



Prokuratura i Prawo

NR 1/styczeń 2021



ISSN 1233-2577

Prokuratura Krajowa

RADA NAUKOWA

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

KOLEGIUM REDAKCYJNE

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

REDAKCJA

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

Współpraca: Justyna KRAKOWIAK

WYDAJE PROKURATURA KRAJOWA

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

Projekt okładki
Studio Karandasz

Skład i korekta:

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

Druk i dystrybucja:

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

ISSN 1233-2577 nakład 2000 egz.

Wersją podstawową (referencyjną) czasopisma jest wersja papierowa

Spis treści
Table of contents

Artykuły/Articles

Alicja Limburska, doktorantka Uniwersytetu Wrocławskiego

Ciągłość czynów w sferze kontrawencjonalizacji – uwagi na kanwie nowelizacji art. 12 k.k. 5

***Continuous acts versus partial depenalization: remarks following amendments to Art. 12 of the Penal Code*** 20

Jan Kluza, doktorant UJ, aplikant sędziowski w Krajowej Szkole Sądownic-
twa i Prokuratury

**Kara bezwzględnego dożywotniego pozbawienia wolności w świe-
tle orzecznictwa Europejskiego Trybunału Praw Człowieka** 21

***Prison sentence of life without parole in the light of case law of the
European Court of Human Rights*** 42

dr Piotr Poniatowski, adiunkt UMCS w Lublinie

Przestępstwo urojone – wybrane prawnokarne aspekty 44

***Imaginary offence: select criminal-law aspects*** 61

Joanna Brzozowska, asystent w Prokuraturze Rejonowej dla Wrocławia-
Krzyki Zachód

**Odpowiedzialność karna położnej za przestępstwo stypizowane
w art. 160 § 2 k.k.** 63

***Criminal liability of midwives for the offence under Article 160(2)
of the Penal Code*** 74

dr Tomasz Iwanek, asesor Sądu Rejonowego w Pszczynie

**Kradzież szczególnie zuchwała – perspektywa historyczna i uwagi
de lege lata** 75

***Particularly audacious theft: historical perspective and remarks
with a view to the existing law*** 96

Daniel Strzelecki, sędzia Sądu Okręgowego w Jeleniej Górze

**Problemy interpretacyjne znamienia działania w celu osiągnięcia
korzyści majątkowej przestępstw związanych z udzielaniem środka
odurzającego, substancji psychotropowej lub nowej substancji
psychoaktywnej** 98

***Controversies about interpretation of the statutory criterion of act-
ing with a view to obtaining a property advantage, for offences in-
volving supplying another person with abusive, psychotropic
and/or new psychoactive substance*** 119

Glosy/Commentaries

do postanowienia SN z dnia 15 stycznia 2020 r., sygn. I KZP 10/19 (dot. wykładni art. 233 § 1a k.k.) – oprac. dr Andrzej Jezusek	121
<i>to the Supreme Court decision of 15 January 2020, ref. no. I KZP 10/19 (concerns interpretation of Art. 233(1a) of the Penal Code) – by Andrzej Jezusek, Ph.D.</i>	135

Alicja Limburska

Ciągłość czynów w sferze kontrawencjonalizacji – uwagi na kanwie nowelizacji art. 12 k.k.¹

Streszczenie

Artykuł dotyczy tematyki ciągłości czynów na styku prawa karnego oraz prawa wykroczeń. W pierwszej kolejności Autorka podejmuje próbę rekonstrukcji zakresu zastosowania art. 12 § 2 k.k. oraz ustalenia wzajemnej relacji logicznej pomiędzy obiema jednostkami redakcyjnymi art. 12 k.k. Analiza treści przepisu prowadzi Autorkę do wniosku, że w paragrafie drugim tego przepisu ustawodawca zawarł konstrukcję, której bliżej jest do realnego zbiegu wykroczeń niż do klasycznie pojętego czynu ciągłego.

1. Wstęp

Prawo karne, tradycyjnie pojmowane jako prawo czynu, skupiać musi się chcąc nie chcąc właśnie wokół tego skądinąd bardzo kontrowersyjnego konstruktu. Szczegółowa analiza tego, czym jest czyn – a także rozważania o bardziej podstawowym charakterze dotyczące tego, czy czyn w ogóle istnieje – zasługują jednak na opracowanie znacznie obszerniejsze niż to prezentowane Czytelnikowi². Na potrzeby dalszych rozważań dość powiedzieć, że – w znacznym uproszczeniu – czyn to pewien wycinek *continuum* psychicznie sterowanego zachowania czło-

¹ Tezy zaprezentowane w artykule mogą być uznane za kontrowersyjne, a zatem zapraszamy do dyskusji (redakcja).

² Zagadnienie to poruszane jest w polskiej nauce już od dziesięcioleci, a wśród bogatej literatury przedmiotu wymienić można między innymi: W. Wolter, O czynie ludzkim jako działaniu lub zaniechaniu przestępnym, Państwo i Prawo 1956, nr 5–6; Z. Ziemiński, Analiza pojęcia czynu, Warszawa 1972; I. Andrejew, O pojęciu czynu w prawie karnym, Studia Filozoficzne 1985, nr 2–3; W. Mąciór, Czyn ludzki i jego znaczenie w prawie karnym, Warszawa 1990; T. Kaczmarek, Spory wokół pojęcia czynu i ich znaczenie dla systemowego objaśniania struktury przestępstwa, (w:) Z. Cwiakalski *et al.* (red.), Problemy odpowiedzialności karnej. Księga ku czci profesora Kazimierza Buchały, Kraków 1994; M. Rodzyńkiewicz, Treść pojęcia „czynu” jako efekt procedury modelowania, w: Problemy odpowiedzialności..., M. Cieślak, Polskie prawo karne. Zarys systemowego ujęcia, Kraków 1994, s. 143 i n.

wieka³, który „wykrojony” zostaje przy pomocy pewnych kryteriów o charakterze normatywnym. Kryteria te stanowią w zasadzie odpowiedź na pytanie, co przesądza o tym, że pewien kompleks zachowań traktować powinniśmy jako jeden byt – przy czym chodzi raczej o swoisty „byt prawny” niż o realnie istniejący, dający się wyodrębnić fragment rzeczywistości. W literaturze wskazuje się, że owych kryteriów tożsamości czynu poszukiwać należy przede wszystkim w ustawowym opisie zabronionego zachowania⁴. W praktyce częstokroć sięga się do kryteriów o ontologicznej proveniencji, takich jak czasowa i miejscowa zwartość zachowań, tożsamość pokrzywdzonego oraz jedność zamiaru sprawcy⁵. Bez ryzyka poważniejszego błędu stwierdzić można, że efekt zastosowania powyższych kryteriów jest zbieżny z pewnymi powszechnymi intuicjami co do tego, co winno być faktyczną podstawą odpowiedzialności karnej. Znane są jednak i takie przypadki, kiedy ustawodawca chce z jakichś względów traktować jako jedność fragmenty owego *continuum*, które nie wykazują intuicyjnie wyczuwalnego powiązania⁶. Na płaszczyźnie dogmatycznej bodaj najbardziej wyraźną manifestacją takiego zamysłu jest konstrukcja czynu ciągłego. Pozwala ona bowiem – przy spełnieniu specyficznych kryteriów przyjętych przez ustawodawcę – na traktowanie kilku pozornie niezależnych zachowań jako jednego czynu zabronionego⁷.

³ M. Cieślak, Polskie prawo karne — zarys systemowego ujęcia, Warszawa 1994, s. 143.

⁴ J. Giezek, Tożsamość czynu jako podstawa różnicowania mechanizmów redukujących odpowiedzialność karną, Nowa Kodyfikacja Prawa Karnego 2017, s. 115, przyp. 19; J. Majewski, „Ten sam czyn” jako jedna z przesłanek kumulatywnej kwalifikacji, (w:) J. Majewski (red.), Zbieg przepisów i zbieg przestępstw w polskim prawie karnym, Materiały II Bielańskiego Kolokwium Karnistycznego, Toruń 2006, s. 43; J. Giezek, O powadze rzeczy osądzonej w ramach konstrukcji czynu ciągłego. Uwagi na marginesie uchwały Sądu Najwyższego z 15 czerwca 2007 r., CzpKiNP 2008, nr 1, s. 87–88.

⁵ „Zatem, o jedności czynu, jako jednego impulsu woli, decyduje zwartość czasowa i sytuacyjna, identyczność kręgu podmiotów oskarżonych o udział w zdarzeniu, a przede wszystkim realizacja tego samego zamiaru, choćby rozwój zdarzeń w trakcie zajścia, nie zawsze zależny od sprawców, dzielił zdarzenie na kilka zajęć, z pozoru odrębnych”; postanowienie SN z dnia 25 września 2015 r., sygn. III KK 140/15, LEX nr 1929127 oraz powołane tam orzecznictwo.

⁶ Podobnie A. Wojtaszczyk, W. Zontek, którzy stwierdzają, że „czyn ciągły służy poprawnemu analizowaniu tego, co nie do końca intuicyjne”, A. Wojtaszczyk, W. Zontek, Czy art. 12 k.k. jest ciągłym problemem?, CzpKiNP 2007, nr 2, s. 112.

⁷ W doktrynie pojawiają się jednak odosobnione głosy, że właściwie przepis ten nie ma szczególnej wartości normatywnej, a jedynie informacyjną, i nie powinien być zamieszczany w kwalifikacji czynu. Zgodnie z tą perspektywą to nie brzmienie art. 12 k.k. przesądza o łącznym wartościowaniu określonych zachowań, lecz jest to efekt wyznaczania fragmentu ludzkiej aktywności poddanego prawnokarnej ocenie oraz interpretacji zna-

Warto zauważyć, że nie tak dawno w obrębie problematyki czynu ciągłego pojawił się szereg nowych wątpliwości wywołany nowelizacją art. 12 k.k.⁸, w którym to niezmiennie od wejścia w życie obowiązującego kodeksu karnego, uregulowana jest ta właśnie instytucja. Ustawodawca zdecydował się bowiem na wprowadzenie do przepisu kolejnej jednostki redakcyjnej, w myśl której, „odpowiada jak za jeden czyn zabroniony wyczerpujący znamiona przestępstwa ten, kto w krótkich odstępach czasu, przy wykorzystaniu tej samej albo takiej samej sposobności lub w podobny sposób popełnia dwa lub więcej umyślnych wykroczeń przeciwko mieniu, jeżeli łączna wartość mienia uzasadnia odpowiedzialność za przestępstwo”⁹. Już *prima facie* spostrzec można zatem, że prawodawca zdecydował się na wprowadzenie do ustawy nowej konstrukcji, która dotyczyć ma wyłącznie wykroczeń będących w istocie czynami przepołwionymi. Dalsze cechy tego rozwiązania, a także jego prawne implikacje, nie są już jednak tak oczywiste.

W tym kontekście postawić można co najmniej kilka pytań. Po pierwsze – jaka jest wzajemna relacja zakresów zastosowania konstrukcji z obu paragrafów art. 12 k.k.? Po drugie – na jakiej płaszczyźnie zastosowanie znajduje każda z instytucji? Po trzecie wreszcie – czy w art. 12 § 2 k.k. mamy do czynienia ze swoistą modyfikacją – czy uzupełnieniem – konstrukcji czynu ciągłego? Udzielenie odpowiedzi na powyższe wątpliwości pozwoli nie tylko na zaspokojenie dogmatycznoprawnej ciekawości, ale – co ważniejsze z perspektywy praktycznej – na zidentyfikowanie konsekwencji, jakie wiążą się z wprowadzeniem do ustawy konstrukcji o takim kształcie.

2. Wzajemne relacje pomiędzy art. 12 § 1 i § 2 k.k.

Udzielenie odpowiedzi na pierwsze z postawionych pytań wymaga analizy treści poszczególnych przesłanek stosowania obu instytucji. Na wstępie zastanowić należy się jednak, czy norma wynikająca z art. 12 § 1 k.k. ma zastosowanie również do zachowań wypełniających z osobna znamiona wykroczeń. Gdyby tak nie było, oczywistym stałoby się, że w obliczu braku konstrukcji analogicznej do czynu ciągłego na gruncie

mion składających się na opis typu czynu zabronionego; A. Barczak, Wykroczenie jako składnik przestępstwa (przestępstwa ciągłego), CzPKiNP 1999, nr 1, s. 117.

⁸ Ustawa z dnia 6 czerwca 1997 r. – Kodeks karny (tekst jedn. Dz. U. z 2018 r., poz. 1600), dalej jako „k.k.”

⁹ Brzmienie art. 12 § 2 k.k. nadane ustawą z dnia 8 października 2018 r. o zmianie ustawy – Kodeks wykroczeń i niektórych innych ustaw (Dz. U. z 2018 r., poz. 2077).

kodeksu wykroczeń¹⁰, ustawodawca zdecydował się na wprowadzenie jej w zakresie ograniczonym wyłącznie do wykroczeń przeciwko mieniu.

Rzecz jednak w tym, że przepis art. 12 § 1 k.k. posługuje się wyrażeniem „dwa lub więcej zachowań” – a nie przykładowo „dwa lub więcej przestępstw” – i tym samym na poziomie wykładni językowej regulacja ta nie wyklucza przypadków, gdy indywidualne wycinki ludzkiej aktywności realizują „jedynie” znamiona wykroczeń. W doktrynie pojawiają się również głosy, że czyn ciągły jest jednością w sensie prawnym (normatywnym), a jednocześnie intuicyjnie postrzeganą wielością zachowań w sensie naturalnym¹¹. Nie może zatem dziwić, że poszczególne zachowania, dające się jakoś wyodrębnić na płaszczyźnie „ontologicznej”, mogą samodzielnie realizować znamiona czynów zabronionych – w tym również zabronionych jako wykroczenia. P. Kardas stwierdza wręcz, że „art. 12 k.k. dopuszcza i zarazem nakazuje połączenie w jeden czyn ciągły dwóch lub więcej zachowań wyczerpujących samoistnie znamiona wykroczenia”¹². Dość stwierdzić, że właśnie takie stanowisko uznać można za dominujące w doktrynie i judykaturze¹³.

Co się tyczy dalszych przesłanek stosowania art. 12 § 1 k.k., to na skromne potrzeby tego opracowania wystarczające jest stwierdzenie, że norma wynikająca z tego przepisu, wymaga krótkich odstępów czasu pomiędzy podjętymi przez sprawcę zachowaniami, z góry powziętego zamiaru oraz – co jednak w przypadku czynów zwróconych przeciwko mieniu nie gra większej roli – tożsamości pokrzywdzonego zamachem na dobro osobiste¹⁴.

Przepis art. 12 § 2 k.k. wymaga natomiast, ażeby sprawca popełnił w krótkich odstępach czasu, przy wykorzystaniu tej samej albo takiej sa-

¹⁰ Ustawa z dnia 20 maja 1971 r. – Kodeks wykroczeń (tekst jedn. Dz. U. z 2018 r., poz. 618), dalej jako „k.w.”

¹¹ P. Kardas, *Res iudicata* a konstrukcja czynu ciągłego, CzPKiNP 2007, nr 2, s. 80.

¹² Autor ten dodaje również, że w efekcie odrębna regulacja czynu ciągłego na gruncie prawa wykroczeń nie jest potrzebna i w tego rodzaju przypadkach zastosowanie będzie miał art. 12 § 1 k.k. zob. P. Kardas, Problem reakcji na tzw. czyny przepołowione w świetle ciągłości popełnienia przestępstwa, konstrukcji idealnego zbiegu czynów karalnych oraz zasady *ne bis in idem*, Prokuratura i Prawo 2018, nr 3.

¹³ Tak m.in. S. Żółtek, (w:) M. Królikowski, R. Zawłocki (red.), Kodeks karny. Część ogólna. Tom I. Komentarz do artykułów 1–31, Warszawa 2011, s. 525; P. Kardas, (w:) Kodeks karny..., s. 218; W. Wróbel, A. Zoll, Polskie prawo karne. Część ogólna, Kraków 2014, s. 294; wyrok SN z dnia 21 października 2010 r., sygn. V KK 291/10, OSNKW 2010, nr 12, poz. 108.

¹⁴ Wyczerpująco na ten temat: M. Dąbrowska-Kardas, P. Kardas, Czyn ciągły i ciąg przestępstw w kodeksie karnym z 1997 r. Komentarz do art. 12 i art. 97 k.k. z 1997 r., Kraków 1999 oraz literatura tam powołana.

mej sposobności lub w podobny sposób dwa lub więcej umyślnych wykroczeń przeciwko mieniu oraz by łączna wartość mienia uzasadniała odpowiedzialność za przestępstwo. Naturalnie zatem elementami składowymi tej konstrukcji mogą być wyłącznie wykroczenia związane z zamachem na mienie, i to tylko takie, które z uwagi na łączną wartość mienia – gdyby ją podsumować – mogą potencjalnie uzasadniać odpowiedzialność za przestępstwo. Przepis ten dotyczy tym samym wyłącznie kategorii tzw. czynów przepołowionych, a więc takich par wykroczeń i przestępstw, w przypadku których jedyną zmienną w ich kompletach znamion jest właśnie wartość mienia będącego przedmiotem zamachu.

W obszarze strony podmiotowej obserwujemy znaczącą redukcję wymagań kierowanych do sprawcy – ustawodawca pomija wszak wymóg podjętego z góry zamiaru, zastępując go przesłanką w postaci tożsamości strony podmiotowej poszczególnych wykroczeń. Muszą one wszystkie charakteryzować się umyślnością i to niezależnie od postaci zamiaru sprawcy. Powiedzieć można by, że różnica pomiędzy dwoma analizowanymi tu konstrukcjami polega na tym, że nowe rozwiązanie zakłada taką samą, a nie – jak art. 12 § 1 k.k. – tę samą stronę podmiotową¹⁵.

Sprawa jawi się jednak jako dużo bardziej skomplikowana, jeśli chodzi o przesłanki o charakterze przedmiotowym. Już pobieżna analiza nowego przepisu pozwala wysnuć wniosek, że w porównaniu do art. 12 § 1 k.k. mamy tu do czynienia z wyraźną dominacją wymogów zobiektywizowanych. Ustawodawca przewiduje bowiem jego stosowanie w sytuacji, gdy sprawca działa „w krótkich odstępach czasu, przy wykorzystaniu tej samej albo takiej samej sposobności lub w podobny sposób”. Pierwsze kryterium dotyczące krótkich odstępów czasu tożsame jest z jedynym kryterium przedmiotowym zawartym w art. 12 § 1 k.k., a dwa kolejne – stanowiące pewne *novum* w art. 12 k.k. – odnoszą się do charakterystyki kontekstu sytuacyjnego oraz samego zachowania sprawcy¹⁶. Co jednak ważniejsze, sformułowanie użyte w przepisie wiąże się z kontrowersją co do tego, które z wyszczególnionych warunków, muszą być każdorazowo spełnione, aby znalazł on zastosowanie. Innymi słowy – czy przepis ten odczytywać należy w ten sposób, że sprawca popełnić musi wykroczenia

¹⁵ Bez wątpienia nowe uregulowanie stanowi bardzo poważne ułatwienie dowodowe w stosunku do wymogów art. 12 § 1 k.k. Chyba najczęściej napotykaną przez praktykę wymiaru sprawiedliwości trudnością dowodową dotyczącą czynu ciągłego jest wszak właśnie wykazanie, że poszczególne zachowania sprawcy połączone były węzłem podjętego z góry zamiaru.

¹⁶ W toku wykładni tych przesłanek warto sięgnąć zwłaszcza do bogatej literatury dotyczącej art. 91 k.k., w którym również zawarte jest kryterium w postaci „wykorzystania takiej samej sposobności”.

w krótkich odstępach czasu oraz przy wykorzystaniu tej samej albo takiej samej sposobności lub w podobny sposób czy raczej tak, że wykroczenia sprawca popełnia w krótkich odstępach czasu lub przy wykorzystaniu tej samej sposobności albo takiej samej sposobności lub w podobny sposób. Problem ten, który sprowadza się do „prozaicznej” interpretacji użytego w przepisie znaku interpunkcyjnego, jest jednak warunkiem *sine qua non* poprawnego zakreslenia zakresu zastosowania art. 12 § 2 k.k. Rzecz w tym, że może być albo tak, że sprawca każdorazowo musi dopuścić się wykroczeń w krótkich odstępach czasu oraz przy wykorzystaniu tej samej (takiej samej) sposobności lub w podobny sposób albo tak, że wystarczające jest spełnienie przez sprawcę tylko jednego z trzech warunków o charakterze przedmiotowym. Ta druga interpretacja przewidywałaby, że kryterium w postaci krótkich odstępów czasu ma charakter równoważny z pozostałymi przesłankami i nie jest konieczne, ażeby zakwalifikowało się w każdym przypadku.

