych osób. I tak, członek zarządu może się uwolnić od odpowiedzialności, o której mowa w § 1, jeżeli wykaże, że we właściwym czasie zgłoszono wniosek o ogłoszenie upadłości lub wszczęto postępowanie układowe, albo że niezgłoszenie wniosku o ogłoszenie upadłości oraz niewszczęcie postępowania układowego nastąpiło nie z jego winy, albo że pomimo niezgłoszenia wniosku o ogłoszenie upadłości oraz niewszczęcia postępowania układowego wierzyciel nie poniósł szkody. W § 3 zaznaczono natomiast, że przepisy § 1 i § 2 nie naruszają przepisów ustanawiających dalej idącą odpowiedzialność członków zarządu. W realiach niniejszej sprawy zachodzi, zdaniem SN, wystarczająca tożsamość podmiotowa, gdyż istnieje łączność podmiotów zobowiązanych do zapłaty zasądzonego roszczenia.

Łączność taka, wbrew stanowisku SN, jednak nie zachodzi. Członkowie zarządu spółki nie odpowiadają solidarnie ze spółką. Odpowiedzialność członków zarządu za zobowiązania spółki wchodzi w grę dopiero wtedy, gdy spółka okaże się niewypłacalna, a nadto tylko wtedy, gdy nie zachodzą wskazane wyżej przesłanki egzoneracyjne unormowane w art. 299 § 2 k.s.h. Nie jest to też odpowiedzialność subsydiarna, a jedynie odpowiedzialność uzupełniająca, jeżeli egzekucja wobec spółki okaże się bezskuteczna⁶. Nadto, co należy szczególnie podkreślić, jakkolwiek członek zarządu spółki z o.o. może w określonych wypadkach odpowiadać za jej zobowiązania, to

⁵ Wyrok SN z dnia 3 lutego 2012 r., sygn. V KK 9/12, Prokuratura i Prawo 2012, dodatek „Orzecznictwo”, nr 7–8, poz. 12; wyrok SN z dnia 21 lutego 2013 r., sygn. V KK 14/13, Prokuratura i Prawo 2013, dodatek „Orzecznictwo”, nr 5, poz. 16, a także postanowienie SN z dnia 7 listopada 2014 r., sygn. IV KK 129/14, zapadłe już po wydaniu głosowanego orzeczenia.

⁶ A. K i d y b a, Komentarz aktualizowany do art. 1–300 ustawy z dnia 15 września 2000 r., Kodeks spółek handlowych, LEX/el., 2015.

nie jest możliwe prowadzenie wobec niego egzekucji na podstawie nakazu zapłaty wydanego przeciwko tej spółce, lecz konieczne jest wniesienie osobnego powództwa konkretnie przeciwko członkowi zarządu spółki z o.o.⁷. Tym samym wydanie wyroku przez sąd cywilny (nakazu zapłaty) przeciwko spółce z o.o., jakkolwiek jest warunkiem koniecznym odpowiedzialności członków zarządu na podstawie art. 299 k.s.h.⁸, to jednak nie jest wystarczającym do prowadzenia wobec nich egzekucji. Wynika to również z treści art. 778¹ k.p.c., który dotyczy możliwości prowadzenia egzekucji wobec wspólników spółki w razie wydania wobec niej tytułu egzekucyjnego, a w którym to przepisie nie wymienia się spółki z o.o.⁹. Innymi słowy, wydany przeciwko spółce tytuł egzekucyjny jedynie otwiera drogę do wytoczenia powództwa na podstawie art. 299 § 1 k.s.h. Nie tworzy natomiast łączności zobowiązania do zapłaty pomiędzy spółką a członkami jej zarządu. W realiach głosowanej sprawy nie ma zatem żadnej łączności w zakresie obowiązku zapłaty pomiędzy oskarżonymi a spółką. Mogłaby ona zaistnieć dopiero po uwzględnieniu powództwa przeciwko członkowi zarządu spółki z o.o. opartego na art. 299 § 1 k.s.h. W takim wypadku niemożliwe już byłoby orzeczenie o obowiązku naprawienia szkody w postępowaniu karnym – bo przecież o roszczeniu tym, przeciwko danemu oskarżonemu (członkowi zarządu spółki z o.o.) już orzeczono.

W sprawie, w której orzekał SN, brak jest zatem tożsamości podmiotowej, w rozumieniu art. 415 § 1 k.p.k., nie sposób też mówić o istnieniu łączności zobowiązania do zapłaty pomiędzy spółką, wobec której wydany został nakaz zapłaty, a oskarżonymi. Brak tej łączności powoduje, że nie istnieje nawet substytut tożsamości pomiędzy podmiotami, o których mowa wyżej. Konsekwencją stanowiska SN jest to, że pokrzywdzony, chcąc uzyskać naprawienie wyrządzonej mu szkody, musi zainicjować kolejne postępowanie – zdaniem SN w oparciu o art. 299 § 1 k.s.h. Dochodzi zatem do sytuacji, której istnieniu tzw. „kompleks cywilny w postępowaniu karnym”¹⁰ ma zapobiec, to jest zmuszania pokrzywdzonego do inicjowania postępowań cywilnych, w celu uzyskania naprawienia szkody. Nie tylko stanowi to dla pokrzywdzonego utrudnienie (i zwiększenie kosztów), ale dodatkowo obciąża wymiar sprawiedliwości.

Prawdą jest natomiast, na co SN zwrócił uwagę w głosowanym orzeczeniu, że w razie niezastosowania klauzuli antykumulacyjnej i uwzględnienia wniosku o naprawienie, szkody pokrzywdzony będzie dysponował dwoma tytułami egzekucyjnymi dotyczącymi tej samej w istocie rzeczy wierzytelno-

⁷ *Ibidem*.

⁸ Wyrok SN z dnia 13 marca 2014 r., sygn. I CSK 286/13, LEX nr 1526578.

⁹ Zob. też wyrok Sądu Apelacyjnego w Gdańsku z dnia 14 listopada 2013 r., sygn. II AKa 336/13, LEX nr 1409099.

¹⁰ T. R a z o w s k i, Zakres podmiotowy..., s. 10.

ści, co w ocenie SN jest niedopuszczalne. Zauważyć należy, że powołując taką argumentację SN odszedł od literalnego rozumienia dawnego art. 415 § 5 k.p.k. w kierunku interpretacji rozszerzającej. Nie ogranicza już bowiem zastosowania tego przepisu do wystąpienia tożsamości roszczenia, ale mówi o tym, że klauzula antykumulacyjna ma zapobiegać istnieniu dwóch tytułów egzekucyjnych dotyczących tego samego roszczenia. Jednakże w sytuacji, której glosowane orzeczenie dotyczy, wierzyciel może i tak uzyskać drugi tytuł egzekucyjny – z tym, że w postępowaniu cywilnym.

Zgodnie bowiem z art. 366 k.p.c. wyrok prawomocny ma powagę rzeczy osądzonej tylko co do tego, co w związku z podstawą sporu stanowiło przedmiot rozstrzygnięcia, a ponadto tylko między tymi samymi stronami. W sytuacji, która istniała w rozstrzyganej przez SN sprawie, pokrzywdzony (wierzyciel) mógłby wystąpić do sądu cywilnego z roszczeniem przeciwko członkom zarządu spółki z o.o. – jako osobom, które swoim działaniem wyrządziły mu szkodę (art. 415 k.c.) – i pozew taki nie zostałby odrzucony z powodu istnienia powagi rzeczy osądzonej (art. 199 § 1 pkt 2 k.p.c.), to jest wcześniejszego wydania wobec spółki nakazu zapłaty. Pozwanym nie byłaby przecież ta sama strona, przeciwko której wydany został nakaz zapłaty. Warto tu zwrócić uwagę na postanowienie Sądu Apelacyjnego w Krakowie, sygn. I ACz 674/13, w którym stwierdzono m.in. że samo członkostwo w zarządzie spółki z o.o. nie wyłącza odpowiedzialności na zasadach ogólnych, w tym odpowiedzialności deliktowej¹¹. W postanowieniu Sądu Apelacyjnego w Krakowie wydanym w sprawie o sygn. I ACz 716/13 wprost wskazano, że przepisy art. 291–299 k.s.h. nie wyczerpują dalszych możliwości występowania z powództwem i możliwe jest powództwo o naprawienie szkody na zasadach ogólnych – skierowane przeciwko członkom zarządu spółki w sytuacji niewywiązywania się przez nią z zawartej umowy. Wierzyciel nie jest zatem ograniczony do opierania swojego roszczenia na art. 299 k.s.h., ale może wystąpić również z roszczeniem opartym na art. 415 k.c., który stanowi, że kto z winy swej wyrządził drugiemu szkodę, obowiązany jest do jej naprawienia. Podstawą faktyczną roszczenia będzie to zachowanie wyrządzające szkodę, które w postępowaniu karnym jest oceniane pod kątem tego, czy stanowi realizację określonego w ustawie karnej czynu zabronionego. W przypadku wydania prawomocnego wyroku skazującego, sąd cywilny będzie związany ustaleniami co do popełnienia przestępstwa (art. 11 k.p.c.). Wiązać go będzie zatem ustalenie, że skazany dopuścił się w sposób umyślny i zawiniony zachowania, które wyrządziło pokrzywdzonemu szkodę, co będzie wystarczającą podstawą do zasądzenia odszkodowania na podstawie art. 415 k.c. Jak podkreślają komentatorzy: „W postępowaniu

¹¹ Podobnie również inne postanowienia tego Sądu o sygn.: I ACz 618/13, I ACz 716/13, I ACz 1009/13, zob. też wyrok Sądu Najwyższego z dnia 13 marca 2014 r., sygn. I CSK 286/13, LEX nr 1526578.

cywilnym pozwany nie może bronić się zarzutem, że nie popełnił przestępstwa, za które wcześniej został skazany prawomocnym wyrokiem wydanym w postępowaniu karnym, ani też, że przestępstwem tym nie wyrządził szkody¹². Dodać tu należy, że jeżeli ustalenie wysokości szkody wynika bezpośrednio z ustalenia przedmiotu przestępstwa i stanowi jeden z elementów stanu faktycznego, to ustalenie takie jest dla sądu cywilnego wiążące¹³.

Niczymu zatem nie służy odmawianie pokrzywdzonemu zaspokojenia jego roszczeń cywilnych w postępowaniu karnym, w celu zapobieżenia wydaniu drugiego tytułu egzekucyjnego – przeciwko innemu podmiotowi – co do tej samej szkody. Przecież, co wyjaśniono wyżej, w razie wniesienia pozwu opartego na art. 415 k.c., sąd cywilny powództwo uwzględni, i to na podstawie okoliczności faktycznych ustalonych już w postępowaniu karnym. Ostatecznie zatem stanowisko zajęte przez SN w glosowanym orzeczeniu nie zapobiegnie zaistnieniu dwóch tytułów egzekucyjnych co do tej samej szkody, a zmusi jedynie pokrzywdzonego do szukania rozstrzygnięcia w postępowaniu cywilnym.

Problemu istnienia dwóch tytułów egzekucyjnych co do tej samej szkody (wierzytelności) nie da się zatem rozwiązać poprzez zastosowanie klauzuli antykumulacyjnej unormowanej w art. 415 k.p.k. Nie oznacza to jednak, że wierzyciel, dysponujący dwoma tytułami egzekucyjnymi, będzie mógł dwukrotnie wyegzekwować tą samą wierzytelność od dwóch różnych podmiotów. Jak podkreśla się w literaturze cywilistycznej, istnieją sytuacje, w których kilka podmiotów, na podstawie odrębnych stosunków prawnych, jest zobowiązanych wobec jednego wierzyciela do spełnienia świadczeń zmierzających do zaspokojenia tego samego interesu prawnego, przy czym na każdym z dłużników ciąży obowiązek spełnienia świadczenia w całości, a spełnienie przez któregośkolwiek powoduje wygaśnięcie obowiązku świadczenia pozostałych. Jednocześnie wykładnia art. 369 k.c. nie pozwala objąć tych przypadków konstrukcją solidarności, zaś fakt pozostawiania każdego z dłużników w odrębnej relacji zobowiązaniowej z wierzycielem wyklucza zastosowanie art. 379 i n. k.c.¹⁴. W takim wypadku mamy do czynienia z tzw. odpowiedzialnością *in solidum*. Jak podkreślają komentatorzy, można o niej mówić m.in. wtedy, gdy jeden z podmiotów ponosi odpowiedzialność z tytułu czynu niedozwolonego, drugi z tytułu niewykonania lub nienależytego

¹² A. Jakubecki (red.), J. Bodio, T. Demendecki, O. Marcewicz, P. Telenga, M. Wójcik, Komentarz aktualizowany do ustawy z dnia 17 listopada 1964 r. – Kodeks postępowania cywilnego, LEX/el., 2015.

¹³ *Ibidem*.

¹⁴ A. Kidyba (red.), Z. Gawlik, A. Janiak, G. Koziół, A. Olejniczak, A. Pyrzyńska, T. Sokołowski, Kodeks cywilny. Komentarz, t. III. Zobowiązania – część ogólna. LEX, 2014; zob. też wyrok Sądu Najwyższego z dnia 18 maja 2004 r., sygn. IV CK 361/03, LEX nr 174211.

wykonania zobowiązania¹⁵. Taki układ zaistniał w sprawie, której glosowane orzeczenie dotyczy. Pokrzywdzony miał już nakaz zapłaty wobec spółki z o.o. (odpowiedzialność kontraktowa), w razie orzeczenia obowiązku naprawienia szkody dysponowałby również tytułem egzekucyjnym wobec oskarżonych, członków zarządu tej spółki (odpowiedzialność z czynu niedozwolonego). Również zdaniem P. Danki, w zakresie odnoszącym się do roszczenia wynikającego z popełnienia przestępstwa, odpowiedzialność sprawcy przestępstwa, który jest członkiem zarządu spółki z o.o. oraz samej spółki, będzie miała charakter właśnie odpowiedzialności *in solidum*¹⁶. Jeżeli tak, to w wypadku pokrycia w całości lub części roszczenia objętego węzłem tego rodzaju odpowiedzialności przez którąkolwiek z osób obowiązanych, pozostałe osoby odpowiadające z tego tytułu będą zwolnione w takim samym zakresie z przedmiotowego obowiązku, jakby same świadczyły.

Reasumując, pokrzywdzony (wierzyciel) ma wprawdzie możliwość podjęcia próby wyegzekwowania roszczeń z obu posiadanych tytułów egzekucyjnych, jednakże tak oskarżeni, jak i spółka, dysponują środkami prawnymi, które mogą to uniemożliwić. Mogą to zrobić za pomocą tzw. powództwa opozycyjnego, w szczególności zaś przy wykorzystaniu instytucji unormowanej w art. 840 § 1 pkt 2 k.p.c.¹⁷. Przepis ten stanowi, że dłużnik może w drodze powództwa żądać pozbawienia tytułu wykonawczego wykonalności w całości lub części albo ograniczenia, jeżeli po powstaniu tytułu egzekucyjnego nastąpiło zdarzenie, wskutek którego zobowiązanie wygasło albo nie może być egzekwowane. Gdy tytułem jest orzeczenie sądowe, dłużnik może powództwo oprzeć także na zdarzeniach, które nastąpiły po zamknięciu rozprawy, a także zarzucie spełnienia świadczenia, jeżeli zarzut ten nie był przedmiotem rozpoznania w sprawie. Wyżej wykazano już, że w realiach glosowanej sprawy – jeśli dojdzie do wydania dwóch tytułów egzekucyjnych co do jednej wierzytelności, przeciwko dwóm różnym podmiotom, to podmioty te są zobowiązane na zasadzie *in solidum*. Jeśli zatem jeden z obowiązanych spełni świadczenie, to drugi będzie mógł się na to powołać, co zapobiegnie dwukrotnemu wyegzekwowaniu tej samej wierzytelności. Tym samym okoliczność zaistnienia dwóch tytułów egzekucyjnych nie doprowadzi do bezpodstawnego wzbogacenia wierzyciela lub też pokrzywdzenia któregoś z obowiązanych. Uwzględnienie powództwa w przedmiocie pozbawienia

¹⁵ A. K i d y b a, zobacz także uchwała SN z dnia 17 lipca 2007 r., sygn. III CZP 66/07, OSNC 2008, nr 9, poz. 98.