Powyższa kontrowersja wynika z dwojakiego znaczenia, jakie na gruncie zasad gramatyki języka polskiego przypisać można przecinkowi. Z jednej strony bowiem przyjmuje się, że zastępuje on takie wyrażenia jak „i” lub „oraz”, stanowiąc jednocześnie swoisty ekwiwalent funktora koniunkcji¹⁷. Z drugiej natomiast strony w sytuacjach, w których mamy do czynienia z wyliczeniem więcej niż dwóch elementów, przecinek traktowany jest jako zamiennik spójnika występującego przed ostatnim członem wyliczenia. Taki zabieg edytorski ma na celu zwiększenie czytelności zdania poprzez ograniczenie liczby zawartych w nim spójników¹⁸.

W takim stanie rzeczy poprawniejszą – w sensie czysto lingwistycznym – interpretacją analizowanego przepisu wydaje się druga ze wskazanych alternatyw znaczeniowych. Rzecz w tym, że jego obecna redakcja faktycznie wskazuje na to, iż mamy do czynienia z wyliczeniem następujących okoliczności o charakterze przedmiotowym: 1) krótkich odstępów czasu pomiędzy wykroczeniami, 2) wykorzystania tej samej albo takiej samej sposobności, 3) tego samego sposobu ich popełnienia. Jednocześnie spójnikiem występującym przed ostatnim z składników tej enumeracji jest słowo „lub”. Powszechnie uważane jest ono tymczasem za emanację alternatywy łącznej, której istota polega na tym, że warunkiem prawdziwości zdania, w którym występuje, jest prawdziwość choćby

¹⁷ A. Malinowski (w:), A. Malinowski (red.), *Logika dla prawników*, Warszawa 2002, s. 97.

¹⁸ Zob. wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 24 kwietnia 2009 r., sygn. KIO/UZP 459/09, LEX nr 497480.

jednego argumentu zdaniowego¹⁹. Tym samym – przy akceptacji zaproponowanej wykładni językowej – dla zastosowania konstrukcji z art. 12 § 2 k.k. konieczne, a zarazem wystarczające, jest spełnienie bodaj jednego tylko z wymienionych powyżej warunków²⁰.

Można by naturalnie kwestionować interpretację przepisu opartą li tylko na znaku interpunkcyjnym, przede wszystkim z uwagi na wynikający zeń – w porównaniu do dotychczasowego rozwiązania bardzo szeroki – zakres zastosowania nowej konstrukcji. O ile możliwe zdaje się przełamanie zasadniczo jednoznacznego wyniku wykładni językowej przez wzgląd na argumenty o charakterze funkcjonalnym, o tyle zauważyć należy, że w obliczu zupełnego pominięcia w uzasadnieniu ustawy nowelizującej motywów stojących za uchwaleniem analizowanego przepisu – a także pewnych istotnych wątpliwości wynikających z jego sformułowania, które zostaną dalej poruszone – trudno jest właściwie zidentyfikować *ratio legis* nowego rozwiązania. Tym samym argument odwołujący się do funkcji przepisu, w sytuacji gdy *de facto* nie może być ona w sposób niewątpliwie zrekonstruowana, musi nieuchronnie tracić na sile.

Wydaje się zatem, że zarówno na płaszczyźnie przesłanek o naturze podmiotowej, jak i przedmiotowej, w porównaniu do normy wynikającej z art. 12 § 1 k.k., wymagania stawiane przez ustawodawcę w art. 12 § 2 k.k. są istotnie obniżone. Skutkuje to rzecz jasna przede wszystkim dużo szerzej zakrojonym zakresem zastosowania nowej instytucji. Warto jednak również zauważyć, że konsekwencją takiego ukształtowania przesłanek jest wzajemny stosunek zakresów zastosowania norm wynikających z dwóch jednostek art. 12 k.k., przyjmujący postać relacji krzyżowania się. Nie ma bowiem wątpliwości, że możliwe są takie sytuacje, gdy spełnione zostaną wyłącznie przesłanki stosowania art. 12 § 1 k.k. (przykładowo wtedy, gdy zachowania składowe nie realizują samodzielnie znamion wykroczenia), wyłącznie przesłanki z art. 12 § 2 k.k. (m.in. wtedy gdy brak jest z góry powziętego zamiaru) albo warunki sformułowane w obu tych przepisach jednocześnie.

¹⁹ Uchwała SN z dnia 9 września 2008 r., sygn. III CZP 31/08, OSNC 2009, nr 3, poz. 36; wyrok SN z dnia 17 marca 2006 r., sygn. I CSK 8 I/OS, OSNC 2006, nr 12, poz. 207; uchwała SN z dnia 29 września 2006 r., sygn. UZP 10/06, Orzecznictwo Sadu Najwyższego Zbiór Urzędowy Izba Pracy, Ubezpieczeń społecznych i Spraw Publicznych 2007, nr 5–6, poz. 75.

²⁰ Za takim rozumieniem opowiada się Ł. Pohl – Ł. Pohl, (w:) R. Stefański (red.), Kodeks karny. Komentarz, LEGALIS/el. Odmienne: J. Giezek, P. Kardas, Nowe uregulowania ciągłości popełnienia przestępstwa i wykroczenia (art. 12 § 2 k.k., art. 10a k.w.), Palestra 2019, nr 1–2, s. 43.

Jak można się spodziewać, „obszar” wspólny dla obu jednostek redakcyjnych będzie zależał od akceptowanego sposobu wykładu przesłanek art. 12 § 2 k.k. Rzecz w tym, że gdy przyjmiemy, iż dla jego aktualizacji konieczne jest wystąpienie co najmniej jednej z trzech przesłanek przedmiotowych, okaże się, że w każdym przypadku, gdy w stosunku do wykroczeń wymierzonych przeciwko mieniu spełnione zostają warunki czynu ciągłego, zaktualizują się równocześnie przesłanki nowej konstrukcji. Jest tak, gdyż krótkie okresy czasu pomiędzy zachowaniami składowymi są warunkiem tożsamym dla obu instytucji, a z góry powzięty zamiar przesądza o umyślności każdego z poszczególnych wykroczeń. W takim zatem przypadku zakres stosowania art. 12 § 1 k.k. – w odniesieniu do wykroczeń przeciwko mieniu – zawiera się całkowicie w szerszym zakresie zastosowania art. 12 § 2 k.k. Naturalnie w przypadku odrzucenia powyższego wyniku wykładni językowej – oraz akceptacji alternatywnego prezentowanego wyżej poglądu – dojść należy do przekonania, że zakresy norm wynikających z dwóch jednostek redakcyjnych art. 12 k.k. zawsze – również w przypadku dokonywania analizy wyłącznie pod kątem wykroczeń wymierzonych przeciwko mieniu – będą pozostawać we wzajemnej relacji krzyżowania się. Nie zawsze bowiem seria zachowań stanowiących wykroczenia, która spełniać będzie wymogi § 1, spełni również kryterium dotyczące wykorzystanej przez sprawcę sposobności czy jego sposobu działania.

Spostrzeżenie to prowadzić musi natomiast do dwojakich wniosków. Po pierwsze – możliwa jest sytuacja, w której przesłanki art. 12 § 1 k.k. oraz art. 12 § 2 k.k. zostaną spełnione jednocześnie. Po wtóre – celem ustawodawcy, stojącym za komentowaną nowelizacją, było niewątpliwie zwiększenie punitivności dotychczasowych rozwiązań poprzez poszerzenie katalogu sytuacji, w których sprawca serii wykroczeń pociągnięty zostanie do odpowiedzialności na zasadach przewidzianych dla przestępstw.

3. Istota konstrukcji z art. 12 § 2 k.k.

Taka konkluzja nie przesądza jeszcze jednak o kwestii chyba najdonioślejszej, to jest o istocie nowej konstrukcji. Na jakiej płaszczyźnie jest ona ulokowana? Czy mamy do czynienia z jakimś nowym wariantem dotychczasowego rozwiązania, czy też raczej z pewną nową jakością?

Na wstępie wspomnieć wypada, że sam sposób ukształtowania przesłanek w art. 12 § 2 k.k. – cechujący się znaczącą przewagą elementów przedmiotowych nad subiektywnymi – nie stanowi okoliczności wyłączają-

jącej *a priori* możliwość uznania tego mechanizmu za czyn ciągły. W literaturze co prawda wskazuje się, że to właśnie strona podmiotowa czynu ciągłego, tożsama dla wszystkich zachowań wchodzących w jego skład, postrzegana jest jako podstawowe spoiwo tej konstrukcji i element nadający jej sens²¹. Przyjęte rozwiązanie natomiast niewątpliwie w sposób znaczący rozluźnia – już i tak dość umowne – więzy pomiędzy poszczególnymi zachowaniami. Pamiętać należy jednak, że czyn ciągły sam w sobie jest konstrukcją wysoce konwencjonalną, a katalog i kształt jego przesłanek wyewoluował w toku dekad doktrynalnych dyskusji. Tym samym do pomyślenia byłoby przyjęcie przez ustawodawcę w ramach tej instytucji założeń odmiennych od dotychczasowych i w efekcie stopniowe przesunięcie ciężaru z przesłanek podmiotowych na rzecz przesłanek o charakterze przedmiotowym²².

Wydaje się, że ażeby w sposób możliwie pełny nakreślić wątpliwości rodzące się w kontekście roli nowego przepisu, należy w pierwszej kolejności zastanowić się nad sensem i statusem czynu ciągłego w jego klasycznym ujęciu. Powszechnie uważa się, że art. 12 § 1 k.k. jest mechanizmem pozwalającym na redukcję wielości zachowań w sensie ontologicznym i sprowadzenie ich do jednego czynu zabronionego²³. Konstrukcja tego mechanizmu wydaje się więc nawiązywać najsilniej do koncepcji przestępstwa ciągłego w wersji jednoczynowej²⁴. Wniosek taki płynie z występującego w przepisie sformułowania, zgodnie z którym „dwa lub więcej zachowań (...) uważa się za jeden czyn zabroniony”. Słowa „uważa się za” sugerują, że mamy do czynienia z pewnego rodzaju fikcją prawną. Jest tak, ponieważ mimo że w rzeczywistości wyodrębnić możemy co najmniej dwa – w pewnym sensie samodzielne – fragmenty ocenianego zachowania, to na płaszczyźnie prawnokarnego wartościowania treść art. 12 § 1 k.k. nakazuje ocenić je – ze wszystkimi tego konsekwencjami – jako jeden czyn. Zakodowana w art. 12 § 1 k.k. ustawowa dyrektywa interpretacyjna stanowi bowiem podstawę do przekształcenia w procesie wykładni znamion typu czynu zabronionego, które w części szczególnej kodeksu karnego ujęte są w sposób umożliwiający wyłącznie ich „jednozachowaniową” realizację. Efektem tego rodzaju modyfikacji

²¹ Zob. J. Giezek, *Tożsamość czynu...*, s. 19; P. Kardas, *Zbieg przepisów ustawy w prawie karnym*, Warszawa 2011, s. 146; postanowienie SN z dnia 25 września 2015 r., sygn. III KK 140/15, LEX nr 1929127.

²² Uwagi J. Giezia poczynione podczas seminarium doktoranckiego doktorantów Katedry Prawa Karnego Materialnego Uniwersytetu Wrocławskiego w dniu 12 marca 2019 r.

²³ W. Wróbel, A. Zoll, *Polskie...*, s. 292.

²⁴ A. Barczak, *Wykroczenie...*, 116.

znamienia czynnościowego jest taki jego sens, który pozwala uznać, że znamię to jest możliwe do zrealizowania również przez wielość zachowań²⁵. Tym samym art. 12 § 1 k.k. zawiera element rozczłonkowanej normy sankcjonowanej naruszonej przez sprawcę, który dopuszcza się czynu ciągłego.

Już na pierwszy rzut oka widać, że art. 12 § 2 k.k. zredagowany jest w sposób odmienny. Zgodnie z tym przepisem sprawca, który dopuszcza się dwóch lub więcej wykroczeń, przy spełnieniu określonych warunków „odpowiada jak za jeden czyn zabroniony”. Mając na względzie jedną z dyrektyw wykładni językowej, zgodnie z którą różnobraźnym wyrażeniom występującym w tekście prawnym nie można przypisywać znaczenia synonimicznego²⁶, uważać należy, aby nie popełnić błędu polegającego na machinalnym rozumieniu nowego przepisu dokładnie w taki sam sposób jak unormowania dotychczasowego. Kluczową rolę dla ustalenia znaczenia przywołanej frazy zdają się grać słowa „odpowiada” oraz „jak za”. Pierwsze z nich wskazuje, że treść art. 12 § 2 k.k. dotyczy sfery zasad odpowiedzialności. Zasadniczą kwestią jest jednak to, że sprawca nie ma odpowiadać za czyn zabroniony wyczerpujący znamiona przestępstwa, lecz jedynie jak za czyn zabroniony kwalifikowany jako przestępstwo. Takie sformułowanie sugeruje, że w istocie sprawca odpowiada faktycznie za „coś innego” niż przestępstwo, jednak na zasadach dla przestępstwa przewidzianych.

Nowy przepis zdaje się tym samym dotyczyć zupełnie innej płaszczyzny niż art. 12 § 1 k.k. Nie mówi on wszakże nic o tym, że kilka zachowań przy spełnieniu określonych warunków stanowi jeden czyn, względnie że uważać należy je za jeden czyn zabroniony. Taki sposób sformułowania nie pozwala tym samym na przyjęcie, że art. 12 § 2 k.k. wyraża nową dyrektywę interpretacyjną, która miałaby mieć zastosowanie w procesie wykładni znamion typu. Co więcej, nie sposób również doszukiwać się w nim jakichś elementów składowych normy sankcjonowanej. Uzasadniony wydaje się natomiast wniosek wprost przeciwny – norma wyinterpretowana z tego przepisu jawi się wszakże jako modyfikacja normy sankcjonującej w tym sensie, że w przypadku naruszenia normy sank-

²⁵ P. Kardas, (w:) W. Wróbel, A. Zoll (red.), Kodeks karny. Część ogólna, Tom I. Część I. Komentarz do art. 1–52 k.k., Warszawa 2016, LEX/el; J. Giezek, (w:) J. Giezek (red.), Kodeks karny. Część ogólna. Komentarz, Warszawa 2012, s. 81; Z. Kukuła, Czyn ciągły w świetle praktyki orzeczniczej, *Prokuratura i Prawo* 2014, nr 4, s. 56 i n.; wyrok SA w Warszawie z dnia 9 września 1999 r., sygn. II AKa 262/98, OSA 1999, nr 2, poz. 6; por. też postanowienie SN z dnia 29 marca 2006 r., sygn. I KZP 58/05, Biul. PK 2006, nr 5, poz. 1.1.4.

²⁶ S. Kaźmierczyk, Z. Pułka, *Wstęp do prawoznawstwa*, Wrocław 2000, s. 103.

cjonowanej, leżącej u podstaw danego typu wykroczenia, nakazuje organowi stosować zasady odpowiedzialności przewidziane dla stosownego przestępstwa.

Sugerowałoby to zatem, że w nowo uregulowanym przypadku ontologiczna wielość zachowań – przyjmujących postać wykroczeń wymierzonych przeciwko mieniu – wcale nie staje się normatywną jednością. Jeżeli wszakże ustawodawca chciałby osiągnąć taki właśnie cel, posłużyłby się przecież wyrażeniem występującym w art. 12 § 1 k.k. Jako dużo bardziej trafne jawi się natomiast ulokowanie tego przepisu na płaszczyźnie wymiaru kary i środków karnych²⁷. Norma wynikająca z nowej jednostki redakcyjnej nakazuje wszakże wyłącznie stosowanie do kilku zachowań łącznie zasad odpowiedzialności karnej przewidzianych dla określonego przestępstwa. Jest ona zatem w zasadzie zupełnie nowym przypadkiem dyrektywy wymiaru kary – zawartej co prawda w części ogólnej kodeksu karnego, lecz odnoszącej się do odpowiedzialności za wykroczenia. Należy przy tym pamiętać, że w przypadku zastosowania owej dyrektywy przedmiotem prawnokarnego wartościowania pozostaną wciąż samodzielne czyny. Co więcej, będą one wciąż wyposażone w przymiot wykroczenia, a to z uwagi na fakt, że norma nie nakazuje traktować sumy tych zachowań jako przestępstwa.

Wydaje się zatem, że instytucja ta – w przeciwieństwie do art. 12 § 1 k.k. – jest przykładem konstrukcji wieloczynowej. Jest to *de facto* wcześniej niespotykany przypadek realnego zbiegu wykroczeń, uregulowanego w sposób swoisty, odbiegający od reguły ogólnej wyrażonej w art. 9 § 2 k.w.²⁸ Jako wysoce wątpliwe ocenić tym samym należy stosowanie wobec niej nazwy „czyn ciągły”. Fakt aktualizacji wymaganych przez art. 12 § 2 k.k. przesłanek nie stanowi bowiem w tym przypadku okoliczności, która spajałaby poszczególne zachowania w jeden czyn zabroniony²⁹.

4. Niektóre implikacje uchwalenia art. 12 § 2 k.k.

Wejście w życie przedmiotowej nowelizacji, a także specyficzne prezentowane w tym miejscu rozumienie normy wynikającej z art. 12 § 2 k.k., wiążą się z daleko idącymi konsekwencjami natury prawnej. Najważniejszą z nich jest chyba to, że poszczególne zachowania, do których

²⁷ Podobnie Ł. Pohl, (w:) R. Stefański (red.), Kodeks..., LEGALIS/el.

²⁸ Ł. Pohl, (w:) R. Stefański (red.), Kodeks..., LEGALIS/el.

²⁹ Stanowisko odmienne prezentują J. Giezek i P. Kardas: J. Giezek, P. Kardas, Nowe uregulowania ciągłości..., s. 40 i n.

zastosowanie ma ten przepis, zachowują w sposób nienaruszony status wykroczeń, a ich sprawca nie dopuszcza się popełnienia przestępstwa. Czas ich popełnienia będzie zatem ustalany dla każdego z wykroczeń składowych z osobna, a w efekcie również bieg terminu przedawnienia karalności poszczególnych wykroczeń powinien biec niezależnie dla każdego z nich. Jaki jednak będzie to termin? Czy wynikający z art. 45 § 1 k.w. – jako że czyny popełnione przez sprawcę mają niezmiennie charakter wykroczeń – czy raczej ten z art. 101 § 1 k.k., jako że sprawca ma za swe czyny odpowiadać jak za przestępstwo? O ile to drugie rozwiązanie wydawać by się mogło poprawniejsze – a to z uwagi na fakt, że zasady określające terminy przedawnienia karalności uznać należy za współokreślające zasady odpowiedzialności za przestępstwo³⁰ – o tyle w praktyce niezwykle trudno byłoby je zastosować. Sprawca ma wszakże odpowiadać „jak za przestępstwo” za całą serię wykroczeń łącznie, a nie z osobna za każde z nich. Jaki jednak powinien być punkt początkowy takiego wspólnego biegu przedawnienia? Czy może jednak termin przedawnienia przewidziany dla przestępstwa biec winien niezależnie w stosunku do każdego z wykroczeń? Trudno na te pytania udzielić satysfakcjonującej odpowiedzi.

Warto również powtórzyć, że do pomyślenia jest taka sytuacja, w której zachowania sprawcy wypełnią zarówno przesłanki z art. 12 § 1 k.k., jak i z art. 12 § 2 k.k. Pojawić musi wówczas pytanie – istotne zwłaszcza w kontekście wynikającego z art. 57b k.k. obligatoryjnego nadzwyczajnego obostrzenia kary w przypadku kwalifikacji czynu sprawcy z art. 12 § 1 k.k. – który z przepisów winien wówczas zostać zaaplikowany? Trudno mieć wątpliwości, że w sytuacji tego rodzaju zastosowanie znajdzie konstrukcja czynu ciągłego, jako że regulacja ta ma charakter obligatoryjny. Czy jednak ma to automatycznie oznaczać, że jednocześnie wyłączony zostaje z pola widzenia art. 12 § 2 k.k.? Jeżeliby wszak przychylić się do dobrze uzasadnionej tezy, że w momencie spięcia serii zachowań klamrą czynu ciągłego nie tracą one przymiotu wykroczeń, to przyjąć należałoby, że możliwe jest w takim przypadku prowadzenie niezależnego postępowania w przedmiocie owych wykroczeń składowych³¹.

³⁰ Odmienny wniosek można wysnuć jednak na kanwie wyroku TK z dnia 15 października 2008 r., sygn. P 32/06, OTK-A 2008, nr 8, poz. 138, oraz wyroku TK z dnia 13 października 2009 r., sygn. P 4/08, OTK-A 2009, nr 9, poz. 133, w których Trybunał Konstytucyjny przyjął, iż przepisy ustanawiające okresy przedawnienia nie ustanawiają zasad odpowiedzialności karnej w rozumieniu Konstytucji RP.

³¹ *Notabene de lege lata* pogląd ten usankcjonowany jest przepisem art. 10a k.w.