¹⁶ P. D a n e k, Obowiązek..., *op. cit.*

¹⁷ Zob. wyrok Sądu Apelacyjnego we Wrocławiu z dnia 5 czerwca 2013 r., sygn. II AKa 157/13, tekst orzeczenia z bazy Portalu Orzeczeń Sądów Powszechnych, <http://orzeczenia.ms.gov.pl>; zob. także wyrok Sądu Apelacyjnego w Białymstoku z dnia 9 kwietnia 2014 r., sygn. I ACa 897/13, LEX nr 1455539; zob. również A. Bruzdewicz, Glosa do wyroku Sądu Najwyższego z dnia 23 listopada 2006 r., sygn. IV kk 328/06, OSNKW 2007, nr 2, poz. 14, s. 80.

tytułu wykonawczego wykonalności skutkuje umorzeniem postępowania egzekucyjnego w odpowiedniej części (zob. art. 825 pkt 2 k.p.c.). W ten sposób rozwiązany zostanie problem istnienia dwóch tytułów egzekucyjnych co do tej samej wierzytelności (szkody).

Brak jest zatem jakichkolwiek racji do odmawiania pokrzywdzonemu prawa do zasądzenia na jego rzecz obowiązku naprawienia szkody w postępowaniu karnym, z powołaniem się na to, że w takim wypadku doszłoby do zaistnienia dwóch tytułów egzekucyjnych – przeciw różnym podmiotom – co do tej samej wierzytelności. Kwestia wzajemnych rozliczeń (roszczeń regresowych) pomiędzy obowiązkanymi nie jest już natomiast rzeczą postępowania karnego i winna być rozstrzygnięta w postępowaniu cywilnym¹⁸.

Zwrócić tu jeszcze należy uwagę na dwie kwestie. Po pierwsze, jednym ze sposobów popełniania przestępstw gospodarczych, w szczególności zaś oszustw, jest powoływanie spółek z o.o., które posiadają jedynie symboliczny majątek i zaciąganie na ich rzecz zobowiązań. Spółki takie nie mają majątku, z którego można by następnie egzekwować wierzytelność, co utrudnia odzyskanie należności przez wierzyciela (pokrzywdzonego). Egzekucja ze spółki będzie w takich wypadkach oczywiście bezskuteczna, niemniej jednak wierzyciel, na ogół, przekona się o tym dopiero wtedy, gdy uzyska już nakaz zapłaty i podejmie próbę egzekucji. Istnienie takiego nakazu, zgodnie ze stanowiskiem zawartym w głosowanym orzeczeniu, nie pozwoli mu już na uzyskanie naprawienia szkody w postępowaniu karnym. Tymczasem racjonalne, i zgodne z zasadami ekonomiki procesowej, wydaje się orzekanie w toku postępowania karnego o przestępstwo oszustwa popełnione z wykorzystaniem takich spółek o szkodzie, którą ponieśli ich wierzyciele. Sąd karne ustala przecież wszystkie elementy zdarzenia, które są niezbędne do orzeczenia o obowiązku naprawienia szkody. W ten sposób pokrzywdzony nie tylko szybciej i łatwiej może uzyskać skuteczny tytuł egzekucyjny – bo skierowany przeciwko osobie, do której w rzeczywistości jego środki trafiły – ale ma też większą szansę na zapobieżenie ich ukryciu.

Nakaz zapłaty wydany w postępowaniu cywilnym uzyskany przeciwko spółce z o.o. nie przyniesie zatem wierzycielowi żadnych korzyści, wprost przeciwnie, przy akceptacji stanowiska SN uniemożliwi mu uzyskanie naprawienia szkody w najtańszy dla niego sposób, to jest w postępowaniu karnym, od osoby, która swoim przestępczym zachowaniem wyrządziła mu szkodę. Co więcej, skoro SN wskazuje na możliwość dochodzenia należności od członków zarządu na podstawie art. 299 k.s.h., to jednocześnie przyznaje, że egzekucja od spółki jest niemożliwa. W tej sytuacji niebezpieczeń-

¹⁸ W kwestii takich rozliczeń zob. m.in. wyrok Sądu Najwyższego z dnia 15 października 2010 r., sygn. V CSK 78/10; uchwała Sądu Najwyższego z dnia 17 lipca 2007 r., sygn. III CZP 66/07, OSNC 2008, nr 9, poz. 98, Prokuratura i Prawo 2009, dodatek „Orzecznictwo”, nr 3, poz. 53, Biul. SN 2007, nr 7, poz. 8, Wspólnota 2007, nr 30, poz. 30.

stwo związane z istnieniem dwóch tytułów egzekucyjnych co do tej samej wierzytelności jest czysto hipotetyczne – wierzyciel nie ma żadnej realnej możliwości wyegzekwowania czegokolwiek od spółki.

Po drugie, akceptacja poglądu wyrażonego w glosowanym orzeczeniu oznaczałaby w istocie rzeczy uprzywilejowanie członków zarządu spółki kapitałowej w stosunku do tych, którzy statusu takowego nie posiadają. Wobec członków zarządu takiej spółki – którzy dopuścili się, działając w imieniu spółki, umyślnego przestępstwa wyrządzając tym samym szkodę innym osobom – nie można byłoby w postępowaniu karnym, zgodnie ze stanowiskiem SN, orzec obowiązku naprawienia szkody. Możliwe byłoby to tylko w sytuacji, gdyby uprzednio wierzyciel (pokrzywdzony) nie próbował dochodzić swojej należności od spółki w postępowaniu cywilnym. To jednak jest mało prawdopodobne, gdyż na ogół pierwsze co robi wierzyciel w takiej sytuacji, to próba odzyskania należności od swojego kontrahenta, to jest od spółki.

Kończąc niniejsze rozważania warto przytoczyć, tytułem podsumowania, wyrok Sądu Apelacyjnego w Katowicach¹⁹, w którym trafnie wskazano, że: „Czym innym jest odpowiedzialność cywilna spółki z o.o. lub innej osoby prawnej będącej z punktu widzenia prawa cywilnego stroną stosunku prawnego np. umowy faktoringu, a czym innym odpowiedzialność członków zarządu tego rodzaju podmiotu w ramach realizacji obowiązku naprawienia szkody wyrządzonej przestępstwem. Z racji braku tożsamości osoby zobowiązanej nie są to bowiem roszczenia tożsame, a tylko takich dotyczy kategoryczna regulacja z art. 415 § 5 k.p.k.”.

Reasumując, w sytuacji, w której pokrzywdzony (wierzyciel) uzyskał nakaz zapłaty przeciwko spółce z o.o., może domagać się w postępowaniu karnym nałożenia obowiązku naprawienia szkody na członka jej zarządu, co do tej samej wierzytelności – jeśli oczywiście stanowi ona szkodę wyrządzoną przestępstwem²⁰. Dopiero w sytuacji, gdyby pokrzywdzony uprzednio wniósł przeciwko oskarżonemu członkowi zarządu pozew oparty o art. 299 § 1 k.s.h. lub inną podstawę prawną, co do którego już orzeczono lub postępowanie takie jest w toku, to zaistnieje sytuacja, o której mowa w art. 415 § 1 k.p.k., to jest niedopuszczalność orzeczenia obowiązku naprawienia szkody.

¹⁹ Sygn. II AKa 89/11 z dnia 28 kwietnia 2011 r., KZS 2011, nr 9, poz. 99.