Mamy jednak do czynienia z pewnym paradoksem – o ile bowiem art. 12 § 2 k.k. odnosi się wprost do odpowiedzialności za wykroczenia, o tyle usytuowany został w kodeksie karnym. Należy mieć przy tym w pamięci, że postępowaniem, którego celem jest urzeczywistnienie norm materialnych prawa karnego jest postępowanie karne. Pojawia się zatem pytanie, czy norma wynikająca z art. 12 § 2 k.k. jest normą prawa karnego, czy jednak prawa wykroczeń. Aby udzielić odpowiedzi na to pytanie, powrócić należy do tezy postawionej w toku dotychczasowej argumentacji, w myśl której norma wyinterpretowana z tego przepisu jawi się jako modyfikacja normy sankcjonującej wynikającej z odpowiedniego przepisu typizującego wykroczenie. Wydaje się zatem, że w gruncie rzeczy w przepisie tym zakodowana jest norma wykroczeniowa, stanowiąca swego rodzaju przepastną klauzulę odsyłającą do zasad odpowiedzialności karnej. Tym samym umieszczenie go w kodeksie karnym uznać należy za nietrafione i wprowadzające w konsternację – dużo bardziej logicznym i klarownym rozwiązaniem byłoby ulokowanie go w kodeksie wykroczeń.

Co jednak ważniejsze, konstatacja taka prowadzi do wniosku, że pod warunkiem, iż aprobujemy twierdzenie, zgodnie z którym prowadzenie postępowania w sprawie o wykroczenie, w sytuacji gdy ten sam wycinek zachowania człowieka osądzony został jako przestępstwo – bądź *vice versa* – nie stanowi naruszenia powagi rzeczy osądzonej³², to możliwe jest niezależne prowadzenie postępowania karnego w sprawie o czyn ciągły oraz postępowania w sprawie o wykroczenia stanowiące części składowe tegoż czynu ciągłego, realizujące jednocześnie przesłanki z art. 12 § 2 k.k. Będąc efektem takiej wykładni wielość ocen oraz konsekwencji prawnych musiałaby być następnie zredukowana poprzez stosowne zaliczenie kar i środków karnych na zasadzie art. 10a § 1 i 2 k.w.

Kolejny rezultat zaproponowanego tutaj rozumienia nowej instytucji dotyczy innej kwestii o podstawowym znaczeniu – problematyki ustalania zakresu powagi rzeczy osądzonej. W przypadku czynu ciągłego niemal powszechną akceptacją cieszy się wszak pogląd, zgodnie z którym *res iudicata* obejmuje cały okres pomiędzy pierwszym i ostatnim zachowaniem składowym wskazanym w wyroku^{33, 34}. Stanowisko to ugruntowało

³² Tak m.in.: J. Skorupka, (w:) J. Skorupka (red.), Kodeks postępowania karnego. Komentarz, Warszawa 2018, LEGALIS/el.; J. Kosonoga, (w:) R. Stefański, S. Zabłocki (red.), Kodeks postępowania karnego. Tom I. Komentarz do art. 1–166, Warszawa 2017, LEX/el.; S. Steinborn, (w:) S. Steinborn (red.), Kodeks postępowania karnego. Komentarz do wybranych przepisów, LEX/el. 2016.

³³ Tak: P. Kardas, M. Dąbrowska-Kardas, Czyn ciągły..., s. 77; M. Kulik, (w:) M. Mozgawa (red.), Kodeks karny. Komentarz aktualizowany, LEX/el. 2018; M. Rogalski, *Res iudicata* a przestępstwo ciągłe, *Studia Prawnicze* 2001, nr 2, s. 43 i n.;

się również w orzecznictwie sądów powszechnych, a to w szczególności ze względu na stałe w tym zakresie przekonanie Sądu Najwyższego³⁵, który stoi na stanowisku, że jeżeli sąd w wyroku przyjmie, iż sprawca dopuścił się w określonym przedziale czasu czynu ciągłego, orzeczenie takie uzyska cechę materialnej prawomocności także „w zakresie owej ciągłości”. W konsekwencji cały wskazany w sentencji czasokres wyznacza zakres powagi rzeczy osądzonej – i to niezależnie od tego, czy z uwagi na treść skargi oskarżyciela sąd orzekł tylko o niektórych zachowaniach, czy też o wszystkich ujawnionych w toku postępowania elementach czynu ciągłego (także tych, które nie były przedmiotem skargi, ale o których sąd mógł orzekać wobec zarzucenia w owej skardze czynu jako ciągłego)³⁶.

Rzecz w tym, że o ile w przypadku czynu ciągłego, faktyczną podstawą zarzutu jest cały okres pomiędzy pierwszym a ostatnim zachowaniem – czyli pewien odcinek na osi czasu – to w przypadku sytuacji, do której zastosowanie ma art. 12 § 2 k.k., podstawą tą są okresy, w których realizowane były poszczególne zachowania. Jest to tym samym suma ujawnionych na osi czasu rozłącznych punktów. Oznacza to przede wszystkim, że fakt skazania albo uniewinnienia za kilka wykroczeń na zasadzie art. 12 § 2 k.k. nie wykluczy niezależnego prowadzenia postępowania w przedmiocie wykroczenia nieobjętego skargą oskarżyciela, a nawet następczego skazania za ten czyn. W takim bowiem przypadku *res iudicata* rozciągać się będzie wyłącznie na okresy realizacji czynów składowych i nie wypełni automatycznie przestrzeni pomiędzy nimi.

P. Kardas, (w:) Kodeks karny..., s. 261 i n.; J. Giezek, O powadze rzeczy osądzonej w ramach konstrukcji czynu ciągłego. Uwagi na marginesie uchwały SN z dnia 15 czerwca 2007 r., CzPKiNP 2008.

³⁴Warto jednak na marginesie odnotować głosy odrębne: J. Lachowski, (w:) V. Kolarska-Wrzošek (red.), Kodeks karny. Komentarz, Warszawa 2018, LEX/el.; Ł. Pohl, (w:) R. Stefański (red.), Kodeks karny. Komentarz, LEGALIS/el.; A. Wojtaszczyk, W. Zontek, Czy art. 12 k.k. jest ciągłym problemem?..., s. 113 i n.

³⁵Uchwała SN z dnia 21 listopada 2001 r., sygn. I KZP 29/01, OSNKW 2001, nr 11, poz. 21; wyrok SN z dnia 25 maja 2005 r., sygn. III KK 95/05, R-OSNKW 2005, poz. 1061; postanowienie SA w Katowicach z dnia 20 czerwca 2001 r., sygn. II AKo 92/01, OSPriPr 2002, nr 5, poz. 28; postanowienie SA w Lublinie z dnia 2 października 2002 r., sygn. II AKo 180/02, OSPriPr 2003, nr 4, poz. 27; podobnie również choć na gruncie odmiennego stanu prawnego wyrok SN z dnia 4 października 1935 r., sygn. 1 K. 675/35, Zbiór Orzeczeń Sądu Najwyższego. Orzeczenia Izby Karnej 1936, nr VI, poz. 216.

³⁶Uchwała SN z dnia 15 czerwca 2007 r., sygn. I KZP 15/07, OSNKW 2007, nr 7–8, poz. 55.

4. Uwagi końcowe

Powyższe rozważania prowadzą do dwojakich wniosków. Z jednej strony nie sposób uniknąć refleksji, że ustawodawca nadmiernie komplikuje dotychczasowe rozwiązania – wydaje się, że bez wyraźniej potrzeby. Z drugiej natomiast strony trudno nie odnieść wrażenia, że zaproponowana tu wykładnia przepisu art. 12 § 2 k.k. pogłębia tylko problemy będące skutkiem nowelizacji. Przyznać trzeba lojalnie, że niezwykle kuszące jest obranie ścieżki interpretacyjnej zakładającej swoistą „minimalizację strat” związanych z nowelą i przyjęcie, że ustawodawca zdecydował się na pewne rozszerzenie konstrukcji czynu ciągłego – poprzez zwiększenie roli przesłanek o charakterze przedmiotowym – a nie na wprowadzenie nowej instytucji, której najbliższej wydaje się do swojskie uregulowanego realnego zbiegu wykroczeń.

Zapratywanie, zgodnie z którym w istocie nie mamy do czynienia z rewolucją, lecz pewną ewolucją dotychczasowego rozwiązania, wydaje się być jednak zbyt daleko idącą korektą poczynąń ustawodawcy. Można – i to nie bez pewnej racji – twierdzić, że fakt umiejscowienia nowego przepisu w art. 12 k.k., który tradycyjnie kojarzony jest z konstrukcją czynu ciągłego, winien przesądzać o sposobie rozumienia nowego rozwiązania. W sytuacji jednak, gdy ustawodawca w dwóch jednostkach redakcyjnych tego samego przepisu posługuje się sformułowaniami tak dalece odmiennymi, wyzwanie stanowi obrona stanowiska, zgodnie z którym w obu tych przypadkach – racjonalnemu skądinąd – prawodawcy przyświecał identyczny cel. Jeżeli tak miałoby faktycznie być, dlaczego nie posłużył się on rozwiązaniem analogicznym, nasuwającym się na myśl niemal mimowolnie? Mógł wszakże ustanowić przykładowo, że „za jeden czyn zabroniony uważa się także dwa lub więcej umyślnych wykroczeń przeciwko mieniu podjętych w krótkich odstępach czasu popełnionych przy wykorzystaniu tej samej albo takiej samej sposobności lub w podobny sposób, jeżeli łączna wartość mienia uzasadnia odpowiedzialność za przestępstwo”. Fakt, że ustawodawca odrzucił tak oczywiste zdawałoby się rozwiązanie, nie powinien zostać zignorowany. W obliczu niejednoznacznych implikacji, z jakimi wiąże się zaproponowane tu rozumienie art. 12 § 2 k.k., nie może jednak dziwić ewentualne kontestowanie zaprezentowanej argumentacji.

Continuous acts versus partial depenalization: remarks following amendments to Art. 12 of the Penal Code

Abstract

This paper addresses continuous acts at the intersection of criminal law and petty offences law. An attempt is made to reconstruct a scope of applicability of Art. 12(2) of the Penal Code, and to determine a logical relation between the editing units of Article 12. The analysis of the content of Art. 12 leads to the conclusion that the construct the legislator included in Art. 12(2) comes closer to an actual concurrence of petty offences rather than to a continuous act in its classic sense.

Jan Kluza

Kara bezwzględnego dożywotniego pozbawienia wolności w świetle orzecznictwa Europejskiego Trybunału Praw Człowieka

Streszczenie

Zgodnie z obecnym stanem prawnym, sprawca skazany na karę dożywotniego pozbawienia wolności ma możliwość ubiegania się o przedterminowe zwolnienie z jej odbywania po upływie 25 lat kary (lub dłuższym określonym przez sąd). W ramach propozycji nowelizacji kodeksu karnego ustawodawca sformułował postulat wprowadzenia możliwości bezwzględnej kary dożywotniego pozbawienia wolności, z której sprawca nie mógłby być nigdy zwolniony. Choć zmiana ta nie została wprowadzona, to nie oznacza to, że rozwiązanie to nie zasługuje na aprobatę i dlatego wymaga bliższego omówienia. Artykuł ma na celu omówienie istoty tej zmiany i zasadności jej wprowadzenia. Kluczowym elementem w analizie tego rozwiązania prawnego jest jego zgodność z Europejską Konwencją Praw Człowieka. W sytuacjach szczególnych związanych z wyjątkowo brutalnym charakterem przestępstwa państwa strony Konwencji powinny mieć możliwość orzeczenia zakazu zwolnienia takiego sprawcy, zaś jedynym środkiem, w ramach którego mógłby się on ubiegać o zwolnienie z kary z powodów humanitarnych stanowić powinno prawo łaski.

Słowa kluczowe

Kara dożywotniego pozbawienia wolności, bezwzględne dożywocie, zasada humanitaryzmu, prawa człowieka.

Wstęp

Dolegliwość sankcji karnej wymierzanej oskarżonemu za najcięższe przestępstwa stanowi istotną kwestię będącą przedmiotem sporów w doktrynie i jako taka stanowi obszar zainteresowania nie tylko przedstawicieli prawa karnego, lecz także prawa konstytucyjnego i międzyna-

rodowego. Wraz z wejściem w życie kodeksu karnego z 1997 r., który zastąpił kodeks z 1969 r.¹ kara dożywotniego pozbawiania wolności pozostała najsurowszą karą grożącą za najcięższe przestępstwa. Poprzedni bowiem kodeks w art. 30 § 2 przewidywał, że karą zasadniczą o charakterze wyjątkowym, przewidzianą za najcięższe zbrodnie, była kara śmierci. Jeszcze jednak w czasie obowiązywania tego kodeksu, ustawodawca w drodze ustawy z dnia 12 lipca 1995 r.² zastosował moratorium na wykonywanie kary śmierci w okresie 5 lat od wejścia jej w życie. Praktycznie więc już od daty wejścia w życie wspomianej ustawy (tj. 20 listopada 1995 r.) kara dożywotniego pozbawienia wolności pozostała najsurowszą karą orzekaną za przestępstwa.

W obecnym stanie prawnym, w razie wymierzenia sprawcy przestępstwa kary dożywotniego pozbawienia wolności, zasadą jest, że może on ubiegać się o przedterminowe zwolnienie z reszty kary po odbyciu co najmniej 25 lat tej kary (art. 78 § 3 k.k.). Jedynie w drodze wyjątku, sąd stosownie do art. 77 § 2 k.k., w szczególnie uzasadnionych wypadkach może wyznaczyć surowsze ograniczenia do skorzystania przez skazanego z warunkowego zwolnienia niż przewidziane w art. 78 k.k. Dodać jednak trzeba, że ustawodawca przedsięwziął próbę dokonania istotnej modyfikacji w tym zakresie na mocy uchwalonej w 2019 r. nowelizacji kodeksu karnego³. Ustawa ta nie weszła jednak w życie na skutek stwierdzenia przez Trybunał Konstytucyjny jej niezgodności z art. 7 w związku z art. 112 oraz z art. 119 ust. 1 Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej⁴. Stwierdzenie niekonstytucyjności tej ustawy dotyczyło jednak uchyleń w procesie legislacyjnym i nie obejmowało merytorycznych rozwiązań w niej zawartych. Z tego powodu zmiany w niej zawarte, które nie były przedmiotem rozpoznania Trybunału Konstytucyjnego, mogą ponownie stanowić obszar zainteresowania ustawodawcy, co zresztą w części uczynił na gruncie późniejszej zmiany kodeksu karnego, która wprowadziła część z rozwiązań przewidzianych tą nowelą⁵. Dlatego wy-

¹ Ustawa z dnia 19 kwietnia 1969 r. Kodeks karny, Dz. U. z 1969 r., Nr 13 poz. 94.

² Ustawa z dnia 12 lipca 1995 r. o zmianie Kodeksu karnego, Kodeksu karnego wykonawczego oraz o podwyższeniu dolnych i górnych granic grzywien i nawiązek w prawie karnym, Dz. U. z 1995 r., Nr 95 poz. 475.

³ Ustawa z dnia 13 czerwca 2019 r. o zmianie ustawy – Kodeks karny oraz niektórych innych ustaw. Nieopublikowana w Dzienniku Ustaw.

⁴ Wyrok Trybunału Konstytucyjnego z dnia 14 lipca 2020 r., sygn. Kp 1/19, OTK-A 2020, nr 36, LEX nr 3028994.

⁵ Zob. Ustawa z dnia 19 czerwca 2020 r. o dopłatach do oprocentowania kredytów bankowych udzielanych przedsiębiorcom dotkniętym skutkami COVID-19 oraz o uprosz-

rok TK nie powoduje dezaktualizacji omawianego zagadnienia. Nowela ta zaś wprowadzała zakaz przedterminowego zwolnienia z kary dożywotniego pozbawienia wolności w niektórych sytuacjach, co na etapie legislacyjnym było szeroko krytykowane. Rodzi się jednak pytanie, czy krytyka ta była zasadna i czy ustawodawca nie powinien podjąć ponownej próby zmiany kodeksu karnego w tym zakresie.

Kara dożywotniego pozbawienia wolności w kodeksie karnym z 1997 r.

Kara dożywotniego pozbawienia wolności stanowi niewielki odsetek orzekanych prawomocnie kar za popełnione przestępstwo – w 2018 roku były to 24 skazania na ogólną liczbę 257 768 wyroków skazujących, w 2017 r. – 12 na 241 436 wyroków skazujących, w 2016 r. – 20 na 289 512 wyroków skazujących⁶. Jest to najsurowsza z możliwych do orzeczenia kar po wyeliminowaniu kary śmierci, jednak, co budzi zdziwienie, pod jej adresem podnoszone są także zarzuty zmierzające np. do faktycznej bezkarności przestępstw popełnionych w jej trakcie na zasadzie „nic do stracenia”⁷. Jak sygnalizowano wcześniej, w obecnym kodeksie karnym sprawca przestępstwa skazany na karę dożywotniego pozbawienia wolności, może ubiegać się o przedterminowe zwolnienie z reszty kary po odbyciu co najmniej 25 lat pozbawienia wolności, chyba że sąd wyznaczy surowsze ku temu ograniczenia. Co ciekawe, obecny próg jest najsurowszym biorąc pod uwagę poprzednio obowiązujące w tym względzie kodyfikacje karne – do czasu wprowadzenia kodeksu karnego z 1932 r. obowiązujące ustawodawstwo zaborcze przewidywało w zależności od części kraju minimalny próg 15 lub 20 lat, zaś rozporządzenie z 1927 r. o zwolnieniu przedterminowym osób odbywających karę pozbawienia wolności określiło ten próg na 15 lat, co przyjął następnie także kodeks karny z 1932 r.; z kolei ustawa z 1951 r. o warunkowym przedterminowym zwolnieniu osób odbywających karę pozbawienia wolności obniżyła ten próg do 10 lat, by ponownie w 1960 r. powrócić do

czonym postępowaniu o zatwierdzenie układu w związku z wystąpieniem COVID-19, Dz. U. poz. 1086.

⁶ Dane za: Skazania prawomocne z oskarżenia publicznego – dorośli – wg rodzajów przestępstw i wymiaru kary w I.2008–2018, opracowanie Ministerstwa Sprawiedliwości (<https://isws.ms.gov.pl/pl/baza-statystyczna/opracowania-wieloletnie/>).

⁷ Zob. L. Wilk, Kara dożywotniego pozbawienia wolności a instytucje warunkowego zwolnienia i prawa łaski, *Prokuratura i Prawo* 2008, nr 10, s. 11–12.

progu 15 lat, co przyjęto także w kodeksie karnym z 1969 r.⁸ W doktrynie wskazuje się, że ze względu na „cele kary może uzasadniać to, że sąd orzekający uzna, iż bez względu na przebieg procesu resocjalizacyjnego i prognozę kryminologiczną wobec skazanego warunkowe przedterminowe zwolnienie nie może nastąpić wcześniej od wyznaczonego przez sąd terminu. Termin ten będzie bardziej odległy, niż wynikałoby to z art. 78”⁹. A. Zoll wskazuje, że o wyznaczeniu dłuższych terminów przedterminowego zwolnienia „decydować powinien przede wszystkim charakter popełnionego przestępstwa i konieczność zaspokojenia w wyroku społecznego poczucia sprawiedliwości”¹⁰. Trafne w tym względzie jest stwierdzenie Sądu Apelacyjnego w Krakowie, według którego „Przy ustanawianiu surowszych ograniczeń do skorzystania przez skazanego z warunkowego zwolnienia niż wynikające z art. 78 k.k. sąd winien kierować się jako pierwszoplanowymi, niewymienionymi w art. 77 § 1 k.k. celami kary, a w szczególności potrzebą kształtowania świadomości prawnej społeczeństwa i zadośćuczynienia poczuciu sprawiedliwości”¹¹. O przewadze prewencji generalnej nad indywidualną w tym przypadku świadczy także inne orzeczenie SA w Krakowie, w którym stwierdzono, że „Wartością, która leży u podstaw upoważnienia sądu, by w szczególnie uzasadnionych przypadkach wyznaczyć surowsze wymogi warunkowego zwolnienia jest społeczne oddziaływanie kary, a zwłaszcza potrzeba zadośćuczynienia poczuciu sprawiedliwości. Idzie o to, by upływ czasu określony w art. 78 k.k. nie umniejszył znaczenia kary dla jej społecznego oddziaływania ani dla zadośćuczynienia poczuciu sprawiedliwości. Wartości te mają pierwszeństwo przed prewencją indywidualną, która zostanie uwzględniona dopiero przy decyzji sądu penitencjarnego z art. 77 § 1 k.k. „Szczególnie uzasadnionego wypadku” z art. 77 § 2 k.k. należy doszukiwać się nie w celach resocjalizacyjnych kary, lecz w społecznym oddziaływaniu kary, w jej eliminacyjnym charakterze”¹². Na krytycznym co do tego poglądu stanowisku stanął Sąd Apelacyjny w Katowicach stwierdzając, że „szczególnie uzasadnionych wypadków, o jakich mowa w przepisie art. 77 § 2 k.k., nie sposób wiązać z okolicznościami określa-

⁸ B. J. Stefańska, *Quantum* odbytej kary pozbawienia wolności jako przesłanka warunkowego zwolnienia, *Prokuratura i Prawo* 2017, nr 4, s. 17–21.