²⁰ Zob. postanowienie SN z dnia 13 lutego 2014 r., sygn. V KK 238/13, Prokuratura i Prawo 2014, dodatek „Orzecznictwo”, nr 5, poz. 13, w którym wskazano m.in., że klauzula antykumulacyjna nie obejmuje roszczeń wynikających z czynności cywilno-prawnych poprzedzających popełnienie przestępstwa, czyli nie pochodzących z czynów niedozwolonych, oraz że roszczenie, które jest przedmiotem „innego postępowania” w rozumieniu art. 415 § 5 k.p.k. lub o którym „prawomocnie orzeczono”, musi powstać w następstwie popełnienia czynu zabronionego będącego przedmiotem obecnego procesu karnego.

Disapproving commentary to the Supreme Court judgment of 26 February 2014, ref. file no. III KK 429/13

Abstract

The Supreme Court's view is disapproved that former Article 415, § 5 (present Article 415, § 1) of the Code of Criminal Procedure is an obstacle to imposing a obligation on an accused member of a board of directors of a limited liability company to redress a damage in the situation when a victim has already obtained a payment order against that company for the same debt which is included in the petition for redress in criminal proceedings.

Anna Golonka

Glosa do wyroku Sądu Apelacyjnego w Łodzi z dnia 24 lipca 2013 r., sygn. II AKa 119/2013¹

Streszczenie

Autorka w opracowaniu odnosi się do stanowiska zajętego przez Sąd Apelacyjny w Łodzi w wyroku z dnia 24 lipca 2013 r. i zaprezentowanej w nim tezy dotyczącej jednej z przesłanek przestępstwa dzieciobójstwa określonego w art. 149 k.k., jaką jest wpływ przeżycia związanego przebiegiem porodu na dopuszczenie się przez matkę zabójstwa dziecka w okresie porodu. Wyraża ona aprobatę dla sposobu rozumienia takich przeżyć przyjętego w powołanym orzeczeniu, zarazem jednak odnosi się ona krytycznie do wymagania dotyczącego natężenia, z jakim w świetle wyroku Sądu Apelacyjnego w Łodzi powinno oddziaływać takie przeżycie na kobietę w okresie porodu, aby uzasadniać kwalifikację zabójstwa jako typu uprzywilejowanego z art. 149 k.k.

Sąd Apelacyjny w Łodzi w wyroku z dnia 24 lipca 2013 r. orzekł, iż: „Przeżycie związane z przebiegiem porodu, jako okoliczność prowadząca do uprzywilejowanej kwalifikacji zabójstwa dziecka z art. 149 k.k., wymaga stwierdzenia specyficznego, odbiegającego od normy, przebiegu porodu lub specyficznej lub odbiegającej od normy wrażliwości kobiety na przebieg porodu. Przeżycie, pod wpływem którego dochodzi do zabójstwa noworodka, stanowi zakłócenie czynności psychicznych, a natężenie tego zakłócenia powinno być takie jak w przypadku ograniczonej poczytalności (art. 31 § 2 k.k.)”.

Powołane orzeczenie zapadło w sprawie o usiłowanie zabójstwa przez matkę swojego nowonarodzonego dziecka. W świetle uzasadnienia do przedmiotowej sentencji, stan faktyczny sprowadzał się do podjęcia przez oskarżoną po odbyciu zasadniczo prawidłowo przebiegającego porodu (oskarżona „urodziła najpierw główkę a następnie całe niemowlę, złapała je tak aby nie wpadło do sedesu i odcięła pępowinę”), czynności polegających najpierw na tym, że „po urodzeniu dziecka, przytrzymując dziecko za lewe podudzie ostrokrawędzistym narzędziem próbowała przeciąć szyję dziecka

¹ LEXPolonica nr 7441893, a także: LEX nr 1363268 (gdzie jako orzeczenie nietezowane).

i wbić przedmiotowe narzędzie w klatkę piersiową dziecka, powodując rany szyi i dwie rany klatki piersiowej, nie naruszające czynności narządu ciała na okres dłuższy niż 7 dni, a następnie nie dokonawszy swego zamiaru (...) wbrew prawnemu obowiązкови podjęcia opieki nad dzieckiem (...) porzuciła je w porze nocnej, w warunkach niskiej temperatury zewnętrznej, na dnie kosza na śmieci znajdującego się w śmietniku”. Oskarżonej zarzucono więc popełnienie czynów, o których mowa w art. 13 § 1 k.k. w zw. z art. 148 § 1 k.k. w zw. z art. 157 § 2 k.k. z art. 210 § 1 k.k. i art. 11 § 2 k.k. i art. 12 k.k. Apelację od wyroku wydanego przez sąd I instancji wniósł obrońca oskarżonej, podnosząc w niej takie zarzuty, które w ocenie Sądu Apelacyjnego w Łodzi, „nie zależnie od tego jak zostały sformułowane, zmierzają do wykazania, że oskarżona dopuściła się usiłowania zabójstwa nowonarodzonego dziecka w okresie porodu pod wpływem jego przebiegu i w związku z tym uznanie, że zachowaniem swoim wypełniła dyspozycję art. 149 k.k.”.

W tym miejscu jedynie dla porządku wypadu przypomnieć, że powołany wyżej, uprzywilejowany typ zabójstwa opisanego w art. 149 k.k. (tzw. dzieciobójstwo), wymaga spełnienia łącznie następujących przesłanek tj.: zabicia dziecka przez matkę, które ma nastąpić „w okresie porodu” i „pod wpływem jego przebiegu”². Obydwa znamiona, tj. okres porodu i wpływ jego przebiegu na kobietę dopuszczającą się dzieciobójstwa, mają charakter ocenny i nieostry, wobec czego niejednokrotnie stanowiły one przedmiot ożywionej dyskusji i sporów, prowadzonych zarówno w doktrynie, jak i judykaturze prawa karnego. Z uwagi na obszerny charakter i złożoność materii objętej zakresem omawianego przepisu, w tym w szczególności ogrom wątpliwości związanych z interpretacją znamion „dziecko” oraz „okres porodu”, jakimi ustawodawca posłużył się w art. 149 k.k., a przy tym ograniczone ramy tego opracowania i nade wszystko aktualną bibliografię traktującą o tej problematyce, wypadu tutaj jedynie odesłać do niej³, koncentrując się natomiast na dylematach pojawiających się na tle tezy głosowanej sentencji. Dotyczą one przeżycia, jakie winno towarzyszyć przebiegowi porodu, a ściślej jego istoty i natężenia, uzasadniających kwalifikację zabójstwa dziecka popełnionego przez jego matkę, jako czynu z art. 149 k.k.

² Por. art. 1 ustawy z dnia 8 lipca 1999 r. o zmianie ustawy – Kodeks karny oraz ustawy o zawodzie lekarza, Dz. U. Nr 64, poz. 729.

³ Por. np. J. Brzezińska, Dzieciobójstwo. Aspekty prawne i etyczne, Wydawnictwo LEX Wolters Kluwer, Warszawa 2013, s. 219–241 oraz uwagi na s. 23–58, a także: A. Księżopolska-Breś, Odpowiedzialność karna za dzieciobójstwo w prawie polskim, Wydawnictwo Wolters Kluwer, Warszawa 2010, s. 53–72 i 82–91; M. Rudzka, Dzieciobójstwo w ustawodawstwie karnym, Archiwum Medycyny Sądowej, Psychiatrii Sądowej i Kryminalistyki 1955, t. 7, s. 93–97. Por. także pierwotną wersję art. 149 k.k. z 1997 r., w której była mowa o zabójstwie przez matkę noworodka pod wpływem silnego przeżycia związanego z przebiegiem porodu, znacznym zniekształceniem dziecka lub ze szczególnie trudną sytuacją osobistą, Dz. U. z 1997 r., Nr 88, poz. 553.