⁹ A. Zoll, (w:) W. Wróbel, A. Zoll (red.), *Kodeks karny. Część ogólna. Tom I. Część II. Komentarz do art. 53–116*, Warszawa 2016, s. 371.

¹⁰ *Ibidem*.

¹¹ Wyrok Sądu Apelacyjnego w Krakowie z dnia 31 maja 2017 r., sygn. II AKa 79/17, LEX nr 2521570.

¹² Wyrok Sądu Apelacyjnego w Krakowie z dnia 30 grudnia 2016 r., sygn. II AKa 286/15, LEX nr 2336206.

jącymi wysoki stopień społecznej szkodliwości czynu i zawinienia, a jedynie tymi, które odnoszą się do szeroko pojętej osoby sprawcy, w tym jego demoralizacji i niepodatności na oddziaływanie penitencjarne, które *a priori* w dacie orzekania pozwolą z wysoką dozą prawdopodobieństwa przyjąć, że w okresach, o jakich mowa w art. 78 k.k., niemożliwe jest takie przeobrażenie oskarżonego, które warunkowałoby skorzystanie przez niego z omawianej instytucji¹³. Stanowisko to jest jednak nieuzasadnione – nie ma bowiem przeszkód ku temu, by stosując instytucję z art. 77 § 2 k.k. sąd po raz wtóry oparł się na tych samych przesłankach, które wziął przy wymierzaniu kary¹⁴.

Istotnym przy tym jest jednak to, że *de lege lata* na skutek obostrzenia możliwości ubiegania się o przedterminowe zwolnienie, sprawca skazany na dożywotnie pozbawienie wolności nie może zostać pozbawiony tego prawa. Wynika to z gramatycznej konstrukcji przepisu art. 77 § 2 k.k., który mówi o „wyznaczeniu surowszych ograniczeń do skorzystania z warunkowego zwolnienia”. Wynikają zatem z tego dwie konsekwencje – po pierwsze sąd nie może orzec w sentencji wyroku o „pozbawieniu prawa do warunkowego zwolnienia”, ponieważ ustawa w drodze wyjątku, który należy wyklądać ścieśniająco w myśl zasady *exceptiones non sunt extendendae*, pozwala jedynie na podwyższenie okresu, jaki sprawca musi odbyć na podstawie art. 78 k.k., a nie o pozbawieniu skazanego prawa do warunkowego zwolnienia. Po drugie art. 77 § 2 k.k. przewiduje, że surowsze warunki orzeczone przez sąd muszą pozwolić skazanemu na skorzystanie z warunkowego zwolnienia – przepis mówi bowiem o „surowszych ograniczeniach do skorzystania”, z czego wynika, że skazany musi mieć realną możliwość skorzystania z warunkowego zwolnienia. Powyższe znalazło także wyraz w orzecznictwie, w którym stwierdzono m.in., że „Zastosowanie instytucji określonej w art. 77 § 2 k.k. możliwe jest wtedy, gdy zachodzi szczególnie uzasadniony przypadek, przy czym baczyć należy również na to, aby surowsze obostrzenia nie wywołały skutku w postaci całkowitego pozbawienia oskarżonego prawa do warunkowego przedterminowego zwolnienia, co pozostawałoby w sprzeczności z zasadą humanitaryzmu (art. 3 k.k.)”¹⁵. Nie jest zatem możliwe takie podwyższenie wymogów

¹³ Wyrok Sądu Apelacyjnego w Katowicach z dnia 8 lipca 2004 r., sygn. II AKa 139/04, LEX nr 148554.

¹⁴ J. Lachowski, (w:) M. Królikowski, R. Zawłocki (red.), Kodeks kary. Część ogólna. Komentarz. Art. 1–116, Warszawa 2017, s. 1049.

¹⁵ Wyrok Sądu Apelacyjnego we Wrocławiu z dnia 30 sierpnia 2016 r., sygn. II AKa 154/16, LEX nr 2139392.

formalnych wynikających z art. 78 k.k., z których już w chwili wyrokowania wynikałoby, że skazany ich nie spełni¹⁶. Sąd Najwyższy w tym zakresie stwierdził, że „Określając takie surowsze ograniczenie w przypadku, gdy orzeczono wobec sprawcy przestępstwa karę dożywotniego pozbawienia wolności, sąd może ustanowić je od 25 lat aż do czasu, w którym zasady humanitaryzmu i poszanowania godności człowieka temu nie sprzeciwiają się. W ten sposób, skazany nawet na najsurowszą karę nie zostanie pozbawiony możliwości dobrodziejstwa warunkowego zwolnienia”¹⁷. SN w cytowanym postanowieniu stwierdził także, że „rozstrzygnięcie sądu *meriti* odnośnie tego ograniczenia czyni załość społecznemu poczuciu sprawiedliwości, a zaostrzenie warunków formalnych z art. 78 § 3 kk do 30 lat nie narusza zasady humanitaryzmu i godności człowieka”. Oznacza to, że skazując przykładowo osobę w wieku 50 lat na karę dożywotniego pozbawienia wolności sąd nie może podwyższyć limitu z art. 78 § 2 k.k. na 50 lat, ponieważ z dużym stopniem prawdopodobieństwa skazany może nie dożyć okresu, w którym mógłby się ubiegać o warunkowe zwolnienie. To z kolei doprowadza do sytuacji, w której w wielu przypadkach kara dożywotniego pozbawienia wolności w rzeczywistości nigdy nie będzie dożywotnim pozbawieniem wolności. Dodać jednak trzeba w tym miejscu, iż przed zniesieniem kary śmierci w doktrynie nie było zgody co do tego, czy umożliwić zwolnienie warunkowe z kary dożywotniego pozbawienia wolności, co argumentowano brakiem społecznej akceptacji dla zniesienia kary śmierci¹⁸.

Bezwzględna kara dożywotniego pozbawienia wolności w nowelizacji 2019

Ustawą z 13 czerwca 2019 r. ustawodawca do art. 77 k.k. wprowadzić zamierzał § 3 i 4, które przewidywały dwa przypadki, w których wobec sprawcy sąd mógł orzec zakaz jego warunkowego zwolnienia z kary dożywotniego pozbawienia wolności. Co więcej, w ramach zmiany art. 78 § 3 k.k. ustawodawca zmierzał podwyższyć podstawowy minimalny termin, po upływie którego skazany na karę dożywotniego pozbawienia wolności mógłby się ubiegać o warunkowe zwolnienie – z dotychczasowo-

¹⁶ J. Lachowski, (w:) M. Królikowski, R. Zawłocki (red.), Kodeks kary. Część ogólna, s. 1049.

¹⁷ Postanowienie Sądu Najwyższego z dnia 22 listopada 2001 r., sygn. II KKN 152/01, LEX nr 51603.

¹⁸ L. Wilk, Kara dożywotniego pozbawienia wolności, s. 18.

wych 25 lat do lat 35. Jak wskazano we wstępie, na skutek stwierdzenia niekonstytucyjności w całości tej ustawy z art. 7 w związku z art. 112 oraz z art. 119 ust. 1 Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej nie weszła ona w życie. Nie oznacza to jednak, że ustawodawca jest w jakikolwiek sposób związany orzeczeniem Trybunału co do merytorycznej treści tej nowelizacji. Stwierdzenie niezgodności z Konstytucją tej ustawy wynikało bowiem ze stwierdzenia, że „przebieg procesu legislacyjnego w sprawie ustawy zmieniającej prowadzi do wniosku, że naruszenie unormowań rangi niższej niż konstytucyjne w przypadku ustawy zmieniającej skutkuje jej niezgodnością z art. 7 Konstytucji”. W omawianym zakresie TK nie dokonywał kontroli merytorycznej żadnego z przepisów tej nowelizacji co do zgodności z Konstytucją, wobec czego wspomniany wyrok nie może stanowić przeszkody dla ponownej inicjatywy ustawodawczej w omawianym zakresie. Wspomniany wyrok Trybunału jako ostateczny i powszechnie obowiązujący oznacza, że ustawa ta nie wywołała skutków prawnych, lecz nie oznacza, że charakter tych zmian nie jest dopuszczalny, innymi słowy negatywny wyrok TK co do niezachowania właściwego trybu legislacyjnego nie obejmuje zakresu *res iudicata* merytorycznej treści ustawy¹⁹. Nie przesądza to także o zdezaktualizowaniu się omawianego zagadnienia, wręcz przeciwnie – wymaga ono bliższego przedstawienia dla wskazania, czy ustawodawca ponownie powinien podnieść kwestię wprowadzenia możliwości kary bezwzględnego dożywotniego pozbawienia wolności. W tym celu należy dokonać analizy odpowiednich rozwiązań zawartych w ustawie z 2019 r.

W ramach projektowanego art. 77 § 3 k.k. ustawodawca przewidywał, że wymierzając karę dożywotniego pozbawienia wolności sprawcy za czyn popełniony przez niego po prawomocnym skazaniu za inne przestępstwo na karę dożywotniego pozbawienia wolności albo karę pozbawienia wolności na czas nie krótszy niż 20 lat, sąd może orzec zakaz warunkowego zwolnienia. Orzeczenie zakazu ubiegania się o warunkowe zwolnienie miało mieć więc w tym przypadku charakter fakultatywny pozostawiony uznaniu sądu orzekającego. W projekcie ustawy jednak pierwotnie przewidywano, że w tym przypadku orzeczenie zakazu warunkowego zwolnienia miało mieć charakter obligatoryjny²⁰, z czego słusznie zrezygnowano w toku prac legislacyjnych. Przesłanką do orzeczenia zakazu miało być uprzednie skazanie sprawcy na

¹⁹ Zob. A. Syryt, Skutki wyroków TK przy kontroli trybu uchwalenia ustawy, (w:) M. Bernatt, J. Królikowski, M. Ziółkowski (red.), Skutki wyroków Trybunału Konstytucyjnego w sferze stosowania prawa, Warszawa 2013, s. 240–243.

²⁰ Zob. druk sejmowy nr 3451, Sejm VIII kadencji.

karę dożywotniego pozbawienia wolności lub karę pozbawienia wolności na czas nie krótszy od 20 lat. Trzeba też dodać, iż nowela ta dokonywała istotnej zmiany w zakresie orzekania terminowej kary pozbawienia wolności wprowadzając w miejsce dotychczasowej kary pozbawienia wolności trwającej maksymalnie 15 lat i odrębnej jednostkowej kary 25 lat pozbawienia wolności – jedną karę terminową w wymiarze od 1 miesiąca do 30 lat. Orzeczenie zakazu z art. 77 § 3 k.k. byłoby niezależne od tego, czy sprawca wcześniej skorzystał z warunkowego zwolnienia – przesłanką formalną zawartą w tym przepisie było jedynie uprzednie skazanie na karę dożywotniego pozbawienia wolności lub pozbawienia wolności na czas nie krótszy niż 20 lat. Sprawca mógłby więc popełnić przestępstwo, za które orzekano wobec niego karę dożywotniego pozbawienia wolności i wobec której orzekano zakaz zwolnienia, w trakcie odbywania uprzedniej kary. Istotne było przy tym także to, że przestępstwo to musiało być popełnione po prawomocnym skazaniu go na wspomniane wyżej kary, a więc po uprawomocnieniu się wyroku skazującego. Przepis ten nie zawierał jednak przesłanek merytorycznych dla orzeczenia tego zakazu, wobec czego decyzja sądu w tym względzie powinna się opierać na szczegółowej i wnikliwej ocenie sprawcy i jego przestępstwa i szans na jego resocjalizację. W istocie zatem instytucja ta byłaby swego rodzaju recydywą i sankcją za kolejne popełnienie najcięższych zbrodni po uprzednim wyroku skazującym.

Odrębna przesłanka, na podstawie której sąd fakultatywnie mógłby orzec o zakazie zwolnienia warunkowego z kary dożywotniego pozbawienia wolności, została określona w projektowanym art. 77 § 4 k.k. Na tej podstawie, wymierzając karę dożywotniego pozbawienia wolności sąd mógłby orzec zakaz warunkowego zwolnienia sprawcy, jeżeli charakter i okoliczności czynu oraz właściwości osobiste sprawcy wskazują, iż jego pozostawanie na wolności spowoduje trwałe niebezpieczeństwo dla życia, zdrowia, wolności lub wolności seksualnej innych osób. W tym przypadku, zakaz zwolnienia nie działałby jako sankcja za recydywę, gdyż wymogiem formalnym w art. 77 § 4 k.k. nie miało być uprzednie skazanie sprawcy – koniecznym miało być w tym przypadku spełnienie przesłanek merytorycznych określonych jako trwałe niebezpieczeństwo dla życia, zdrowia, wolności lub wolności seksualnej innych osób, co ma wynikać z charakteru i okoliczności czynu oraz właściwości osobistych sprawcy.

W uzasadnieniu do projektu ustawy, projektodawca wskazał, że „Wyrazić należy pogląd, że w wypadku skazania na dożywotnie pozbawie-

nie wolności za przestępstwo popełnione po prawomocnym skazaniu za inne przestępstwo na karę dożywotniego pozbawienia wolności albo karę pozbawienia wolności na czas nie krótszy niż 20 lat z założenia trudno przyjąć, iż sprawca mógłby skorzystać z takiego dobrodziejstwa. W odniesieniu do fakultatywnego zakazu zaznaczyć warto, że będzie o nim decydować negatywna prognoza społeczno-kryminologiczna, tj. prognoza co do funkcjonowania skazanego w warunkach wolnościowych, nie zaś prognoza penitencjarna, tj. odnosząca się do dalszego funkcjonowania skazanego w zakładzie karnym. Orzeczenie zakazu warunkowego przedterminowego zwolnienia ma na celu skuteczną ochronę społeczeństwa przed szczególnie brutalnymi przestępstwami popełnianymi przez osoby, które w przeszłości już się takich czynów dopuściły, a w ocenie sądu zachodzi wysokie prawdopodobieństwo, że dopuszczą się ich ponownie. Projektowane rozwiązanie powinno zatem znaleźć zastosowanie wobec najbardziej niebezpiecznych sprawców, w przypadku których zarówno względy sprawiedliwościowe, jak i prewencyjne przemawiają za niedokonywaniem na etapie wykonania kary jakichkolwiek modyfikacji jej wymiaru. W odniesieniu do takich przypadków priorytetowe znaczenie ma aspekt eliminacyjny kary pozbawienia wolności²¹. Stanowisko to należy podzielić, przy czym pozytywnie należy się odnieść do zmiany charakteru orzekanego zakazu w trybie art. 77 § 3 k.k. z obligatoryjnego na fakultatywny. Istotnie przecież kara dożywotniego pozbawienia wolności ma mieć charakter eliminacyjny i ma na celu odseparowanie do końca życia sprawcy najcięższych przestępstw od społeczeństwa. Kara ta nie ma mieć celu resocjalizacyjnego i możliwość warunkowego z niej zwolnienia stanowić ma wyjątek w sytuacji, kiedy po odbyciu minimalnego okresu tej kary, postawa sprawcy pozwala na stwierdzenie, że się „zrehabilitował” i nie stanowi już zagrożenia dla społeczeństwa.

Wyraz temu wielokrotnie dawano w orzecznictwie stwierdzając m.in., że „W orzecznictwie utrwalony jest pogląd, że karę dożywotniego pozbawienia wolności jako karę najsurowszą wolno orzekać tylko wówczas, gdy brak jakichkolwiek okoliczności łagodzących, a względ na charakter sprawcy i jego szczególne aspołeczne właściwości każe wnosić, że żadna inna kara nie uchroni przed nim społeczeństwa”²². Trafne jest też stwierdzenie, że „Kara dożywotniego pozbawienia wolności to kara wybitnie odwetowa o charakterze eliminacyjnym (zabez-

²¹ Uzasadnienie druku sejmowego nr 3451, s. 19.

²² Wyrok Sądu Apelacyjnego w Krakowie z dnia 16 stycznia 2019 r., sygn. II AKa 245/18, LEX nr 2718740.

pieczającym), ukierunkowana na funkcje społeczno-prewencyjne oraz izolacyjne. Wprowadzenie kary dożywotniego pozbawienia wolności jako substytutu kary śmierci potwierdza, że jej zasadniczym celem ma być zabezpieczenie społeczeństwa przed niebezpiecznymi sprawcami najpoważniejszych przestępstw²³. Istotne znaczenie ma przy tym także to, że Polska ratyfikowała Protokół nr 6 do Europejskiej Konwencji Praw Człowieka znoszący karę śmierci w czasie pokoju²⁴ oraz Protokół nr 13 znoszący karę śmierci we wszystkich okolicznościach²⁵. Mając to na względzie nie sposób jest postrzegać karę dożywotniego pozbawienia wolności inaczej aniżeli karę eliminacyjną, z odbywania której warunkowo zwolnić można jedynie wyjątkowo. Przeciwnie stanowisko, zasadzające się na stanowisku, że zwolnienie z kary dożywotniego pozbawienia wolności po odbyciu 25 lat pozbawienia wolności nie stanowi wyjątku lecz jest zasadą, prowadzi do wypaczenia istoty i sensu tej kary. Skoro „Karę dożywotniego pozbawienia wolności, jako karę *quasi*-eliminacyjną, należy orzekać – mając na względzie art. 53 k.k. – wobec sprawców, co do których w zasadzie niemożliwe jest uprawnione twierdzenie o możliwości ich resocjalizacji, w sytuacji, w której występuje brak istotnych okoliczności łagodzących, mając nadto na uwadze społeczne poczucie sprawiedliwości”²⁶, to tak samo mając na względzie okoliczności sprawy uzasadnione może być w niektórych wypadkach orzeczenie bezwzględnej kary pozbawienia wolności, co stanowi logiczną konsekwencję kary dożywotniego pozbawienia wolności. Jest rzeczą oczywistą, że w przypadku najcięższych zbrodni, popełnionych w wyjątkowo okrutny i bestialski sposób całkowicie uzasadnione może być stwierdzenie, że sprawca taki nie zasługuje na drugą szansę powrotu do społeczeństwa. Jest to też systemowa konsekwencja zastąpienia kary śmierci karą dożywotniego pozbawienia wolności, którą właśnie najpełniej realizować będzie tzw. bezwzględne dożywocie.

²³ Wyrok Sądu Apelacyjnego we Wrocławiu z dnia 22 listopada 2017 r., sygn. II AKa 323/17, LEX nr 2432036.

²⁴ Protokół nr 6 do Konwencji o Ochronie Praw Człowieka i Podstawowych Wolności, dotyczący zniesienia kary śmierci z dnia 28 kwietnia 1983 r., Dz. U. z 2001 r., Nr 23, poz. 266.

²⁵ Protokół nr 13 do Konwencji o Ochronie Praw Człowieka i Podstawowych Wolności dotyczącego zniesienia kary śmierci we wszystkich okolicznościach z dnia 3 maja 2002 r., Dz. U. z 2014 r., poz. 1155.

²⁶ Wyrok Sądu Apelacyjnego w Warszawie z dnia 14 kwietnia 2016 r., sygn. II AKa 194/15, LEX nr 2109260.

Kara dożywotniego pozbawienia wolności w orzecznictwie Europejskiego Trybunał Praw Człowieka

Pod adresem omawianych przepisów w toku ich opiniowania i na etapie legislacyjnym kierowano szereg zarzutów podważających ich zgodność z Europejską Konwencją Praw Człowieka²⁷. Helsińska Fundacja Praw Człowieka w opinii do projektu ustawy wskazała, że „zmian tych nie da się pogodzić z treścią Konstytucji RP oraz Konwencją o Ochronie Praw Człowieka i Podstawowych Wolności, a także szeregiem rekomendacji międzynarodowych o charakterze *soft law*. Niewątpliwie brak jest podstaw, aby na gruncie Konstytucji RP budować prawo podmiotowe jednostki skazanej na karę pozbawienia wolności do bycia warunkowo przedterminowo zwolnionym. Konstytucja takiej regulacji bowiem nie przewiduje. Niemniej zawiera ona w art. 41 ust 4 nakaz humanitarnego traktowania osób pozbawionych wolności. (...) To podmiotowe traktowanie osoby pozbawionej wolności w istocie nie pozwala pozbawić jej możliwości ubiegania się o warunkowe przedterminowe zwolnienie, a więc nadziei na to, że kiedyś opuści zakład karny, w którym odbywa karę pozbawienia wolności”²⁸. W kolejnym zdaniu HFPC wskazuje, że „Trudno jednak wskazać, aby środek ten był konieczny w demokratycznym państwie prawa, a w szczególności, aby pozostawał w zgodzie z wynikającą z Konstytucji zasadą proporcjonalności. Ten sam skutek, a więc dożywotnie izolowanie sprawców skazanych na dożywotnie pozbawienie wolności, osiągnąć można bowiem już za pomocą obecnie dostępnych środków. Dodatkowo środki te, w przeciwieństwie do proponowanych rozwiązań, cechuje podejmowanie decyzji o ewentualnym warunkowym zwolnieniu lub jego braku na podstawie analizy sytuacji osoby skazanej w chwili podejmowania decyzji o warunkowym zwolnieniu, a nie w chwili skazywania jej przed kilkudziesięciu laty”²⁹. Ze stanowiskiem tym nie można się zgodzić. Po pierwsze zasada proporcjonalności nie stoi na przeszkodzie ku temu, aby móc wymierzyć sprawcy karę dożywotniego pozbawienia wolności. Oczywiście jest, że stopień zagrożenia wynikający z popełnionej przez sprawcę zbrodni, której rozmiary i charakter wykraczają dalece poza „zwykłe

²⁷ Konwencja o Ochronie Praw Człowieka i Podstawowych Wolności sporządzona w Rzymie dnia 4 listopada 1950 r., zmieniona następnie Protokołami nr 3, 5 i 8 oraz uzupełniona Protokołem nr 2, Dz. U. z 1993 r., Nr 61 poz. 284.