W pierwszej kolejności należałoby przy tym odnieść się do stanowiska wyrażonego przez Sąd Apelacyjny w Łodzi w wyroku z dnia 24 lipca 2013 r. w przedmiocie „przeżycia związanego z porodem” jako okoliczności prowadzącej do uprzywilejowanej kwalifikacji zabójstwa dziecka z art. 149 k.k. Zdaniem tego Sądu powinno ono przybrać postać „specyficznego, odbiegającego od normy, przebiegu porodu lub specyficznej lub odbiegającej od normy wrażliwości kobiety na przebieg porodu”. Bazując na wypracowanych w doktrynie i judykaturze prawa karnego poglądach odnoszących się do przeżyć związanych z przebiegiem porodu, jakie należy mieć na względzie ustalając, że doszło do realizacji znamion typu czynu zabronionego określonego w art. 149 k.k., wypada uznać, że wymienione czynniki noszą cechy zarówno okoliczności okołoporodowych, zwanych niekiedy czynnikami egzogennymi, jak i okoliczności endogennych⁴, czyli odnoszących się do indywidualnych uwarunkowań psychofizycznych (czy ściślej – biochemicznych) rodzącej kobiety⁵.

Jak zaznaczano w piśmiennictwie, na zachowanie się kobiety w okresie porodu mają wpływ także czynniki przedporodowe, a „konstelacja psychiczna” kobiety może ulegać zmianom „w zależności od przygotowania kobiet do porodu, od atmosfery stwarzanej wokół położnic oraz od indywidualnego typu psychicznego”⁶. Co więcej, jak podnoszono, przesłanka dzieciobójstwa, jaką jest zachowanie pod wpływem przebiegu porodu jest „fałszywa”, a to dlatego, że – jak dowodzą badania – do popełnienia tego przestępstwa prowadzą zazwyczaj zupełnie inne przyczyny, zazwyczaj związane z sytuacją ekonomiczną, rodzinną czy osobistą kobiety⁷. Jeszcze inni autorzy pisali, że w takiej sytuacji dochodzi do pewnego splotu okoliczności życiowych, który, gdy dochodzi do niego w okresie porodu, stanowi dodatkowy, uboczny czynnik wpływający na przebieg porodu, a w rezultacie na dopuszczenie się przez świeżo upieczoną matkę zabójstwa swojego dziecka⁸.

Niemniej jednak powyższe stanowisko nie pozostaje bezdyskusyjne. W literaturze przedmiotu zarysowały się bowiem w tej mierze pewne rozbieżno-

⁴ Por. A. Książowska-Breś, Odpowiedzialność karna za dzieciobójstwo..., *op. cit.*, s. 84.

⁵ Por. wyrok Sądu Apelacyjnego w Krakowie z dnia 24 października 2002 r., sygn. II AKa 256/02, w którym sąd ten uznał, że: „Zamiar dzieciobójstwa pod wpływem porodu (art. 149 k.k.) jest wynikiem zespołu czynników psychofizycznych, psychologicznych, fizjologicznych i społecznych, związanych zarówno z porodem, jak i sytuacją życiową matki. Nie spotyka się wypadków wyzwolenia agresji samodzielnie przebiegiem porodu, bez udziału pozostałych czynników, a jeśli takie występują, powinny być wartościowane wedle kryteriów poczytalności jako przypadki patologiczne”, *Krakowskie Zeszyty Sądowe* 2002, nr 12, poz. 34.

⁶ M. Tarnawski, Zabójstwa uprzywilejowane w ujęciu polskiego prawa karnego, Poznań 1981, s. 158 i 160.

⁷ K. Daszkiewicz, O dzieciobójstwie (w świetle kodeksu karnego z dnia 6 czerwca 1997 r.), *Palestra* 1998, nr 5–6, s. 35–36.

⁸ A. Gubiński, Ochrona życia ludzkiego w projekcie kodeksu karnego, *Palestra* 1962, nr 12, s. 42–43.

ści. Przeciwnicy zbyt szerokiej interpretacji znamienia dzieciobójstwa, jakim jest przebieg porodu i jego negatywnego wpływu na psychikę kobiety, skutkującego zabiciem własnego dziecka podnoszą, że: „czynniki natury psychicznej i moralnej w naszej rzeczywistości społeczno-politycznej nie mogą być w żadnym razie uznane za dostatecznie ważne, aby dzieciobójstwo popełnione z tych pobudek było przez prawodawcę traktowane łagodniej niż zwykłe zabójstwo”⁹.

Należy podzielić pierwsze z zaprezentowanych zapatrywanie z tym, że jednocześnie wypada odrzucić tendencję do zbyt szerokiej wykładni pojęcia „pod wpływem przebiegu porodu”, a więc takiej jego interpretacji, według której dzieciobójstwo mogłyby usprawiedliwiać wyłącznie trudne warunki bytowe¹⁰. Przeciwnie podejście prowadzi bowiem do wykładni *contra legem*, jako że *de lege lata* czynniki socjalne (same przez się) nie stanowią znamienia typu czynu zabronionego określonego w art. 149 k.k.¹¹.

Inną sprawą pozostaje natomiast sformułowanie użyte przez Sąd Apelacyjny w Łodzi w powołanym orzeczeniu, odnoszące się do „specyficznej” wrażliwości kobiety. O ile bowiem można zgodzić się z określeniem dotyczącym „specyficznego przebiegu porodu”, rozumiejąc przez nie przebieg porodu odbiegający od prawidłowego (co będzie miało miejsce w szczególności w wypadku porodu powikłanego), bądź też ze sformułowaniem odnoszącym się do odbiegającej od normy wrażliwości kobiety rodzącej (co można by wiązać np. z wysoką afektywnością kobiety; łatwością popadania przez nią w skrajne nastroje emocjonalne o uwarunkowaniu fizjologicznym itp.), o tyle już użycie zwrotu wskazującego na „specyfikę” w zakresie takiej wrażliwości nie wydaje się fortune. Może ono bowiem sugerować istnienie jakiś nieprawidłowości (zaburzeń) w zdolności do oceny podejmowanego działania o podłożu wykraczającym poza to, które jest uwarunkowane faktem porodu czy nawet jego przebiegiem.

Sam przebieg porodu, rozumiany w zaprezentowany powyżej sposób i potraktowany jako okoliczność prowadząca do uprzywilejowanej kwalifikacji

⁹ Tak: M. Rudzka, Dzieciobójstwo..., *op. cit.*, s. 98. Por. także E. A. Sindlowski, Przyczynek do problematyki dzieciobójstwa, Zeszyty Naukowe Uniwersytetu Łódzkiego 1962, nr 26, s. 77–78.

¹⁰ Podobnie R. Kokoł, Dzieciobójstwo czy zabójstwo dziecka, czyli o racjonalizację znamion art. 149 k.k., (w:) L. Bogunia (red.), Nowa Kodyfikacja Prawa Karnego, t. XX, Warszawa 2006, s. 24–25.

¹¹ W piśmiennictwie zgłoszono postulat *de lege ferenda*, aby art. 149 k.k. uzupełnić o stosowne znamię, pozwalające na objęcie kwalifikacją tego przepisu przypadku zabicia dziecka przez matkę „pod wpływem szczególnie trudnych warunków osobistych” – por. M. Tarnawski, Zabójstwa uprzywilejowane..., *op. cit.*, s. 164–165, a także: A. Gubiński, *op. cit.*, s. 43. Przeciwna wprowadzeniu takiego zapisu (przy uwzględnieniu jednakże przesłanek natury społecznej, w szczególności bytowych i osobistych) jest A. Księżopolska-Breś trafnie uznając, że mogą one niejako „wyzwolić” negatywne uczucia wobec dziecka, A. Księżopolska-Breś, Odpowiedzialność karna za dzieciobójstwo..., *op. cit.*, s. 88.

zabójstwa dziecka z art. 149 k.k., Sąd Apelacyjny w Łodzi w wyroku z dnia 24 lipca 2013 r. uznał za jeden z przypadków zakłócenia czynności psychicznych. W tym miejscu należałoby podzielić pogląd wyrażony przez ten Sąd, z zastrzeżeniem jednak, że owemu „zakłóceniu czynności psychicznych” nadamy znaczenie takie, jakie wynika z jego psychopatologicznego, bądź też psychologicznego postrzegania. Innymi słowy, zakłócenie takie będziemy pojmowali jako: „zaburzenia, u podstaw których nie leżą defekty wrodzone ani procesy chorobowe, lecz które są wynikiem z reguły krótkich i przemijających reakcji organizmu na określone bodźce zewnętrzne lub wewnętrzne”¹². Nie wydaje się natomiast zasadne nadawanie temu określeniu takiego znaczenia, jakie wynika z art. 31 § 1 k.k., czyli traktowanie go (w tym kontekście) jako przyczyny (tzw. racji psychiatrycznej, biologicznej) niepoczytalności. Na gruncie tego ostatniego przepisu, tzw. „inne zakłócenie czynności psychicznych” obejmuje stany prowadzące do zniesienia zdolności rozpoznania znaczenia czynu lub pokierowania swoim postępowaniem, niebędące chorobą psychiczną, ani upośledzeniem umysłowym¹³.

Z kolei poczytalność zmniejszona, o której mowa w art. 31 § 2 k.k.¹⁴, została uregulowana w oparciu o metodę psychologiczną, co uprawnia do takiej interpretacji tego przepisu, jaką nakazywałaby wykładnia językowa zawartej w nim normy. To natomiast uprawnia do stwierdzenia, że przyczyną ograniczenia w znacznym stopniu zdolności rozpoznania znaczenia czynu lub pokierowania swoim postępowaniem przez sprawcę przestępstwa może być każdego rodzaju zakłócenie w sferze czynności psychicznych. Takie podejście nie powinno jednak sugerować, jakoby znamię typu czynu zabronionego, określonego w art. 149 k.k. w postaci nietypowego przebiegu porodu, należało uznawać za źródło poczytalności zmniejszonej. Nie byłoby to poprawne z uwagi na fakt, iż ustawodawca czyni taki przebieg jednym ze znamion, których wystąpienie uzasadnia możliwość zakwalifikowania zachowania sprawcy na podstawie wspomnianego przepisu. Zarazem jednak wypada przyjąć, iż ta sama okoliczność nie powinna być uwzględniana dwukrotnie, czyli jeden raz jako znamię odrębnego typu czynu zabronionego, a drugi, jako przesłanka (czy – precyzyjniej przyczyna) poczytalności w znacznym stopniu ograniczonej.

¹² M. Filar, (w:) J. Bojarski, M. Bojarski, M. Filar (red.), W. Filipkowski, O. Górniok, S. Hoc, P. Hofmański, M. Kalitowski, A. Kulik, L. K. Paprzycki, E. Pływaczewski, W. Radecki, Z. Sienkiewicz, Z. Siwik, R. A. Stefański, L. Tyszkiewicz, A. Wąsek, L. Wilk, Kodeks karny. Komentarz, wyd. II, Warszawa 2010, s. 128.

¹³ Więcej na temat „innych zakłóceń czynności psychicznych”, o których mowa w art. 31 § 1 k.k. – por. np. A. Gołonka, Niepoczytalność i poczytalność ograniczona, Wydawnictwo LEX Wolters Kluwer, Warszawa 2013, s. 124–151.

¹⁴ W kwestii nomenklatury dotyczącej pojęcia „poczytalności zmniejszonej”, „poczytalności ograniczonej” oraz „poczytalności w znacznym stopniu ograniczonej”, por. np. A. Gołonka, Niepoczytalność..., *op. cit.*, s. s. 235–238.

Nie wyklucza to bynajmniej możliwości równoczesnego powołania w kwalifikacji prawnej zarówno przepisu statuującego uprzywilejowany typ zabójstwa, jakim jest dzieciobójstwo, jak i przepisu wskazującego, iż sprawczyni dopuściła się tego czynu znajdując się *tempore criminis* w stanie poczytalności w znacznym stopniu ograniczonej, czyli powołania art. 149 k.k. w zw. z art. 31 § 2 k.k. Taka kwalifikacja będzie w pełni uzasadniona, ale jedynie w takiej sytuacji, w której niezależnie od owego „nietypowo” przebiegającego porodu, wystąpi również innego rodzaju (szeroko pojęte) zakłócenie czynności psychicznych, które samo przez się (a niekiedy także, czego nie sposób całkowicie wykluczyć, jako okoliczność rzutująca na odstępstwo od zazwyczaj obserwowanej fizjologii i przeżyć w okresie porodu) prowadziłoby do ograniczenia w znacznym stopniu zdolności rozpoznania znaczenia czynu lub pokierowania swoim postępowaniem przez sprawczynię dzieciobójstwa (np. stwierdzenie u niej upośledzenia umysłowego)¹⁵. W takim przypadku nie wydaje się słuszna rezygnacja *ex definitio* ze stosowania art. 149 k.k. (oczywiście w razie realizacji znamion określonych w tym przepisie) na rzecz stosowania art. 148 § 1 k.k. wyłącznie z uwagi na fakt, iż sprawczyni czynu zabronionego miała w czasie popełniania tego czynu zabronionego zmniejszoną poczytalność. Należy zgodzić się z wyrażonym już poglądem, według którego taka sytuacja przypomina dylematy dotyczące możliwości łącznego powoływania w kwalifikacji prawnego przepisu określającego uprzywilejowany typ zabójstwa, jakim jest zabójstwo z afektu (art. 148 § 4 k.k.) oraz art. 31 § 2 k.k.¹⁶. W rezultacie w przedstawionym wyżej przypadku zmniejszona poczytalność sprawczyni dzieciobójstwa (spowodowana chorobą czy stanem matki np. zdiagnozowanym u niej upośledzeniem umysłowym) powinna zostać oddana w podstawie skazania za przestępstwo określone w art. 149 k.k.

Z drugiej strony nie wydaje się, aby istniały jakiekolwiek przeciwwskazania do uwzględnienia w pewnych sytuacjach okoliczności towarzyszących przebiegowi porodu jako przesłanki uzasadniającej samodzielnie zastosowanie art. 31 § 2 k.k. Warunkiem ku temu jest jednak, po pierwsze to, aby dany rodzaj zaburzenia czynności psychicznych spowodował u sprawczyni zabójstwa dziecka ograniczenie w znacznym stopniu zdolności rozpoznania znaczenia czynu lub pokierowania swoim postępowaniem, po wtóre zaś, odnotowanie braku kumulatywnego wystąpienia drugiego ze znamion, którego wystąpienie determinuje kwalifikację takiego zabójstwa z art. 149 k.k.

¹⁵ M. Tarnawski zaprezentował trzy zasadnicze sytuacje, w których może zachodzić wątpliwość dotycząca zasadności łącznego stosowania art. 149 k.k. oraz przepisu określającego poczytalność zmniejszoną – tj. art. 25 § 2 k.k. z 1969 r. (obecnie art. 31 § 2 k.k.) – por. M. Tarnawski, Zabójstwa uprzywilejowane..., *op. cit.*, s. 177–179. Por. także S. Dąbrowski, (w:) K. Daszkiewicz, S. Dąbrowski, E. Chróścielewski, Dzieciobójstwo jako zagadnienie prawne, psychiatryczne i medyczno-sądowe, Państwo i Prawo 1967, nr 2, s. 241–245.

¹⁶ O tym także R. K o t, Dzieciobójstwo czy zabójstwo..., *op. cit.*, s. 31–32.

Mowa tutaj o negatywnym wpływie przebiegu porodu na psychikę kobiety, prowadzącym do powzięcia przez nią zamiaru zabicia dziecka. Taka sytuacja będzie zachodziła w szczególności wówczas, gdy uzasadnionym jest przekonanie o powzięciu przez kobietę zamiaru zabójstwa dziecka jeszcze przed rozpoczęciem akcji porodowej. W takim przypadku wydaje się zasadnym przyjęcie odpowiedzialności kobiety za zabójstwo w typie zasadniczym oraz uwzględnienie zakłóceń w sferze funkcjonowania czynności psychicznych spowodowanych przebiegiem porodu, jako przyczyny zmniejszenia poczytalności, naturalnie w razie ustalenia, że doprowadziły one do ograniczenia w znacznym stopniu zdolności rozpoznania przez kobietę w okresie porodu znaczenia podejmowanego przez nią czynu lub pokierowania swoim postępowaniem. Z takiego założenia zresztą, i słusznie, wyszły również sądy orzekające w przedmiotowej sprawie.