²⁸ Opinia do projektu ustawy o zmianie ustawy Kodeks karny i niektórych innych ustaw, Helsińska Fundacja Praw Człowieka, s. 12.

²⁹ *Ibidem*.

zabójstwo” w pełni uzasadnia to, że w demokratycznym państwie prawnym sprawca takiego przestępstwa powinien być dożywotnio bezwzględnie izolowany od społeczeństwa. Nie jest też prawdą twierdzenie, że w obecnym stanie prawnym można osiągnąć ten sam cel – zgoła inny charakter ma orzekanie w przedmiocie warunkowego zwolnienia z kary po upływie okresu uprawniającego do ubiegania się o nie, ponieważ taka sankcja nie daje wyrazu społecznemu poczuciu sprawiedliwości w chwili wyrokowania.

Kluczowym zagadnieniem z omawianego punktu widzenia są jednak zarzuty dotyczące niezgodności omawianych przepisów z EKPCz. HFPC wskazała, że „art. 3 Konwencji zawiera zakaz orzekania bezwzględnego dożywotniego pozbawienia wolności. Na władzach krajowych ciąży zaś obowiązek wprowadzenia mechanizmu oceny, czy u osoby skazanej na tę karę zaszły na tyle znaczące zmiany, by jej dalsza izolacja nie była już uzasadniona realizacją poszczególnych funkcji kary”³⁰. Negatywnie również do pomysłu wprowadzenia omawianej regulacji odnosili się także przedstawiciele wymiaru sprawiedliwości opiniujący ustawę³¹.

Zgodnie z art. 3 Europejskiej Konwencji Praw Człowieka nikt nie może być poddany torturom ani nieludzkiemu lub poniżającemu traktowaniu albo karaniu. Zgodnie zaś z art. 5 ust. 1 lit. a Konwencji, nikt nie może być pozbawiony wolności, z wyjątkiem określonych w tym przepisie przypadków i w trybie ustalonym przez prawo zgodnego z prawem pozbawienia wolności w wyniku skazania przez właściwy sąd. Konwencja nie przewiduje wprost w swoich przepisach zakazu orzekania bezwzględnej kary dożywotniego pozbawienia wolności. W powołanym przez HFPC wyroku Europejskiego Trybunału Praw Człowieka w sprawie Winter i inni przeciwko Wielkiej Brytanii, Trybunał stwierdził, że „W kontekście kary dożywotniego pozbawienia wolności, art. 3 Konwencji musi być interpretowany jako artykuł nakazujący wprowadzenie możliwości redukcji wymierzonej kary, w rozumieniu kontroli pozwalającej władzom krajowym na rozpatrzenie, czy zmiany w życiu osadzonego są tak poważne, a postęp resocjalizacyjny w toku odbywania kary jest tak znaczny, iż oznaczają one, że dalsze pozbawienie wolności nie

³⁰ *Ibidem*.

³¹ Zob. A. Wiśniewski, Pismo do Prezesa Sądu Apelacyjnego w Szczecinie opiniujące projekt ustawy, s. 6–7; J. Giećwicz, Pismo do Prezesa Sądu Okręgowego w Szczecinie opiniujące projekt ustawy, s. 3; Opinia Zespołu ds. Prawa Karnego Stowarzyszenia Sędziów Polskich Iustitia dotycząca projektu ustawy o zmianie ustawy – Kodeks karny oraz niektórych innych ustaw z dnia 5 kwietnia 2019 r., s. 3.

jest uzasadnione z uprawnionych względów penologicznych³². Na skutek tego zmianie ulegała praktyka brytyjskich sądów w przedmiocie orzekania o warunkowym zwolnieniu³³. Z kolei w wyroku *Kafkaris przeciwko Cyprowi*, ETPCz stwierdził, że „Wymierzenie kary dożywotniego pozbawienia wolności dorosłemu sprawcy czynu zagrożonego karą jako takie nie jest zakazane przez art. 3 Konwencji ani nie jest niezgodne z tymże artykułem, jak i nie jest niezgodne z jakimkolwiek innym artykułem Konwencji. Niemniej jednak, wymierzenie dorosłemu sprawcy przestępstwa kary dożywotniego pozbawienia wolności, która nie może podlegać zmniejszeniu, może zrodzić kwestię naruszenia art. 3 Konwencji”³⁴. Już sama potrzeba stwierdzenia przez Trybunał, że wymierzenie dorosłemu sprawcy kary dożywotniego pozbawienia wolności zakrawa na absurd. Tymczasem Trybunał w tym względzie wypowiadał się wielokrotnie, tak jakby mogło to budzić jakiekolwiek wątpliwości³⁵. Trzeba jednak dodać, że zarówno w sprawie brytyjskiej jak i cypryjskiej wyroki te zapadły na tle ustawodawstwa penitencjarnego, związanego z etapem już wykonywanej kary, a nie na gruncie prawa karnego materialnego określającego rozmiar sankcji. Ma to istotne znaczenie dlatego, że Trybunał nie odnosił się w tych judykatach *stricto* do kwestii popełnionego przez skazanego przestępstwa. A ma to zasadnicze znaczenie. Do tej kwestii ETPCz odniósł się w wyroku *Iorgow przeciwko Bułgarii* wskazując, że „Wymierzenie kary dożywotniego pozbawienia wolności pełnoletniemu sprawcy przestępstwa nie jest samo w sobie zabronione przez art. 3 ani przez żaden inny art. Konwencji, ani nie jest z Konwencją niezgodne. Trybunał niemniej jednak uznaje, iż wymierzenie osobie dorosłej dożywotniej kary pozbawienia wolności, która nie może ulec skróceniu, pozbawiając tę osobę wszelkiej nadziei na zwolnienie, może zrodzić kwestię naruszenia art. 3”³⁶. W tej sprawie Trybunał zajmował się sprawą skarżącego, wobec którego nie można było

³² Wyrok Europejskiego Trybunału Praw Człowieka z dnia 9 lipca 2013 r., skarga nr 66069/09, LEX nr 1424788.

³³ K. W a r e c k a, Strasburg: kara dożywocia w Wielkiej Brytanii nie narusza już postanowień Konwencji. *Hutchinson przeciwko Zjednoczonemu Królestwu* – wyrok ETPC z dnia 3 lutego 2015 r., skarga nr 57592/08, LEX 2020.

³⁴ Wyrok Europejskiego Trybunału Praw Człowieka z dnia 12 lutego 2008 r., 21906/04, LEX nr 527593.

³⁵ Zob. B. N i t a - Ś w i a t ł o w s k a, W. H e r m e l i Ń s k i, Kara dożywotniego pozbawienia wolności bez dostępu do warunkowego przedterminowego zwolnienia – refleksje w kontekście gwarancji wynikających z Europejskiej Konwencji Praw Człowieka, *Palestra* 2018, nr 10, s. 22.

³⁶ Wyrok Europejskiego Trybunału Praw Człowieka z dnia 2 września 2010 r., 36295/02, LEX nr 599286.

orzec warunkowego zwolnienia ani nie można było złagodzić orzeczonej wobec niego kary – tym niemniej Trybunał wskazał, że „Prawo krajowe nie pozbawia jednakże skarżącego całej nadziei na zwolnienie lub skrócenie wymierzonej mu kary. W przypadku skarżącego zastosowanie może znaleźć w szczególności jeden z dwóch środków łaski prezydenckiej: ulaskawienie lub złagodzenie kary. W przypadku ulaskawienia skarżący może zostać natychmiastowo i bezwarunkowo zwolniony. W przypadku złagodzenia wymierzonej mu kary, nawet w przypadku złagodzenia jej do zwykłego dożywotniego pozbawienia wolności (z możliwością ubiegania się o przedterminowe zwolnienie), okoliczność ta stworzyłaby możliwość złagodzenia kary przez sąd, a być może zwolnienia warunkowego”³⁷. W konsekwencji Trybunał stwierdził, że „jest świadomy, iż jest to raczej uprawnienie dyskrecjonalne, niż uprawnienie wykonywane przez organ sądowy, a od odmowy zastosowania wskazanego uprawnienia nie można się odwołać. Należy jednakże podkreślić, iż główną kwestią w tej sprawie z punktu widzenia art. 3 Konwencji jest to, czy skarżący może żywić jakąkolwiek nadzieję na zwolnienie. Należy wskazać, iż w prawie krajowym w rzeczy samej istnieje możliwość zmiany wymierzonej skarżącemu kary i jego ewentualnego zwolnienia. Stąd wynika, iż wymierzenie kary dożywotniego pozbawienia wolności bez możliwości jej złagodzenia nie jest karą, która *de iure* nie podlega skróceniu”³⁸. Wynika zatem z tego, że badanie czy skazany zostaje pozbawiony nadziei na wyjście z więzienia nie ogranicza się jedynie do samego orzeczenia i przepisów prawa karnego materialnego i penitencjarnego. Skarżący nie skorzystał z instytucji umożliwiającej mu wniesienie prośby o łaskę prezydenta, zaś ani przepisy krajowe ani działania faktyczne tego mu nie uniemożliwiały, co doprowadziło Trybunał do konkluzji, iż nie doszło do naruszenia art. 3 Konwencji³⁹. Również w sprawie Winter przeciwko Wielkiej Brytanii Trybunał wskazał, że „względy te nie oznaczają, iż obowiązkowo orzekana kara dożywotniego pozbawienia wolności bez możliwości przedterminowego, warunkowego zwolnienia, jest jako taka niezgodna z Konwencją, mimo że trend obowiązujący w Europie wyraźnie opowiada się przeciwko stosowaniu takich kar. Względy te natomiast oznaczają, iż istnieje znacznie większe prawdopodobieństwo, że taka kara będzie rażąco nieproporcjonalna, niż w przypadku jakiegokolwiek innego rodzaju kary dożywotniego pozbawienia wolności, zwłaszcza wówczas,

³⁷ *Ibidem*.

³⁸ Pkt. 50–53 orzeczenia.

³⁹ Pkt. 58–60 orzeczenia.

gdy wymaga od sądu nieuwzględniania okoliczności łagodzących, które powszechnie są rozumiane jako okoliczności oznaczające znacznie niższy poziom zawinienia ze strony oskarżonego, tak jak to się dzieje w przypadku przestępców młodocianych lub osób z poważnymi zaburzeniami psychicznymi. Należy zatem uznać, że wobec braku takiej rażącej nieproporcjonalności, kwestia naruszenia art. 3 będzie pojawiać się w przypadku obowiązkowo orzekanej kary dożywotniego pozbawienia wolności bez możliwości przedterminowego, warunkowego zwolnienia w taki sam sposób, jak w przypadku fakultatywnie orzekanej kary dożywotniego pozbawienia wolności, to jest wówczas, gdy można wykazać: (i) iż dalsze pozbawienie skarżącego wolności nie może być dłużej zasadne ze względu na żadne podstawy o charakterze penologicznym, oraz (ii) (...) zarówno faktycznie, jak i w świetle prawa, nie istnieje żadna możliwość skrócenia kary⁴⁰. W tej sprawie Trybunał wszak też nie uznał, ażeby doszło do naruszenia art. 3 Konwencji, ponieważ, podobnie jak w sprawie bułgarskiej, skazanemu na dożywotnie pozbawienie wolności bez możliwości ubiegania się o wcześniejsze zwolnienie, przysługuje prawo zwrócenia się z powodów humanitarnych do sekretarza stanu. Trybunał przy tym podniósł, że „Przestępstwo, którego się dopuścił, stanowiło szczególnie brutalne i bezwzględne zabójstwo, a skarżący dopuścił się go w trakcie przedterminowego, warunkowego zwolnienia z odbywania kary dożywotniego pozbawienia wolności za wcześniej popełnione zabójstwo. Mimo przedstawienia dowodów na pogorszenie się jego stanu psychicznego w tym czasie, należy uznać, że jego dalsze pozbawienie wolności służy uzasadnionym prawnie celom penologicznym w postaci wymierzenia kary i prewencji ogólnej”⁴¹. Nie jest zatem prawidłowe stwierdzenie, że art. 3 Konwencji uniemożliwia państwom stronom orzeczenie tzw. bezwzględnej kary dożywotniego pozbawienia wolności.

Nieco inaczej w tej kwestii wypowiedział się ETPCz w sprawie Magyar przeciwko Węgrom stwierdzając, że „Art. 3 Konwencji musi być interpretowany jako artykuł nakazujący wprowadzenie możliwości redukcji wymierzonej kary, w rozumieniu kontroli pozwalającej władzom krajowym na rozpatrzenie, czy zmiany w życiu osadzonego są tak poważne, a postęp resocjalizacyjny w toku odbywania kary jest tak znaczny, iż oznacza to, że dalsze pozbawienie wolności nie jest uzasadnione z uprawnionych względów penologicznych. (...) Z tego stwierdzenia wynika, iż wówczas, gdy prawo krajowe nie przewiduje

⁴⁰ Pkt 80–93 wyroku z dnia 9 lipca 2013 r., skarga nr 66069/09.

⁴¹ Z uzasadnienia wyroku ETPCz w sprawie Winter, 66069/09.

możliwości odnośnej kontroli, to całokształt kary dożywotniego pozbawienia wolności nie będzie realizować standardów art. 3 Konwencji⁴². Dalej Trybunał dodał, że „w sprawach, w których kara, w chwili jej wymierzenia, nie może podlegać skróceniu w świetle prawa krajowego, nieracjonalnym byłoby oczekiwanie od osadzonego, iż ten będzie pracować nad własną resocjalizacją nie wiedząc, czy w nieokreślonej przyszłości zostanie wprowadzony mechanizm pozwalający mu, na podstawie tejże resocjalizacji, ubiegać się o zwolnienie. Osoba skazana na karę dożywotniego pozbawienia wolności ma prawo wiedzieć, od początku kary, co zrobić, aby ubiegać się o zwolnienie, i na jakich warunkach zwolnienie to może nastąpić, włącznie z momentem, w którym może zostać przeprowadzona kontrola wyroku lub w którym powstaje możliwość wniesienia o przeprowadzenie takiej kontroli. W konsekwencji wówczas, gdy prawo krajowe nie przewiduje żadnego mechanizmu ani możliwości kontroli kary dożywotniego pozbawienia wolności, niezgodność z art. 3 istnieje już w momencie wymierzenia kary dożywotniego pozbawienia wolności, a nie na późniejszym etapie pozbawienia wolności⁴³. Podobne stanowisko zawarł Trybunał w sprawie przeciwko Ukrainie wskazując że „Europejska polityka karna kładzie obecnie nacisk na resocjalizacyjny cel pozbawienia wolności, nawet w przypadku dożywocia. Osobom dożywotnio pozbawionym wolności należy zapewnić możliwość resocjalizacji⁴⁴ oraz dalej wskazując, że „tylko jeden wniosek o udzielenie prawa łaski, skierowany przez osobę odbywającą karę dożywotniego pozbawienia wolności, został do tej pory na Ukrainie uwzględniony. Ze statystycznego punktu widzenia to pokazuje, iż w praktyce osoby skazane na karę dożywocia mają pomijalne szanse na uwzględnienie ich wniosków o udzielenie prawa łaski⁴⁵. Trzeba jednak dodać, iż ETPCz swój werdykt oparł na całokształcie sprawy i okoliczności odbywania kary dożywotniego pozbawienia wolności, a w niniejszym stanie faktycznym istotne było także to, że na Ukrainie osoby skazane na dożywotnie pozbawienie wolności odbywają karę oddzielnie od pozostałych skazańców i przebywają w celi 23 godziny na dobę⁴⁶. Jeszcze bardziej krytycznie ETPCz wypowiedział się w sprawie Viola

⁴² Wyrok Europejskiego Trybunału Praw Człowieka z dnia 20 maja 2014 r., 73593/10, LEX nr 1460574.

⁴³ *Ibidem*.

⁴⁴ Wyrok Europejskiego Trybunału Praw Człowieka z dnia 12 marca 2019 r., 41216/13, LEX nr 2630345.

⁴⁵ *Ibidem*.

⁴⁶ Zob. uzasadnienie wyroku.

przeciwko Włochom, wskazując że „Władze powinny dać więźniowi skazanemu na karę dożywotniego więzienia realną szansę powrotu do społeczeństwa. Wchodzi tu wyrażnie w grę obowiązek pozytywny podjęcia oczekiwanych działań, a nie rezultatu. Oznacza on potrzebę zagwarantowania takim więźniom reżimów penitencjarnych, których celem jest umożliwienie postępów na drodze do zwolnienia”⁴⁷. Orzeczenie to spotkało się z krytyką włoskich władz⁴⁸. Podobnie Trybunał wypowiedział się na gruncie skarg skierowanych przeciwko Turcji⁴⁹. Istotne jest jednak także to, że aż w 40 przypadkach skarżących z Turcji, skazani byli członkami uznawanych w Turcji za nielegalne i terrorystyczne partii politycznych i organizacji⁵⁰. W szeregu również skarg, w których Trybunał stwierdził naruszenie art. 3 Konwencji względem osób pozbawionych dożywotnio wolności, podstawę dla tego stanowiły warunki odbywania kary oraz sposób traktowania więźniów⁵¹.

Z powyższego wynika, że orzecznictwo Europejskiego Trybunału Praw Człowieka co do możliwości orzekania bezwzględego pozbawienia wolności bez prawa do warunkowego zwolnienia jest niejednolite. Wbrew przedstawianym w toku opiniowania ustawy projektem, Trybunał nie wyklucza takiej możliwości, pod warunkiem, że istnieją inne prawne i faktyczne możliwości zwolnienia skazanego, jak np. prawo łaski. Nawet jednak w przypadku późniejszych wyroków bardziej krytycznie odnoszących się do tego zagadnienia, nie można podzielić wniosku o kategorycznym zakazie orzekania bezwzględego dożywotnia. Trybunał w orzecznictwie kładzie duży nacisk na to, ażeby mimo orzeczenia kary dożywotniego pozbawienia wolności, w stosunku do sprawcy nadal realizowane były cele resocjalizacyjne kary i z tym należy się zgodzić. Twierdzenie jednak jakoby trzymanie skazanego w niepewności co do tego, czy na

⁴⁷ M. A. Nowicki, Kara dożywotniego więzienia bez możliwości wcześniejszego zwolnienia. Omówienie wyroku ETPC z dnia 13 czerwca 2019 r., 77633/16 (Viola), LEX/el 2020.

⁴⁸ Strona internetowa dziennika Gazeta.pl <https://wiadomosci.gazeta.pl/wiadomosci/7,114881,25296505,trybunal-w-strasburgu-kara-dozywocia-jest-niehumanitarna-wloski.html?fbclid=IwAR337a1PhC-2r18LjE_ve6ISGwUJrFfgR7P7FDsFKgozBG2gIkUIX7Y7fIA>, „Trybunał w Strasburgu: Kara dożywotnia jest niehumanitarna. Włoski minister: „Przepraszam, to żarty?””, dostęp 22 czerwca 2020 r.

⁴⁹ B. Nita-Światłowska, W. Hermeliński, Kara dożywotniego pozbawienia wolności bez dostępu do warunkowego przedterminowego zwolnienia, s. 25.

⁵⁰ E. Dawidziuk, A. Kosyło, M. Niełaczna, Więźniowie dożywotni przed Europejskim Trybunałem Praw Człowieka w Strasburgu, (w:) A. Rzepliński, M. Ejchart-Dubois, M. Niełaczna (red.), Dożywotnie pozbawienie wolności. Zabójca, jego zbrodnia i kara, Warszawa 2017, dostęp Legalis.

⁵¹ *Ibidem*.

skutek łaski, która jest w takim przypadku jedyną możliwością zwolnienia z kary, wyjdzie on na wolność narusza jego godność jest absolutnie nie do przyjęcia. Negatywnie należy się odnieść też do tych poglądów, które postrzegają prawo łaski jako niewystarczający środek dla zwolnienia z kary. Jednym z elementów przemawiających za zastosowaniem przez Prezydenta z prawa łaski (art. 139 Konstytucji RP) są właśnie względy humanitarne, na co zwrócił uwagę Sąd Apelacyjny w Krakowie wskazując, że „Do stosowania prawa łaski można sięgnąć dopiero, gdy zwykłe środki przewidziane przez prawo nie są już wystarczające, zaś względy sprawiedliwości i humanitaryzmu domagają się reformacji sytuacji prawnej skazanego”⁵². I choć art. 139 Konstytucji nie wymienia żadnych przesłanek, którymi kierować winien się Prezydent, to posiłkowo w tym zakresie można się także odwołać do art. 563 k.p.k. określającego przesłanki jakimi winien kierować się sąd opiniując prośbę o ulaskawienie. Zastosowanie prawa łaski, choć stanowi dyskrecyjne uprawnienie Prezydenta i nie podlega ono kontroli ani nie wymaga uzasadnienia⁵³, nie powinno być postrzegane jako nieefektywny środek w świetle postulatów stawianych przez ETPCz wobec kary dożywotniego pozbawienia wolności. Oczekiwanie Trybunału, że skazani w każdych warunkach „powinni mieć prawo do uruchomienia procedury oceny potrzeby dalszego pozbawienia wolności po odbyciu nie więcej niż 25 lat kary, a ponadto w późniejszym okresie – w rozsądnych odstępach czasowych”⁵⁴ jest nie do pogodzenia z potrzebą zapewnienia poczucia społecznej sprawiedliwości w przypadkach najokrutniejszych przestępstw. Nie można się zgodzić z kierunkiem, w którym zmierza orzecznictwo europejskie, które wyeliminowało karę śmierci, a następnie ogranicza możliwość dożywotniej bezwzględnej izolacji sprawców najcięższych przestępstw. Z tego samego powodu nie do zaakceptowania jest pogląd wyrażony w rekomendacjach Komitetu Ministrów Rady Europy dotyczących warunkowego zwolnienia, w których wskazano, że skazani na dożywotnie pozbawienie wolności nie powinni być pozbawieni nadziei na odzyskanie wolności „bo – po pierwsze – nie można stwierdzić, że wszyscy skazani na karę dożywotniego pozbawienia wolności zawsze będą stanowić zagrożenie dla

⁵² Postanowienie Sądu Apelacyjnego w Krakowie z dnia 20 lutego 2019 r., sygn. II AKo 14/19, LEX nr 2707061.

⁵³ P. Czarny, (w:) P. Tuleja (red.), Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej. Komentarz, Warszawa 2019, s. 417.

⁵⁴ B. Nita-Światłowska, Możliwość orzeczenia kary dożywotniego pozbawienia wolności bez dostępu do warunkowego przedterminowego zwolnienia jako przeszkoda ekstradycyjna wynikająca z Europejskiej Konwencji Praw Człowieka, Europejski Przegląd Sądowy 2017, s. 29.

społeczeństwa, a nadto pozostawanie w warunkach pozbawienia wolności przez osoby, które nie mają żadnej nadziei na zwolnienie, stwarza poważne problemy przy próbach tworzenia zachęt do współpracy i radzenia sobie z destruktywnym zachowaniem, realizacji programów rozwoju osobistego, organizacji planów wykonywania kary i zapewnienia bezpieczeństwa”⁵⁵.

Niezależnego od tego, nie można się jednak zgodzić z tym stanowiskiem Trybunału w Strasburgu, które sprowadza się do tego, że pozbawienie skazanego szansy na opuszczenie więzienia jest niehumanitarne. Kara bezwzględnego pozbawienia wolności musi być postrzegana jako proste przełożenie z kary śmierci – prostą i logiczną konsekwencją tego, że wobec sprawcy nie można wymierzyć kary śmierci jest to, że zostaje on pozbawiony prawa ubiegania się o zwolnienie. Niezrozumiałe jest stanowisko Trybunału, które zakłada konieczność weryfikowalności i skracalności orzeczonej kary dożywotniego więzienia. Trybunał przyjął bowiem jako zasadę, że kara dożywotniego pozbawienia wolności powinna móc być skracana. Tymczasem powinno być zgoła inaczej. Jako instytucja wyjątkowa, weryfikowanie na etapie wykonywania kary dożywotniego pozbawienia wolności powinno stanowić wyjątek. Ponadto w szczególnych przypadkach związanych z wyjątkowo brutalnym charakterem przestępstwa sąd powinien móc mieć możliwość orzeczenia *a limine* zakazu zwolnienia. W takim przypadku, zupełnie wystarczający środek temu służący stanowić może prawo łaski. Trybunał zapomina przy tym najwyraźniej, do czego zdolni są ludzie. W historii wskazać można wiele przypadków zbrodni, w przypadku których orzeczona powinna być jak najsurowsza kara. Oczekiwanie ze strony ETPCz, że sprawca taki powinien mieć choć teoretyczną możliwość ubiegania się o zwolnienie i twierdzenie, że pozbawienie go tej możliwości jest niehumanitarne godzi w logikę i podstawowe, rudymentarne poczucie ludzkiej sprawiedliwości. Jest oczywiste, że w niektórych przypadkach ogrom zbrodni, „zezwierzęcenie” sprawcy przejawiające się w brutalności działania i zdehumanizowaniu ofiar, z całą stanowczością wymaga tego, aby sprawca taki został pozbawiony jakiejkolwiek możliwości powrotu do społeczeństwa. Całkowicie nie można się zgodzić z opinią wyrażoną przez Krakowski Instytut Prawa Karnego pod adresem omawianego rozwiązania, przy czym jeszcze w brzmieniu zakładającym obligatoryjny zakaz zwolnienia z kary w pierwotnej wersji ustawy, w której stwierdzono, że „Jest to przejaw niehumanitarnego trakto-

⁵⁵ *Ibidem*, s. 25.

wania osoby pozbawionej wolności, zbliżonego do tortury psychicznej; w konkretnym przypadku może być to kara nieproporcjonalna do okoliczności czynu⁵⁶. Nie jest również przekonujące stwierdzenie, że rozwiązanie to uniemożliwia zwolnienie z kary w sytuacji „odpadnięcia” dalszej potrzeby jej stosowania. Skoro przecież w przypadku projektowanego art. 77 § 3 k.k. wymagane było uprzednie skazanie na karę dożywotniego pozbawienia wolności lub 20 lat pozbawienia, zaś w przypadku art. 77 § 4 k.k. ustawodawca określił wąskie przesłanki jego zastosowania, to niepodobnym i życzeniowym stwierdzeniem jest, że w stosunku do takiego sprawcy znajdą takie okoliczności wynikłe ze zmiany jego postawy, że uzasadnione będzie jego zwolnienie. Państwa strony Konwencji muszą mieć możliwość pełnej eliminacji ze społeczeństwa sprawców przestępstw najokrutniejszych i bestialskich, co po wyeliminowaniu kary śmierci zarówno w czasie pokoju jak i wojny, może zostać osiągnięte jedynie w drodze bezwzględnie orzeczonej kary dożywotniego pozbawienia wolności. Nie do przyjęcia jest oczekiwanie ze strony Trybunału, że w stosunku do sprawcy takiego przestępstwa należy zastosować humanitarny rodzaj kary pozwalający mu w przyszłości opuścić więzienie, skoro nie okazał on człowieczeństwa w stosunku do ofiary. Ponadto można odnieść wrażenie, że orzecznictwo Trybunału nie skupia się na konkretnych okolicznościach czynu skazanego, lecz w sposób abstrakcyjny odnosi się do potrzeby zapewnienia skazanym możliwości warunkowego zwolnienia. Taki zaś zabieg w ocenie autora jest nieuprawniony z uwagi na ogromną dysproporcję między poszczególnymi okolicznościami różnych przestępstw, które niekiedy w sposób absolutnie pewny uzasadniają potrzebę wymierzenia najsurowszej z kar. Warto jest też odnotować na koniec tytułem przykładu, że karę dożywotniego pozbawienia wolności bez możliwości ubiegania się o warunkowe zwolnienie orzeczono w stosunku do zamachowca z Christchurch w Nowej Zelandii⁵⁷, będącej stroną Międzynarodowego Paktu Praw Obywatelskich i Politycz-

⁵⁶ A. Barczak-Oplustil, W. Górowski, M. Iwański, M. Małecki, W. Zontek, Sz. Tarapata, W. Wróbel, J. Duda, *Opinia w sprawie uchwalonej przez Sejm Rzeczypospolitej Polskiej na 81. posiedzeniu w dniu 16 maja 2019 r. ustawy o zmianie ustawy – Kodeks karny oraz niektórych innych ustaw*. Druk senacki nr 1184, s. 11.

⁵⁷ Nowa Zelandia: Bezwzględne dożywocie dla zamachowca z Christchurch, https://www.rp.pl/Terroryzm/200829487-Nowa-Zelandia-Bezwzgledne-dozywocie-dla-zamachowca-z-Christchurch.html?fbclid=IwAR0pwTO9Ki_OmxJEduenIat-tEBWvYJpx3ZfgeHEM25wKEtCm7fjzYAnMFU.

nych⁵⁸, który w art. 7 również przewiduje zakaz tortur i poniżającego traktowania, zaś w art. 10 ust. 1 nakaz humanitarnego traktowania osób pozbawionych wolności.

Zakończenie

Podsumowując powyższe rozważania, stwierdzić należy, że zaproponowane w ramach nowelizacji kodeksu karnego w 2019 r. rozwiązanie umożliwiające sądowi fakultatywnie orzeczenie zakazu zwolnienia warunkowego osoby skazanej na karę dożywotniego pozbawienia wolności było ideą słuszną. Trafnie ustawodawca zrezygnował z pierwotnie obligatoryjnego charakteru orzekania tego zakazu w przypadku ponownego skazania na karę dożywotniego pozbawienia wolności pozostawiając w tym zakresie decyzję sędziowskiemu uznaniu. W tej sytuacji, decyzję o zastosowaniu tej instytucji każdorazowo po szczegółowym przeanalizowaniu okoliczności sprawy i charakteru czynu podejmować miałyby wyłącznie sąd. Przesłanki określone w projektowanych nowelą z 2019 r. art. 77 § 3 i 4 k.k. pozwalają przyjąć, że stosowanie ich ograniczone miało być do sytuacji wyjątkowych, cechujących się niezwyklej brutalnością w działaniu sprawcy, z czego wynikać miało przyjęcie przez sąd stanowiska, że sprawca taki stanowić będzie zagrożenie dla społeczeństwa przez całe życie, a osiągnięcie celów resocjalizacyjnych kary jest nie tylko niemożliwe ale i celowe. Dla uwypuklenia tego celu, w ramach postulatów *de lege ferenda* zaproponować należy ponowienie inicjatywy ustawodawczej w tym kierunku, przy czym ustawodawca powinien wyraźnie i w sposób wąski zakreślić przesłanki uzasadniające zakaz warunkowego zwolnienia z kary dożywotniego pozbawienia wolności. W tym celu ustawodawca powinien odwołać się do cech podmiotowych i przedmiotowych przestępstwa, wskazując na rozmiar zbrodni, charakter i brutalność i działania, sadyzm działania sprawcy i jego osobowość, do czego nawiązywał w sposób częściowy art. 77 § 4 k.k. Oparcie się jedynie na przesłance formalnej, tak jak uczynił to ustawodawca w art. 77 § 3 k.k., wydaje się być niewystraszające z punktu widzenia orzecznictwa europejskiego. Dodać przy tym należy, że nie stanowi przeszkody w tym zakresie wyrok Trybunału Konstytucyjnego w sprawie Kp 1/19, ponieważ nie dotyczył on treści zakwestionowanej nowelizacji,

⁵⁸ Międzynarodowy Pakt Praw Obywatelskich i Politycznych otwarty do podpisu w Nowym Jorku dnia 19 grudnia 1966 r., Dz. U. z 1977 r., Nr 38 poz. 167.

lecz jedynie trybu jej uchwalenia. Nie powoduje on zatem utraty aktualności omawianego zagadnienia.

Niezależnie od tego możliwość wprowadzenia zakazu warunkowego zwolnienia z kary dożywotniego pozbawienia wolności w sytuacjach związanych ze szczególnym okrucieństwem działania sprawcy jest zasadna. W tym względzie nie można podzielić zapatrywań Europejskiego Trybunału Praw Człowieka i tych przedstawicieli doktryny, którzy karę taką postrzegają jako niehumanitarną. Sprzeciw, jako sprzeczne z podstawowymi elementami społecznego poczucia sprawiedliwości, budzi to, że sprawca najokrutniejszego przestępstwa popełnionego w bestialski sposób traktowany jest w pobłażliwy sposób i okazywane mu jest więcej humanitaryzmu niż okazał on ofierze. Niehumanitarnym z punktu widzenia rodziny ofiary i społeczeństwa jest to, że skazany na dożywotnie pozbawienie wolności posiada *de lege lata* nadzieję, że po upływie 25 lat lub więcej, jeśli tak orzeknie sąd, będzie miał szansę na odzyskanie wolności. W sytuacji, kiedy zniesiona została kara śmierci zarówno w czasie pokoju jak i wojny, państwa strony Konwencji muszą mieć możliwość całkowicie eliminacyjnego wymierzenia kary dożywotniego pozbawienia wolności.

Prison sentence of life without parole in the light of case law of the European Court of Human Rights

Abstract

In the current legal regime, an offender sentenced to life imprisonment may apply for parole after he has served 25 years (or any longer term specified by the court). As part of the draft amendment to the Criminal Code, the legislator demanded a prison sentence of life without parole so that an offender is never to be released. Although the amendment has not been introduced, it does not mean that the solution proposed therein does not deserve approval. Thus, it needs to be explored in detail. The purpose of this paper is to discuss the essence and legitimacy of the amendment. Compliance of the amendment with the European Convention on Human Rights is at the heart of the discussion. It is argued that, for exceptionally brutal offences, the State

Parties to the Convention should be able to prohibit offenders from being released, except on humanitarian grounds after offenders have been granted pardon.

Key words

Life sentence, prison sentence of life without parole, principle of humanity, human rights.

Piotr Poniatowski*

Przestępstwo urojone – wybrane prawnokarne aspekty

Streszczenie

*Opracowanie poświęcone jest kwestii urojenia przestępstwa, a także konsekwencji, jakie mogą wynikać z tego faktu na gruncie prawa karnego materialnego. Autor odnosi się do dwóch grup zagadnień: błędnego przyjęcia przez określoną osobę, że zachowanie, którego się dopuściła jest zabronione pod groźbą kary jako przestępstwo (*delictum putativum*), a także urojenia, że inna osoba dopuściła się czynu realizującego ustawowe znamiona przestępstwa. Problematyka ta rozważana jest w różnych kontekstach, zarówno jeśli chodzi o część ogólną, jak i szczególną Kodeksu karnego.*

Słowa kluczowe

*Przestępstwo urojone, *delictum putativum*, usiłowanie nieudolne.*

Przedmiotem niniejszego artykułu jest problematyka urojenia przestępstwa i prawnokarnych konsekwencji tego faktu. Odniosę się do urojenia „własnego” przestępstwa (chodzić więc będzie o konstrukcję nazywaną w doktrynie *delictum putativum*), a także do sytuacji, w której określonej osobie błędnie wydaje się, że ktoś inny dopuścił się czynu zabronionego pod groźbą kary jako przestępstwo.

1. *Delictum putativum*

Przez przestępstwo urojone (*delictum putativum*) rozumie się w literaturze rodzaj błędu co do prawa polegający na tym, że danej osobie mylnie wydaje się, że to co robi jest zabronione pod groźbą kary¹. Chodzi więc o urojenie bezprawności karnej.

* dr Piotr Poniatowski, adiunkt w Katedrze Prawa Karnego i Kryminologii, Wydziału Prawa i Administracji UMCS w Lublinie, ORCID: 0000-0001-9712-0663.

O przestępstwie urojonym wspomina się najczęściej przy okazji omawiania usiłowania nieudolnego, chociaż w istocie są to konstrukcje różne od siebie². Wynika to z tego, że dochodzi czasem do pomieszania tych pojęć, w związku z czym zachodzi potrzeba wyraźnego ich odróżnienia³. Historia błędzenia w tej materii jest w polskiej literaturze długa. Już w XIX w. S. Budziński przypadki usiłowania nieudolnego nazywał przestępstwem mniemanym (*delictum putativum*, *Wahnverbrechen*)⁴. Oczywiście pogląd tego autora był wyrażony na gruncie innego stanu nauki prawa karnego niż ten, który istnieje dzisiaj, dlatego też należy zachować ostrożność w kwalifikowaniu go jako całkowicie nietrafny. Błędne wnioski można zauważyć u L. Peipera⁵ i W. Makowskiego⁶. Na tle art. 164 § 1

¹ Zob. m.in. S. Śliwiński, *Prawo karne materialne. Część ogólna*, Warszawa 1946, s. 321–322; W. Wolter, *Prawo karne. Zarys wykładu systematycznego. Część ogólna*, cz. I, Warszawa 1947, s. 249–250, 333–334; *idem*, *Nauka o przestępstwie*, Warszawa 1973, s. 245; J. Makarewicz, *Przestępstwo urojone*, *Gazeta Sądowa Warszawska* 1938, nr 48, s. 684–685; I. Andrejew, *Polskie prawo karne w zarysie*, Warszawa 1989, s. 203; W. Świda, *Prawo karne*, Warszawa 1986, s. 205–206; K. Mioduski, (w:) J. Bafia, K. Mioduski, M. Siewierski, *Kodeks karny. Komentarz*, Warszawa 1977, s. 56; R. A. Stefański, *Przestępstwo urojone*, *Prokuratura i Prawo* 2008, nr 3, s. 31–32; D. Jagiełło, *Przestępstwo urojone, a zasada nullum crimen sine lege*, (w:) I. Sepioło (red.), *Nullum crimen sine lege*, Warszawa 2013, s. 73–75; N. H. Kriegsmann, *Wahnverbrechen und untauglicher Versuch*, Breslau 1904, s. 2–3; G. Pusinelli, *Das Wahnverbrechen*, *Juristische Rundschau* 1951, nr 7, s. 196; F. von Liszt, *Lehrbuch des Deutschen Strafrechts*, Berlin 1900, s. 160; K. H. Gössel, (w:) R. Maurach, K. H. Gössel, H. Zipf, D. Dölling, C. Laue, J. Renzikowski, *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, cz. 2, Erscheinungsformen des Verbrechens und Rechtsfolgen der Tat, C. F. Müller 2014, s. 95.

² Zob. m.in. W. Wolter, *Prawo karne...*, s. 333; K. Mioduski, (w:) *Kodeks karny...*, s. 56; M. Mozgawa, (w:) M. Mozgawa (red.), *Prawo karne materialne. Część ogólna*, Warszawa 2011, s. 312; W. Wróbel, A. Zoll, *Polskie prawo karne. Część ogólna*, Kraków 2013, s. 240; K. Wiak, (w:) A. Grześkowiak, K. Wiak (red.), *Kodeks karny. Komentarz*, Warszawa 2018, komentarz do art. 13, nb. 31; A. Liszewska, (w:) R. Dębski (red.), *System Prawa Karnego*, t. 3, *Nauka o przestępstwie. Zasady odpowiedzialności*, Warszawa 2017, s. 822; T. Sroka, (w:) M. Królikowski, R. Zawłocki (red.), *Kodeks karny. Część ogólna. Komentarz*, Warszawa 2017, komentarz do art. 13, nb. 60.

³ Na brak ścisłego rozróżnienia tych konstrukcji zwracał uwagę W. Wolter (*Prawo karne...*, s. 333–334; *Nauka...*, s. 282), a w doktrynie niemieckiej już przeszło 100 lat temu – F. von Liszt (*Lehrbuch...*, s. 160).

⁴ S. Budziński, *Wykład porównawczy prawa karnego*, Warszawa 1868, s. 108–111, 168.

⁵ L. Peiper, *Komentarz do kodeksu karnego*, Kraków 1936, s. 92. Autor ten wskazywał, że: „Przestępstwo usiłowane musi być przestępstwem rzeczywistym tj. uznaniem za przestępstwo przez kodeks karny, nie zaś przestępstwem urojonym (*delictum putativum*) tj. działaniem, które sprawca błędnie za przestępstwo poczytuje np. ktoś dopuszcza się czynu nierządnego na osobie 16-letniej w przekonaniu, że osoba ta nie

Kodeksu karnego z 1969 r. Sąd Apelacyjny w Łodzi wyraził następujący błędny pogląd: „karalne uchylanie (się od udzielenia pomocy – przyp. aut.) może mieć miejsce tylko wówczas, gdy nastąpiło w tym czasie, kiedy człowiek oczekujący pomocy znajdował się jeszcze w położeniu grożącym mu bezpośrednim i rzeczywistym niebezpieczeństwem utraty życia, ciężkiego uszkodzenia ciała lub ciężkiego rozstroju zdrowia. Przy braku takiego zagrożenia z różnych możliwych przyczyn w tym także, gdy nastąpił już zgon, zagrożenie było jedynie symulowane itp. nie może być mowy o odpowiedzialności karnej osoby, która rezygnując z udzielenia pomocy nie знаła tych okoliczności, a jednocześnie miałaby nawet pełną świadomość, że swoim zachowaniem wypełnia wszystkie ustawowe znamiona przestępstwa z art. 164 § 1 k.k. Tego rodzaju postawa świadczyłaby o błędzie co do prawa określanym jako przestępstwo urojone (*delictum putativum*)”⁷. W sytuacji opisanej przez Sąd Apelacyjny w Łodzi należałoby przyjąć karalne usiłowanie nieudolne z uwagi na brak przedmiotu nadającego się do popełnienia na nim czynu zabronionego (brak człowieka znajdującego się w położeniu grożącym bezpośrednim niebezpieczeństwem utraty życia albo ciężkiego uszczerbku na zdrowiu)⁸. Również na gruncie obowiązującego Kodeksu karnego można

ukończyła jeszcze lat 15 (art. 203) albo ktoś usiłuje zaboru rzeczy własnej, uważając ją za cudzą (art. 257 § 1)”. Na gruncie przestępstwa składania fałszywych zeznań L. Peiper stwierdził z kolei, że: „Nie podpadnie pod art. 140 zeznanie prawdziwe, choćby go zeznający uważał za fałszywe (*delictum putativum*) (...)” (*ibidem*, s. 293). Ten drugi pogląd poddał trafnej krytyce J. Makarewicz (Przestępstwo..., s. 684–685). Przykłady podane przez L. Peipera stanowią oczywiście usiłowanie nieudolne.