Powyższe przekonanie skłania jednak do odniesienia się także do wymogu postawionego przez Sąd Apelacyjny w Łodzi w wyroku z dnia 24 lipca 2013 r., dotyczącego natężenia, z jakim dane czynniki mają oddziaływać na psychikę rodzącej kobiety, aby uzasadniać stosowanie art. 149 k.k. W świetle głosowanego wyroku winny one przybrać natężenie prowadzące do zakłócenia czynności psychicznych (a w konsekwencji, co oczywiste, wpływać przez to na ograniczenie w sferze podjęcia decyzji czy sterowania jej przebiegiem) w co najmniej znacznym stopniu.

W tym względzie nie sposób już zaaprobować stanowiska zajętego przez Sąd Apelacyjny w Łodzi w rzeczonej sentencji. Sprzeciw musi bowiem budzić porównanie stopnia oddziaływania czynników, uwzględnianych jako okoliczności mające wpływ na przebieg porodu, a w rezultacie branych pod uwagę przy ocenie czy doszło do zrealizowania odpowiedniego znamienia typu czynu zabronionego, o którym mowa w art. 149 k.k., do siły (natężenia), z jakim na psychikę osoby niepoczytalnej, bądź o poczytalności ograniczonej, oddziałują zaburzenia zakłócające prawidłowe funkcjonowanie jej czynności psychicznych. Oczywiście zastrzec wypada, iż do kwestii tych podejmiemy z prawnokarnego, a nie psychopatologicznego punktu widzenia. O taki jednak, jak się zdaje, chodziło Sądowi Apelacyjnemu w Łodzi. Innymi słowy, powyższa teza prowadzi do wniosku, że okoliczności mające wpływ na przebieg porodu stanowią jedną z racji psychiatrycznych niepoczytalności, bądź przyczyn mogących prowadzić do poczytalności zmniejszonej. Z tym zaś nie sposób się zgodzić (ponownie – z prawnokarnego punktu widzenia). Przynajmniej tak długo, jak długo w kodeksie karnym istnieje przestępstwo dzieciobójstwa¹⁷. I to zagadnienie wymaga zresztą pewnego zróż-

¹⁷ Więcej na temat zgłaszanych w literaturze przedmiotu propozycji związanych z uchyleniem przepisu penalizującego dzieciobójstwo – por. np. E. A. Sindlowski, *Przyczynek...*, *op. cit.*, s. 78; A. Książkowska-Breś, *Odpowiedzialność karna za dzieciobójstwo...*, *op. cit.*, s. 121–122.

nicowania odnoszącego się do czynników zaburzających psychikę. Mogą one przybierać postać zaburzenia psychotycznego (np. pełnoobjawowej depresji poporodowej¹⁸), która, jak należy uznać, jako rodzaj psychozy może być uwzględniana jako „inne zakłócenie czynności psychicznych”, o którym mowa w art. 31 § 1 k.k., a zatem prowadzić do zniesienia zdolności rozpoznania znaczenia czynu lub pokierowania swoim postępowaniem przez sprawczynię zabójstwa dziecka. W takim przypadku bezprzedmiotowym jest zresztą odnoszenie się do realizacji znamion przestępstwa określonego w art. 149 k.k., skoro i tak o przestępstwie w ogóle nie może być mowy, co na płaszczyźnie proceduralnej może skutkować umorzeniem postępowania karnego na podstawie art. 324 § 1 k.p.k. i ewentualnie zastosowaniem odpowiedniego środka zabezpieczającego (art. 93 i 94 k.k.). Innego podejścia wymagają przypadki, w których dochodzi do zabójstwa dziecka przez jego matkę, u której nie stwierdzono żadnego zaburzenia psychotycznego. Jak przekonują badający zagadnienie znawcy, jest to zdecydowana większość przypadków, w których ma miejsce przestępstwo dzieciobójstwa¹⁹. W takiej sytuacji, o czym nie omieszczał nadmienić Sąd Apelacyjny w Łodzi w uzasadnieniu do wyroku z dnia 24 lipca 2013 r., istotnie będziemy mieli do czynienia w przeważającej większości przypadków ze specyficznym, odbiegającym od normy przebiegiem samego porodu lub „specyficzną”, bądź odbiegającą od normy wrażliwością kobiety na przebieg porodu. Tak ujęte okoliczności mogą oddziaływać z różnym natężeniem, od nieznacznego, nie mającego realnego wpływu na przebieg porodu, przez „umiarkowane” (jeśli można je tak nazwać), które może niekiedy przejawiać się „nietypowym” zachowaniem, aż po znaczne. W pierwszym przypadku, zabójstwa dziecka przez matkę „zasłaniającą” się jedynie „wrażliwością” swojej konstytucji psychicznej, nie powinno uzasadniać kwalifikowania jej zachowania z art. 149 k.k., a powinno stanowić podstawę do zastosowania wobec niej art. 148 k.k. W dwóch pozostałych przypadkach nie wydaje się, aby słusznym było wykluczenie *a priori* możliwości (i zarazem poprawności) zastosowania art. 149 k.k.

Należy bowiem uznać, że po pierwsze, granicę pomiędzy przypadkami uzasadniającymi zastosowanie art. 148 k.k. a 149 k.k. wyznacza (między innymi) istniejący u matki jeszcze przed rozpoczęciem porodu zamiar zabicia swojego dziecka, co prowadzi do wniosku, że *in concreto* będziemy mieli do czynienia z typem zasadniczym zabójstwa, a nie omawianym tutaj typem

¹⁸ Pełnoobjawowa depresja poporodowa stanowi jednostkę nozologiczną sklasyfikowaną w ICD-10 pod pozycją F53. Por. J. Heitzman, N. Wojnar, Zaburzenia i choroby afektywne, (w:) Psychiatria. Podręcznik dla studiów medycznych, pod red. J. Heitzmana, PZWL, Warszawa 2007, s. 118–119; S. Pużyński, Depresje i zaburzenia afektywne, wyd. V, PZWL, Warszawa 2009, s. 19–40 i 47–59. I. Koszewska, O depresji w ciąży i po porodzie, PZWL, Warszawa 2010, 47–91.

¹⁹ Por. A. Księżopolska-Breś, Odpowiedzialność karna za dzieciobójstwo..., *op. cit.*, s. 229–231.

uprzywilejowanym tego przestępstwa. Z całą pewnością zaś, nie jest słusznym twierdzenie, iż „granica” pomiędzy tymi typami przebiega w „znacznym”, bądź też „mniejszym niż znaczny” stopniu zakłócenia psychiki rodzącej kobiety (wykluczenie zakłócenia w stopniu mniejszym niż znaczny, jak chce Sąd Apelacyjny w Łodzi, miałoby uzasadniać stosowanie art. 148 § 1 k.k.).

Po wtóre, przyrównywanie stopnia takiego zakłócenia do tego, jakiego wymaga art. 31 § 2 k.k. (poczytalność zmniejszona) nie wydaje się ani zasadne, ani potrzebne, zwłaszcza wobec trudności związanych z samym określeniem „znacznego”, odnoszącym się do stopnia ograniczenia zdolności rozpoznania znaczenia czynu lub pokierowania swoim postępowaniem, a i – co nieobojętne – również jego ustaleniem w praktyce. W przypadku przestępstwa dzieciobójstwa nie wydaje się, aby zachodziła konieczność stawiania granicy pomiędzy okolicznościami mającymi wpływ na psychikę kobiety w trakcie porodu, powodującymi (już) znaczne, czy (jeszcze) nie będące znacznym, ograniczenie zdolności rozpoznania znaczenia czynu podejmowanego przez tę kobietę lub pokierowania przez nią swoim postępowaniem, a to z uwagi na rezygnację z postawienia takiego wymagania przez ustawodawcę w art. 149 k.k. Ów „znacznego” stopień stanowi więc immanentny element określający poczytalność zmniejszoną (ściślej – stopień ograniczenia zdolności rozpoznania znaczenia czynu lub pokierowania swoim postępowaniem przez sprawcę), której w przypadku oceny, czy doszło do realizacji znamion typu czynu zabronionego określonego w art. 149 k.k., nie ma potrzeby badać, ani ustalać.