⁶ W. Makowski, Kodeks karny. Komentarz, Warszawa 1937, s. 454. Autor ten, podobnie jak L. Peiper, uważał, że: „Subiektywne przekonanie świadka, że mówi nieprawdę, jeżeli wskutek błędu z jego strony podawany przezeń fakt jest obiektywnie prawdziwy, nie wystarcza do uznania karalności czynu; będzie to przestępstwo urojone, nie ulegające karze”. Zob. też rozważania W. Makowskiego poczynione jeszcze na gruncie praw byłych państw zaborczych (Prawo karne. Część ogólna. Wykład porównawczy prawa karnego austriackiego, niemieckiego i rosyjskiego obowiązującego w Polsce, Warszawa – Lublin – Łódź – Poznań – Kraków b.d.w., s. 201–204).

⁷ Wyrok z dnia 14 marca 1996 r., sygn. II AKa 26/96, LEX nr 268164. Krytycznie do tego poglądu odniósł się J. Satko w głosie do tego orzeczenia (Orzecznictwo Sądów Polskich 1997, nr 9).

⁸ Zob. A. Marek, Istota nieudolnego usiłowania przestępstwa, Ruch Prawniczy, Ekonomiczny i Socjologiczny 1968, z. 1, s. 99, a także wyrok Sądu Najwyższego z dnia 3 września 1964 r., sygn. V K 517/64, Nowe Prawo 1965, nr 1, s. 96–98. S. Śliwiński – podając przykład przestępstwa nieudzielenia pomocy (art. 247 k.k. z 1932 r.) – trafnie podkreślił, że przy przestępstwach z zaniechania „przedmiotem” jest twór materialny, względem którego sprawca powinien wykonać prawem nakazaną pozytywną czynność ochronną (Prawo karne..., s. 316). Warto w tym kontekście na marginesie odnieść się do spotykanej w praktyce sytuacji potrącenia samochodem zwierzęcia. Wyobraźmy so-

spotkać się z poglądami mieszającymi problem przestępstwa urojonego i usiłowania nieudolnego. W uchwale z dnia 19 stycznia 2017 r. składu 7 sędziów Sądu Najwyższego stwierdzono, że: „nie będzie usiłowaniem nieudolnym w rozumieniu art. 13 § 2 k.k. zachowanie osoby, które nie może doprowadzić do dokonania czynu zabronionego wtedy, gdy nieskuteczność zmierzania do dokonania wynika z innych przyczyn niż brak przedmiotu nadającego się do dokonania na nim czynu zabronionego lub użycie środka nienadającego się do dokonania czynu zabronionego. Czyn taki w ogóle nie stanowi formy popełnienia przestępstwa. Zachowanie tego rodzaju określa się w piśmiennictwie jako przestępstwo urojone [A. Zoll, (w:) W. Wróbel (red.), A. Zoll (red.): Kodeks..., *op. cit.*, s. 298; R. Stefański, *Przestępstwo urojone*, Prok. i Pr. 2008, nr 3; Ł. Pasternak: *Usiłowanie nieudolne, usiłowanie nierealne a przestępstwo urojone*, Kwart. Pr. Publ. 2013, nr 1]⁹. Sąd Najwyższy błędnie uznaje przypadki niekaralnego usiłowania nieudolnego za przestępstwo urojone. Co ciekawe odwołuje się w tej kwestii do poglądu wyrażonego przez A. Zolla, nie zauważając, że kilka stron wcześniej autor ten wyraźnie stwierdza, że: „Ustawa ogranicza karalność usiłowania nieudolnego tylko do przypadków błędu co do przedmiotu, na którym ma być popełniony czyn zabroniony (przedmiot czynności wykonawczej) lub błędu co do użytego środka. Ten ostatni należy traktować jako błąd co do znamienia określającego czynność (zob. W. Wolter, *Nauka...*, s. 281). Bezkarne pozostają

bie taki przypadek: kierujący jedzie samochodem w nocy nieoświetloną drogą, nie używa przy tym świateł drogowych, gdyż co chwila wymija inne pojazdy; w pewnym momencie uderza w coś znajdującego się na jezdni; nie wie, co to jest, gdyż nie dość, że światła mijania nie dawały mu odpowiedniego oświetlenia drogi, to jeszcze zamyślił się i przez chwilę nie skupiał się na tym, co dzieje się na jezdni; zobaczył krew na przedniej szybie i pomyślał, że potrafił człowieka; postanowił uciec z miejsca zdarzenia. W rzeczywistości kierujący potrafił sarnę, lecz uroił sobie, że spowodował wypadek samochodowy. Jak zakwalifikować zachowanie sprawcy? Na pewno dopuścił się nieumyślnie wykroczenia z art. 37 ust. 1 w zw. z art. 25 ustawy z dnia 21 sierpnia 1997 r. o ochronie zwierząt (tekst jedn. Dz. U. z 2020 r., poz. 638). Na pewno nie dokonał wykroczenia z art. 93 § 1 Kodeksu wykroczeń (nieudzielenie niezwłocznej pomocy ofierze wypadku przez prowadzącego pojazd uczestniczącego w wypadku drogowym). Na pewno też nie odpowie za nieudolne usiłowanie tego wykroczenia, gdyż po pierwsze usiłowanie tego czynu zabronionego nie jest karalne, a po drugie Kodeks wykroczeń w ogóle nie przewiduje karalności usiłowania nieudolnego. Pozostaje nam więc opisywane wyżej usiłowanie nieudolne przestępstwa nieudzielenia pomocy (art. 162 § 1 k.k.), karalne z uwagi na brak przedmiotu nadającego się do popełnienia na nim czynu zabronionego (oczywiście zakładając, że kierujący myślał, że zostawił „potraconego człowieka” w położeniu grożącym bezpośrednim niebezpieczeństwem utraty życia albo ciężkiego uszczerbku na zdrowiu).

⁹ Sygn. I KZP 16/16, LEX nr 2188437.

więc te przypadki usiłowania nieudolnego, w których sprawca nie może popełnić czynu zabronionego, gdyż nie jest on zdolnym do tego podmiotem (przy przestępstwach indywidualnych) lub brak jest w rzeczywistości wymaganych przez ustawę w opisie typu czynu zabronionego okoliczności modalnych (zob. wyrok SA w Gdańsku z dnia 18 września 2013 r., II AKa 243/13, LEX nr 1391874). Nie jest karalne więc np. usiłowanie nieudolne popełnienia bigamii (art. 206), jeżeli sprawca zawierający ponownie związek małżeński w przeświadczeniu, że pozostaje już w ważnym związku, nie wiedział o tym, że jego małżonka zginęła parę dni wcześniej w wypadku drogowym. (...) Tak jak kierując się argumentami politycznokryminalnymi ustawodawca decyduje o wprowadzeniu karalności tylko niektórych czynów charakteryzujących się nieumyślnością, tak takie same względy przesądzają o karalności tylko niektórych wypadków usiłowania nieudolnego”¹⁰. Artykuł 13 § 2 k.k. ogranicza nie samo usiłowanie nieudolne, ale odpowiedzialność za taki rodzaj usiłowania¹¹. Nietrafne jest więc stwierdzenie powołanego przez Sąd Najwyższy Ł. Pasternaka, że: „Przestępstwo urojone zachodzi w sytuacji, gdy brak odpowiedniego podmiotu w przypadku przestępstw indywidualnych lub też brak okoliczności czasu, miejsca lub sytuacji, jeżeli owe okoliczności należą do znamion typu czynu, a w rzeczywistości nie wystąpiły”¹².

W świetle powyższego należy podkreślić więc, że nie można mylić usiłowania nieudolnego z przestępstwem urojonym. Usiłowanie nieudolne polega na tym, że sprawca, który w zamiarze popełnienia czynu zabronionego swoim zachowaniem bezpośrednio zmierza do jego dokonania nie uświadamia sobie, że to dokonanie jest niemożliwe z uwagi na to, że w rzeczywistości nie występują okoliczności, które stanowią pozytywne znamiona typu czynu zabronionego (np. osoba, którą zamierza zabić już nie żyje) bądź występują okoliczności, które stanowią negatywne znamiona typu czynu zabronionego (np. lekarz, który zamierza przerwać ciążę „z naruszeniem przepisów ustawy” (zob. art. 152 § 1 k.k.) nie wie,

¹⁰ A. Zoll, (w:) W. Wróbel, A. Zoll (red.), Kodeks karny. Część ogólna, t. I, Komentarz do art. 1–52, Warszawa 2016, s. 294.

¹¹ W. Wróbel, A. Zoll, Polskie prawo karne..., s. 236.

¹² Ł. Pasternak, Usiłowanie nieudolne, usiłowanie nierealne a przestępstwo urojone, Kwartalnik Prawa Publicznego 2013, nr 1, s. 108. Podobnie, jak się zdaje, uważa w kontekście braku cechy podmiotu przy przestępstwach indywidualnych R. A. Stefański (Przestępstwo..., s. 33). Należy zauważyć, że sposób kwalifikowania przypadków braku dokonania przestępstwa z uwagi na nieposiadanie przez sprawcę szczególnej cechy podmiotu budzi duże kontrowersje w doktrynie niemieckiej (zob. Z. Jędrzejewski, Bezprawie usiłowania nieudolnego, Warszawa 2000, s. 73–77).

że w istocie spełniona jest jedna z przesłanek legalnej aborcji). Krótko mówiąc, usiłowanie nieudolne zasadza się na błędzie co do faktu. Ustawodawca w art. 13 § 2 k.k. przewiduje karalność niektórych tylko przypadków tego rodzaju zachowania (brak przedmiotu nadającego się do popełnienia na nim czynu zabronionego lub użycie środka nienadającego się do popełnienia czynu zabronionego). Z kolei, jak już wyżej wspomniałem, przestępstwo urojone polega na błędzie co do prawa. „Sprawca” zdaje sobie sprawę z otaczającej go rzeczywistości (czyli prawidłowo rozpoznaje fakty), jednakże błędnie uważa, że to, co robi jest zabronione pod groźbą kary¹³. Błąd ten może polegać na urojeniu istnienia normy zakazującej określonego zachowania („stworzenie” przez daną osobę w jej głowie nowego „typu przestępstwa”), bądź na mylnym rozpoznaniu zakresu istniejącej normy („poszerzenie” pola penalizacji normy¹⁴)¹⁵. Trafnie różnicę między usiłowaniem nieudolnym a przestępstwem urojonym ujął R. von Hippel, wskazując, że gdyby tak się odbyło, jak to sobie sprawca wyobrażał w czasie działania, to przy usiłowaniu nieudolnym zachodziłoby przestępstwo dokonane, a przy przestępstwie urojonym zawsze tylko czyn bezkarny¹⁶.

Odnosząc się przykładowo do wzmiankowanej wyżej kwestii braku cechy podmiotu przy przestępstwie indywidualnym, należy zauważyć, że jeśli określonej osobie wydaje się, że jest osobą pełniącą funkcję publiczną (w rozumieniu art. 115 § 19 k.k.) i przyjmuje w związku z „pełnieniem” tej „funkcji” korzyść majątkową, to dopuszcza się ona usiłowania nieudolnego przestępstwa z art. 228 § 1 k.k. Usiłowanie to pozostanie jednak bezkarne, gdyż nie podpada pod żaden z przypadków wskazanych w art. 13 § 2 k.k. Wskazana osoba błędzi co do okoliczności faktycznej (posiadanie przymiotu osoby pełniącej funkcję publiczną), a nie co do prawa (dla uproszczenia pomijam tu możliwość, że osoba ta jest nieświadoma, że tego typu zachowanie jest karalne). Przecież nie uroiła sobie bezprawności; przyjmowanie korzyści majątkowej w związku z pełnieniem funkcji publicznej jest stypizowane jako przestępstwo. Innym przykładem niekaralnego usiłowania nieudolnego może być sytuacja, w której dana osoba uroiła sobie, że jest chora wenerycznie i podejmuje

¹³ K. H. Gössel, (w:) *Strafrecht...*, s. 95.

¹⁴ Np. mężczyzna obcuje płciowo ze swoją siostrą cioteczną (kuzynką), myśląc że stanowi to przestępstwo kazirodztwa (art. 201 k.k. zakazuje obcowania płciowego z wstępnym, zstępnym, przysposobionym, przysposabiającym, bratem i siostrą).

¹⁵ Zob. N. H. Kriegsmann, *Wahnverbrechen...*, s. 51–52.

¹⁶ R. von Hippel, *Deutsches Strafrecht*, t. II, Berlin 1930, s. 377 i n., 436 i n. (podając za: J. Makarewicz, *Przestępstwo...*, s. 684).

stosunki seksualne, w taki sposób, by narazić bezpośrednio partnerów na zarażenie tą chorobą (art. 161 § 2 k.k.). W przedstawionym przykładzie sprawcy brakuje szczególnej cechy wskazanej w ustawie (nie jest dotknięty chorobą weneryczną).

Idąc dalej: czy osoba, która niepublicznie pochwała zachowania o charakterze pedofilskim, myśląc jednak, że czyni to publicznie dopuszcza się przestępstwa urojonego, jak chciałby Sąd Najwyższy, czy też niekaralnego nieudolnego usiłowania przestępstwa z art. 200b k.k.? Czy błądzi co do prawa, czy co do faktu? Odpowiedź jest oczywista – jest w błędzie co do okoliczności faktycznej (kwestia działania „publicznie”).

W kontekście urojenia sobie „własnego” przestępstwa trzeba odnieść się do poglądu wyrażonego przez A. Wąska, który stwierdził, że przestępstwo urojone wystąpi też w wypadku, gdy sprawca błędnie uważa, że do czynu zabronionego, który popełnia, nie ma zastosowania kontratyp (np. działania w ramach pomocy koniecznej przy stanie wyższej konieczności)¹⁷. Problem ten bardziej ogólnie ujął S. Śliwiński pisząc, że przestępstwo urojone zachodzi wówczas, gdy czyn z jakichkolwiek przyczyn nie jest przestępstwem, a sprawca uważa tylko błędnie swój czyn za przestępny¹⁸. Tymi przyczynami, o których pisał S. Śliwiński może być fakt, że dany czyn nie wyczerpuje znamion jakiegokolwiek typu czynu zabronionego pod groźbą kary jako przestępstwo, ale też właśnie sytuacja braku przestępności wynikała z zaistnienia kontratypu. Załóżmy – pozostając przy przywołanym przez A. Wąska przykładzie pomocy koniecznej – że jakaś osoba zabija strzałem z broni palnej psa, który gryzie w szyję małe dziecko, lecz nie ma świadomości, że istnieje coś takiego jak instytucja stanu wyższej konieczności, w związku z czym uważa, że jej zachowanie stanowi przestępstwo (odwrócenie błędu z art. 29 k.k. – nieświadomość zachodzenia okoliczności wyłączającej przestępność czynu). Różnica z – nazwijmy to – bezwzględnie urojonym przestępstwem, a przedstawioną sytuacją jest taka, że w tym pierwszym przypadku sprawca nie wyczerpuje znamion typu czynu zabronionego, natomiast w drugim znamiona wyczerpuje, a więc dopuszcza się czynu zabronionego, lecz w rzeczywistości zaszły obiektywne warunki działania w stanie wyższej konieczności (bezpośrednie niebezpieczeństwo grożące zdrowiu i życiu dziecka, którego nie można było uniknąć inaczej niż przez poświęcenie życia psa, będącego źródłem tego niebezpieczeństwa). Pytanie więc, czy nieświadomość działania

¹⁷ A. Wąsek, Kodeks karny. Komentarz, t. I, Gdańsk 1999, s. 205–206.

¹⁸ S. Śliwiński, Prawo karne..., s. 321.

w ramach kontratypu ma wpływ na odpowiedzialność karną sprawcy czynu zabronionego? Jak podnosi się w literaturze, usprawiedliwienie zachowania kontratypowego nie może sprowadzać się do elementów czysto przedmiotowych, lecz istotne są też elementy podmiotowe, w szczególności motyw ochrony przez sprawcę czynu realizującego znamiona kontratypu pozostającego w kolizji dobra prawnego¹⁹. Ta podmiotowa charakterystyka kontratypu jest czasem wysłowiona w przepisie (np. art. 25 § 1 k.k.: „kto w obronie koniecznej odpiera...”, art. 26 § 1 k.k.: „kto działa w celu uchylenia bezpośredniego niebezpieczeństwa...”). Wydaje się, że świadomość osoby, której czyn rozpatrywany jest w kategoriach kontratypowych można porównać do świadomości sprawcy umyślnego czynu zabronionego. Osoba taka nie musi „myśleć językiem ustawy”²⁰, wystarczy, że ma świadomość, że swoim zachowaniem chroni określone dobro. Należy więc przyjąć, że jeśli sprawca działa z zamiarem ratowania dobra prawnego, a zachodzą przedmiotowe warunki kontratypu, to w razie błędnego wyobrażenia, że zachowanie jest bezprawne kryminalnie należy przyjąć przestępstwo urojone, gdyż w rzeczywistości zachowanie tej osoby przestępstwem nie jest (choć jest czynem zabronionym). Uwagi te należy odnieść też do stanu wyższej konieczności wyłączającego winę. Inaczej oczywiście należy potraktować uratowanie dobra prawnego bez świadomości, że groziło mu jakiekolwiek niebezpieczeństwo, czyli uratowanie przypadkowe. Modyfikując nieco przykład podany wyżej: jeśli sprawca dla rozrywki strzelił z broni palnej do psa należącego do jego sąsiada, nie mając świadomości, że pies ten biegnie w stronę małego dziecka, by je pogryźć, to przestępstwo nie będzie urojone, lecz rzeczywiste. Sprawca ma świadomość, że dopuszcza się czynu zabronionego pod groźbą kary, lecz nie wie, że ratuje zdrowie, a może i życie dziecka, które znajduje się w niebezpieczeństwie. Mamy realizację znamion typu czynu zabronionego i brak zrealizowania wszystkich znamion kontratypu (sprawca nie działa w celu uchylenia bezpośredniego niebezpieczeństwa grożącego jakimkolwiek dobru chronionemu prawem).

Podsumowując rozważania dotyczące urojenia „własnego” przestępstwa należy stwierdzić krótko, bo jest to rzecz oczywista, że osoba, która uroiła sobie bezprawność karną swojego zachowania nie może odpowia-

¹⁹ W. Wróbel, A. Zoll, *Polskie prawo karne...*, s. 236. Takie podejście kwestionuje J. Majewski (*Okoliczności wyłączające bezprawność czynu a znamiona subiektywne*, Warszawa 2013, s. 78 i n.).

²⁰ Określenie W. Woltera użyte w kontekście świadomości przy umyślności (*Nauka...*, s. 121).

dać karne, gdyż odpowiedzialności takiej podlega ten tylko, kto popełnia czyn zabroniony pod groźbą kary przez ustawę obowiązującą w czasie jego popełnienia (art. 1 § 1 k.k.).

2. Urojenie przestępstwa popełnionego przez kogoś innego

Jeśli chodzi o urojenie sobie, że inna osoba popełniła przestępstwo, to chciałbym skupić się na wypadkach, w których komuś (zwanemu dalej „X”) wydaje się błędnie, że inna osoba (zwana dalej „Y”) dopuściła się czynu zabronionego pod groźbą kary jako przestępstwo, podczas gdy taki fakt nie zaistniał w rzeczywistości. W odróżnieniu od opisywanego wyżej *delictum putativum* chodzić mi będzie o urojenie zachowania, które gdyby miało miejsce byłoby czynem zabronionym²¹. Inaczej mówiąc – przy *delictum putativum* zachodzi błąd co do prawa, a w tej części artykułu będę rozważać urojenie przestępstwa jako błąd co do faktu. Kiedy z takim błędem możemy mieć do czynienia i jakie będzie on niósł za sobą skutki na gruncie prawa karnego? Ramy artykułu nie pozwalają na szersze omówienie tych kwestii, dlatego ograniczę się do zasygnalizowania problemów.