Commentary to the judgment issued by the Court of Appeal in Łódź on 24 July 2013, file ref. no. II AKa 119/2013

Abstract

This commentary addresses the stand taken by the Court of Appeal in Łódź in the Court's judgment of 24 July 2013 as well as the Court's view on one of criteria in infanticide specified by Article 149 of the Penal Code, i.e. influence of intense emotions connected with the course of the delivery on maternal infanticide during the delivery. Although the commentary approves the Court's recognition of the said emotions, it disapproves the requirement stemming from the judgment that emotions affecting a female during the delivery should be sufficiently intense to allow classification of a homicide as a crime of lower severity weight.

Z ŻAŁOBNEJ KARTY

Wspomnienie o Hubercie Hładiju

W dniu 6 maja 2016 r. zmarł nagle nasz nieodżałowany kolega i przyjaciel Hubert Hładij, ekspert badania pisma i dokumentów w Instytucie Ekspertyz Sądowych w Krakowie.

Hubert Hładij ukończył Wydział Filologii Orientalnej na Uniwersytecie Jagiellońskim uzyskując tytuł magistra indianistyki oraz Akademię Ekonomiczną uzyskując tytuł magistra ekonomii. Przez pewien czas był asystentem w Instytucie Teorii Literatury, Teatru i Filmu Uniwersytetu Łódzkiego, a od 1991 r. związany był zawodowo z Instytutem Ekspertyz Sądowych, pracując jako ekspert w Pracowni Badania Pisma Ręcznego i Dokumentów i opracowując opinie pismoznawcze na potrzeby sądu, prokuratury i organów ścigania. Był znanym i cenionym specjalistą w zakresie badania pisma ręcznego i dokumentów.

Współpracował też od lat z wydawnictwem IES i wydawnictwem Prokuratury Krajowej wykonując prace korektorskie licznych artykułów i książek. W tym zakresie służył też każdemu pomocą. Był autorem wartościowych publikacji z zakresu badania pisma. Uczestniczył w konferencjach krajowych i zagranicznych. Przez wiele lat był członkiem zarządu grupy roboczej ekspertów badania pisma działającej w ramach Europejskiej Sieci Laboratoriów Sądowych (ENFSI). Brał udział w projekcie europejskim „2012 ENFSI MONOPOLY PROJECT” współtworząc procedury „Best Practice Manual”.

Zarówno starszym, jak i młodszym współpracownikom IES dał się poznać jako osoba o pogodnym usposobieniu, życzliwa i optymistycznie nastawiona do świata i ludzi. Hubert Hładij miał szereg zainteresowań i pasji. Cenił czynny wypoczynek. Spędzał czas wolny na wycieczkach górskich i krajoznawczych oraz ukierunkowanych na poznanie kultur dalekiego wschodu. Interesował się też filmem, teatrem i literaturą.

Hubert Hładij odszedł przedwcześnie, na stanowisku pracy, pogrążając w smutku i żałobie współpracowników i przyjaciół.

Non Omnis Moriar.

Przygotowała
Prof. dr hab. Janina Zięba-Palus

Informujemy naszych Czytelników, że na stronie internetowej Prokuratury Krajowej pod adresem www.pk.gov.pl, w zakładce „Prokuratura i Prawo/opublikowane numery”, udostępniliśmy nieodpłatnie pełne teksty miesięcznika od początku jego istnienia, to znaczy od 1 stycznia 1995 r. do chwili obecnej.

Redakcja

Komunikaty

Czasopismo „Prokuratura i Prawo” pozytywnie przeszło proces ewaluacji ICI Journals Master List 2014, której wynikiem jest przyznanie wskaźnika ICV (*Index Copernicus Value*) w wysokości 35.56 pkt.

Zgodnie z § 14 ust. 2 rozporządzenia Ministra Nauki i Szkolnictwa Wyższego z dnia 13 lipca 2012 r. w sprawie kryteriów i trybu przyznawania kategorii naukowej jednostkom naukowym (Dz. U. z 2014 r., poz. 1126) ogłoszono w formie komunikatu, składający się z 3 części (A. B. C.), wykaz czasopism naukowych. Miesięcznik „Prokuratura i Prawo” zamieszczono w części B. w pozycji 1365, przyznając 4 punkty za publikację w czasopiśmie naukowym. Informację na ten temat można znaleźć pod adresem: <http://www.nauka.gov.pl/lista-czasopism-punktowanych/>

Informacja dla Autorów

Redakcja prosi o nadsyłanie artykułów i innych materiałów przeznaczonych do publikacji wyłącznie w formie elektronicznej w edytorze Word 6,0, dla następujących ustawień: strona niestandardowa (szerokość 17 cm, wysokość 24 cm), marginesy: górny 2 cm, boczne (lewy i prawy) 2,5 cm i dolny 1,5 cm, czcionka Times New Roman w rozmiarze 11 (dla przypisów dolnych 9) oraz pojedynczy odstęp między wierszami. Jednocześnie informujemy, że ramy artykułu nie powinny przekraczać 25 stron znormalizowanego tekstu, a pozostałych opracowań – 10 stron.

Na pierwszej stronie należy zamieścić: imię i nazwisko autora (autorów), tytuł pracy, krótkie (kilkuzdaniowe) streszczenie ujmujące główne tezy opracowania. Na końcu pracy należy podać: adres (adresy) autora (autorów), nr telefonu, adres e-mail, a także informacje o statusie profesjonalnym autora (autorów), z wyszczególnieniem posiadanych tytułów naukowych, nazwy instytucji zatrudniającej oraz zajmowanego stanowiska. Od doktorantów i aplikantów wymagana jest opinia dotycząca wartości merytorycznej przedstawionego artykułu (glosy) – rekomendacja opiekuna naukowego i odpowiednio zawodowego. W przypadku asesora oraz asystenta prokuratora oczekuje się rekomendacji kierownika jednostki organizacyjnej, a asystenta sędziego – przewodniczącego wydziału.

Materiały należy przysyłać na adresy e-mail: redakcja@pk.gov.pl lub wojciechkotowski@poczta.onet.pl.

Redakcja zastrzega sobie prawo dokonywania w nadesłanych materiałach zmian tytułów, skrótów, poprawek stylistyczno-językowych oraz innych przeróbek technicznych. Redakcja przyjmuje prace dotychczas niedrukowane, zaś niezamówione materiały zwraca wyłącznie na życzenie autora (autorów).

Informacja dla Czytelników

Redakcja uprzejmie zawiadamia, że od stycznia 2005 r. czasopismo „Prokuratura i Prawo” nie jest dostępne w prenumeracie. Równocześnie – pod adresem: www.pk.gov.pl – w programie MS Word jest udostępniona wersja elektroniczna czasopisma, a pod adresem: www.ies.krakow.pl/wydawnictwo/prokuratura jego treść można odczytywać programem Acrobat Reader 6.

Redakcja uprzejmie informuje, że przedmiotem omówień publikacji książkowych są przede wszystkim monografie, w tym także prace zbiorowe, ta forma prezentacji nie obejmuje natomiast – z oczywistych względów – komentarzy i podręczników.

Zgodnie z decyzją Kolegium Redakcyjnego od nr 6/16 nie będą publikowane na naszych łamach recenzje książek, a od nr 7-8/16 sprawozdania z konferencji z wyjątkiem konferencji typowo prokurator-skich.