2.1. Pomocnictwo

Odpowiada za pomocnictwo, kto w zamiarze, aby inna osoba dokonała czynu zabronionego, swoim zachowaniem ułatwia jego popełnienie (art. 18 § 3 *in princ.* k.k.). Załóżmy, że X uroił sobie, że Y czyni przygotowania do przestępstwa, które jest karalne już w tej formie stadialnej (np. wzięcie zakładnika – art. 252 § 1 i 3 k.k.). Postanawia udzielić mu pomocy. W tymże celu X podejmuje czynności, które w jego mniemaniu ułatwią popełnienie Y „przestępstwa” (np. zbiera informacje o osobie, która ma być porwana, ustala jej rytm dnia, sprawdza, kiedy może być najdogodniejszy moment na porwanie, a następnie przesyła te informacje „porywaczowi”). Do wyczerpania wszystkich znamion pomocnictwa oczywiście w tej sytuacji nie dojdzie, gdyż nie doszło (i nie miało dojść) do popełnienia czynu zabronionego, którego sprawca miałby być wspomożony²². X w zamiarze popełnienia czynu zabronionego (pomocnictwa) swo-

²¹ Pomijam tutaj dla uproszczenia wzmiankowaną wyżej sytuację błędnego przyjęcia, że do czynu zabronionego nie ma zastosowania okoliczność wyłączająca jego przestępczość.

²² Nie wchodzę tu w szczegóły świadomości osoby, której się pomaga w kontekście pomocnictwa fizycznego i psychicznego, gdyż nie ma to większego znaczenia dla rozpatrywanej przeze mnie kwestii.

im zachowaniem bezpośrednio zmierzał do jego dokonania, które jednak nie nastąpiło. Mamy więc usiłowanie pomocnictwa. Czy do dokonania mogło dojść? Nie mogło, gdyż Y nie miał zamiaru popełnić czynu zabronionego, a X o tym nie wiedział, czyli usiłowanie było nieudolne. Wydaje się, że usiłowanie po pozostałoby bezkarne, gdyż nie podpadnie pod przypadki wskazane w art. 13 § 2 k.k., chyba że przyjąć karkołomną raczej tezę, że przy pomocnictwie osoba, której ułatwia się popełnienie czynu zabronionego bądź sam czyn zabroniony, którego popełnienie się ułatwia jest „przedmiotem nadającym się do popełnienia na nim czynu zabronionego (pomocnictwa)”²³.

2.2. Obrona konieczna i stan wyższej konieczności

X uroił sobie, że Y dopuszcza się przestępstwa, które może być zakwalifikowane jako zamach w rozumieniu art. 25 § 1 k.k. lub jako źródło niebezpieczeństwa w rozumieniu art. 26 § 1 k.k. i w „obronie koniecznej” (odpierając urojony zamach) atakuje Y lub w „stanie wyższej konieczności” poświęca dobro innej osoby niż Y. Sytuacja taka jest uregulowana w art. 29 k.k., który to przepis dotyczy błędu wyłączającego winę. Nie popełnia przestępstwa, kto dopuszcza się czynu zabronionego w usprawiedliwionym błędnym przekonaniu, że zachodzi okoliczność wyłączająca bezprawność albo winę. Nie ma potrzeby szerzej tej kwestii rozważać.

2.3. Przestępstwo z art. 234 k.k. (fałszywe oskarżenie)

Zgodnie z art. 234 k.k. podlega karze ten, kto, przed organem powołanym do ścigania lub orzekania w sprawach o przestępstwo, w tym i przestępstwo skarbowe, wykroczenie, wykroczenie skarbowe lub przewinienie dyscyplinarne, fałszywie oskarża inną osobę o popełnienie tych czynów zabronionych lub przewinienia dyscyplinarnego. Fałszywe oskarżenie ma miejsce wtedy, gdy osoba oskarżana nie popełniła czynu za-

²³ Jak podkreśla T. Srok a, Kodeks karny..., komentarz do art. 13, nb. 45: „Przyjmując założenie, że pod pojęciem przedmiotu na gruncie art. 13 § 2 k.k. należy rozumieć przedmiot czynności wykonawczej będący nośnikiem dobra prawnego, zaś osoba nakłaniana lub osoba, której udzielana jest pomoc, nie są nośnikami dóbr prawnych chronionych w drodze penalizacji podżegania lub pomocnictwa do popełnienia określonego przestępstwa, należy przyjąć, że nie jest możliwe przyjęcie usiłowania nieudolnego podżegania lub pomocnictwa do popełnienia określonego przestępstwa ze względu na brak przedmiotu nadającego się do popełnienia na nim czynu zabronionego, zaś przedstawione powyżej sytuacje pozostają niekaralne, ze względu na istniejący *ex ante* brak możliwości popełnienia czynu zabronionego”.

bronionego, który się jej zarzuca, a oskarżający ma świadomość nieprawdziwości zarzutu²⁴.

Jeśli więc X uroi sobie, że Y popełnił przestępstwo i oskarży go przed organem wskazanym w art. 234 k.k., to będzie wolny od odpowiedzialności karnej, gdyż nie będzie można przypisać mu zamiaru popełnienia przestępstwa, a ustawa nie przewiduje nieumyślnego typu omawianego przestępstwa.

2.4. Przestępstwo z art. 235 k.k. (tworzenie fałszywych dowodów)

W myśl art. 235 k.k. podlega karze ten, kto, przez tworzenie fałszywych dowodów lub inne podstępne zabiegi, kieruje przeciwko określonej osobie ściganie o przestępstwo, w tym i przestępstwo skarbowe, wykroczenie, wykroczenie skarbowe lub przewinienie dyscyplinarne albo w toku postępowania zabiegi takie przedsięwzię.

Przyjmijmy, że X uroił sobie, że Y popełnił przestępstwo, jednakże nie toczy się w tej sprawie postępowanie karne. X postanawia „pomóc” organom ścigania i tworzy fałszywe dowody przestępstwa, które w jego mniemaniu nastąpiło. Uważa, że działa dla dobra wymiaru sprawiedliwości. Efektem jego działań jest wszczęcie postępowania przygotowawczego przeciwko Y²⁵. W takim przypadku X wyczerpuje znamiona omawianego przestępstwa. Choć uważa, że Y dopuścił się przestępstwa, to ma świadomość, że tworzy fałszywe dowody. Motywacja X będzie musiała być oczywiście wzięta pod uwagę przy ocenie społecznej szkodliwości jego czynu (art. 115 § 2 k.k.), a w przypadku skazania będzie miała wpływ na wymiar kary (art. 53 § 1 i 2 k.k.). To samo można odnieść do sytuacji, w której X tworzyłby fałszywe dowody w czasie trwania postępowania karnego przeciwko Y. W takim przypadku mylne wyobrażenie X byłoby uzasadnione faktem prowadzenia postępowania o przestępstwo, które w rzeczywistości nie zaistniało (nie zmienia to oczywiście faktu, że X wyczerpał znamiona typu czynu zabronionego z art. 235 k.k.).

²⁴ L. Peiper, Komentarz..., s. 301; M. Siewierski, (w:) J. Bafia, K. Mioduski, M. Siewierski, Kodeks karny. Komentarz, Warszawa 1977, s. 667; M. Mozgawa, (w:) M. Mozgawa (red.), Kodeks karny. Komentarz aktualizowany, LEX/el. 2020, komentarz do art. 234, teza 4.

²⁵ Pomijam tutaj problematyczną kwestię momentu dokonania przestępstwa z art. 235 k.k.

2.5. Przestępstwo z art. 238 k.k. (fałszywe zawiadomienie o przestępstwie)

Karze podlega osoba, która zawiadamia o przestępstwie, lub o przestępstwie skarbowym organ powołany do ścigania wiedząc, że przestępstwa nie popełniono (art. 238 k.k.). Jest to przestępstwo, które może być popełnione wyłącznie z zamiarem bezpośrednim (sprawca musi wiedzieć, a nie jedynie przewidywać, że przestępstwa nie popełniono). Jeśli X uroił sobie, że doszło do popełnienia przestępstwa i zawiadomił o nim organ ścigania, to nie można mu przypisać zamiaru (bo nie wiedział, że przestępstwa nie popełniono)²⁶.

2.6. Przestępstwo z art. 239 k.k. (poplecznictwo)

Przestępstwo to polega na tym, że sprawca utrudnia lub udaremnia postępowanie karne, pomagając sprawcy przestępstwa, w tym i przestępstwa skarbowego uniknąć odpowiedzialności karnej, w szczególności sprawcę ukrywa, zaciera ślady przestępstwa, w tym i przestępstwa skarbowego albo odbywa za skazanego karę (art. 239 § 1 k.k.). Jak podniósł Sąd Najwyższy w wyroku z dnia 5 sierpnia 2009 r. (II KK 136/09, LEX nr 519594): „Udzielenie pomocy osobie niewinnej (choćby było przeciwko niej prowadzone postępowanie karne) nie jest poplecznictwem. Nie jest też poplecznictwem udzielenie pomocy osobie działającej w warunkach wyłączających przestępność czynu, ujętych w rozdziale III Kodeksu karnego. Dlatego też dla skazania sprawcy poplecznictwa należy przedtem z całą pewnością ustalić, że osoba, której pomagał poplecznik była rzeczywiście sprawcą przestępstwa”.

Jeśli zatem X uroił sobie, że Y popełnił przestępstwo i w zamiarze utrudnienia lub udaremnienia postępowania karnego o ten wyimaginowany czyn podjął zachowania mające pomóc – w jego mniemaniu – uniknąć Y odpowiedzialności karnej, to nie można mówić o dokonaniu przestępstwa z art. 239 § 1 k.k. W takiej sytuacji zachodzi bezkarne, jak się zdaje, usiłowanie nieudolne²⁷ (sytuacja jest analogiczna do omówio-

²⁶ Należy jednak pamiętać, że fałszywe zawiadomienie o popełnieniu przestępstwa przez określoną osobę powinno podpaść pod art. 234 k.k. Zob. L. Peiper, *Komentarz...*, s. 311; J. Makarewicz, *Kodeks karny z komentarzem*, Lwów 1935, s. 300; M. Siewierski, (w:) *Kodeks karny...*, s. 672; wyrok Sądu Najwyższego z dnia 14 września 2004 r., sygn. IV KK 129/04, LEX nr 137755.

²⁷ Tak L. Tyszkiewicz, (w:) M. Filar (red.), *Kodeks karny. Komentarz*, Warszawa 2016, komentarz do art. 239, teza 10. Pogląd ten zaakceptował Sąd Najwyższy w cytowanym wyżej wyroku w sprawie o sygn. II KK 136/09. L. Peiper (*Komentarz...*, s. 313) wskazywał z kolei, że w takiej sytuacji sprawca dopuszcza się „usiłowania nieudolnego (art. 23 § 2)”. Wskazanie w nawiasie art. 23 § 2 k.k. z 1932 r. (którego odpo-

nego wcześniej nieudolnego usiłowania pomocnictwa). Oczywiście rozważania powyższe nie będą odnosiły się do sytuacji odbywania za skazanego kary, gdyż w takim przypadku mamy do czynienia z przestępstwem stwierdzonym prawomocnym orzeczeniem sądu, a nie przestępstwem jedynie urojonym.

2.7. Przestępstwo z art. 240 k.k. (niezawiadomienie o popełnionym czynie zabronionym)

Zgodnie z art. 240 § 1 k.k. podlega karze osoba, która, mając wiarygodną wiadomość o karalnym przygotowaniu albo usiłowaniu lub dokonaniu czynu zabronionego określonego we wskazanych w nim przepisach lub przestępstwa o charakterze terrorystycznym, nie zawiadamia niezwłocznie organu powołanego do ścigania przestępstw.

Jeśli X uroił sobie popełnienie przez Y czynu zabronionego i nie zawiadomił niezwłocznie o tym „czynie” organu ścigania, należałoby przyjąć usiłowanie nieudolne przestępstwa z art. 240 § 1 k.k.²⁸ Byłoby to jednak usiłowanie niekaralne²⁹. Należy jednak zaznaczyć, że kwalifikacją taką można byłoby objąć niezawiadomienie o niepopełnionym czynie zabronionym wyczerpującym znamiona typów czynów zabronionych wymienionych w art. 240 § 1 k.k. Jeśli natomiast X uroiłby sobie, że Y dopuścił się czynu spoza wykazu zawartego w tym przepisie, np. zgwałcenia w typie podstawowym czy rozboju, myśląc, że takie zachowanie jest karalne, i nie zawiadomił o takim „czynie zabronionym”, to zachowanie takie powinno być określone jako połączenie usiłowania nieudolnego i *delictum putativum*. X myliłby się bowiem jednocześnie co do faktu (popełnienia „katalogowego” czynu zabronionego) i co do prawa (niezawiadomienie o popełnieniu czynu zabronionego niewymienionego w art. 240 § 1 k.k., wbrew wyobrażeniu X, nie jest karalne). Niezawiadomienie o rzeczywistym czynie zabronionym spoza wspomnianego katalogu, gdyby X myślał, że takie zaniechanie stanowi przestępstwo, byłoby już czystym *delictum putativum*.

wiednikiem jest art. 13 § 2 k.k. z 1997 r.) sugeruje, że autor ten przyjmował karalne usiłowanie nieudolne.

²⁸ Zob. J. Śliwowski, Prawo karne, Warszawa 1979, s. 530.

²⁹ A. Gimb ut, Przestępstwo niezawiadomienia o zabójstwie w polskim kodeksie karnym, Annales UMCS, sectio G 1977, nr 5, s. 95–96; I. Andrejew, Polskie prawo karne..., s. 222; L. Wilk, Obowiązek denuncjacji w prawie karnym (art. 240 k.k.), Prokuratura i Prawo 1999, nr 1, s. 37; L. Tyszkiewicz, (w:) Kodeks karny..., komentarz do art. 240, teza 4; M. Szewczyk, A. Wojtaszczyk, W. Zontek, (w:) W. Wróbel, A. Zołł (red.), Kodeks karny. Część szczególna, t. II, cz. 2, Komentarz do art. art. 212–277d, Warszawa 2017, komentarz do art. 240, teza 8.

Warto w omawianym kontekście odnotować pogląd Z. Sobolewskiego, który stwierdził na gruncie Kodeksu karnego z 1969 r., że: „Prawny obowiązek doniesienia uwarunkowany jest otrzymaniem wiarygodnej wiadomości o przestępstwie, a nie faktem popełnienia takiego przestępstwa. Należy zwrócić uwagę na to, że wiarygodna może być także wiadomość obiektywnie nieprawdziwa oraz że zaniechanie denuncjacji nie musi być w skutkach szkodliwe dla wymiaru sprawiedliwości w konkretnym przypadku, ponieważ istota tego czynu polega na zlekceważeniu prawnego nakazu, co może okazać się szkodliwe. Chcąc dowieść naruszenia art. 254 § 1 k.k. nie trzeba wcale prowadzić dowodu na okoliczność, że czyn, o którym należało zawiadomić, w rzeczywistości wykazuje znamiona przedmiotowe i podmiotowe przestępstwa, ani tym bardziej nie trzeba wskazywać prawomocnego wyroku skazującego za przestępstwo pierwotne”³⁰. Przy takim podejściu do sprawy należałoby przyjąć, że niezawiadomienie o urojonym czynie zabronionym, jeśli błąd sprawcy wynikał z wiarygodnego źródła, stanowi dokonanie, a nie usiłowanie, czynu zabronionego z art. 240 § 1 k.k. Wydaje się jednak, że jest to pogląd zbyt daleko idący. Sprawa rozbija się o właściwe ujęcie dobra chronionego przez art. 240 § 1 k.k. Z wypowiedzi Z. Sobolewskiego wynika, że przepis nakazujący zawiadomienie o popełnionym przestępstwie chroni bardzo abstrakcyjnie ujmowany wymiar sprawiedliwości (cyt.: „zaniechanie denuncjacji nie musi być w skutkach szkodliwe dla wymiaru sprawiedliwości w konkretnym przypadku, ponieważ istota tego czynu polega na zlekceważeniu prawnego nakazu, co może okazać się szkodliwe”). Czy możemy zakładać, że ustawodawca chciał objąć penalizacją czyny, które tak bardzo są dalekie od zakłócenia prawidłowego funkcjonowania wymiaru sprawiedliwości? Moim zdaniem niezawiadomienie o przestępstwie, którego nie popełniono, nawet jeśli sprawca miał wiarygodną o nim wiadomość, nie powinno być karane już z tego chociażby powodu, że nie narusza przedmiotu ochrony art. 240 § 1 k.k. Jeśli sprawca, nie wiedział, że dokonanie omawianego przestępstwa jest niemożliwe z uwagi na to, że nie popełniono żadnego z czynów zabronionych wskazanych w art. 240 § 1 k.k., a w konsekwencji zaniechanie denuncjacji nie będzie stanowiło ataku na dobro chronione przez ten przepis, to zachodzi – jak już wyżej wspominałem – niekaralne usiłowanie nieudolne³¹.

³⁰ Z. Sobolewski, *Przestępstwo uchylania się od denuncjacji (wybrane zagadnienia)*, *Annales UMCS, sectio G* 1977, nr 4, s. 83–84.

³¹ Należy jednak wspomnieć o odosobnionym raczej poglądzie A. Wąska, który twierdził, że użyty w art. 13 § 2 k.k. termin „przedmiot” obejmuje też przedmiot ochrony (Kodeks karny..., s. 203).

2.8. Przestępstwo z art. 291 k.k. (paserstwo umyślne)

Przestępstwo paserstwa z art. 291 k.k. polega na nabyciu, pomocy do zbycia, przyjęciu lub pomocy do ukrycia rzeczy uzyskanej za pomocą czynu zabronionego. Jest to przestępstwo umyślne, w związku z czym sprawca musi mieć pewność (pełną świadomość) albo przewidywać, że rzecz, którą nabywa, przyjmuje lub pomaga w jej zbyciu bądź ukryciu została uzyskana za pomocą czynu zabronionego³². Jeśli sprawca uroi sobie, że rzecz, którą nabywa (itd.) została uzyskana za pomocą czynu zabronionego, podczas gdy pochodzi ona z legalnego źródła, to do dokonania przestępstwa paserstwa nie dojdzie. Będziemy mieli do czynienia z karalnym usiłowaniem nieudolnym, gdyż dokonanie było niemożliwe z uwagi na brak przedmiotu nadającego się do popełnienia na nim czynu zabronionego, a sprawca nie zdawał sobie sprawy z tego faktu.

2.9. Przestępstwo z art. 299 k.k. („pranie pieniędzy”)

Zgodnie z art. 299 § 1 k.k. podlega karze osoba, która przyjmuje, posiada, używa, przekazuje lub wywozi za granicę, ukrywa, dokonuje transferu lub konwersji, pomaga do przenoszenia własności lub posiadania albo podejmuje inne czynności, które mogą udaremnić lub znacznie utrudnić stwierdzenie przestępnego pochodzenia lub miejsca umieszczenia, wykrycie, zajęcie albo orzeczenie przepadku środków płatniczych, instrumentów finansowych, papierów wartościowych, wartości dewizowych, praw majątkowych lub innego mienia ruchomego lub nieruchomości, pochodzących z korzyści związanych z popełnieniem czynu zabronionego.

Karze podlega też ten, kto, będąc pracownikiem lub działając w imieniu lub na rzecz banku, instytucji finansowej lub kredytowej lub innego podmiotu, na którym na podstawie przepisów prawa ciąży obowiązek rejestracji transakcji i osób dokonujących transakcji, przyjmuje, wbrew przepisom, środki płatnicze, instrumenty finansowe, papiery wartościowe, wartości dewizowe, dokonuje ich transferu lub konwersji, lub przyjmuje je w innych okolicznościach wzbudzających uzasadnione podejrzenie, że stanowią one przedmiot czynu określonego w § 1, lub świadczy inne usługi mające ukryć ich przestępne pochodzenie lub usługi w zabezpieczeniu przed zajęciem (art. 299 § 2 k.k.).

³² Zob. M. Dąbrowska-Kardas, P. Kardas, (w:) A. Zoll (red.), Kodeks karny. Część szczególna, t. III, Komentarz do art. 278–363 k.k., Warszawa 2016, komentarz do art. 291, tezy 43–44 i 47; J. Bafia, (w:) J. Bafia, K. Mioduski, M. Siewierski, Kodeks karny. Komentarz, Warszawa 1977, s. 574; I. Andrejew, Polskie prawo karne..., s. 441.

Jeśli określona osoba uważa, że przedmioty (np. pieniądze), co do których dopuszcza się wskazanych wyżej czynności (np. ukrywa, wywozi za granicę czy przyjmuje) pochodzą z czynu zabronionego pod groźbą kary jako przestępstwo, podczas gdy w rzeczywistości przedmioty te zostały uzyskane w legalny sposób (zatem są to „czyste pieniądze”), to nie dochodzi do wyczerpania wszystkich znamion przestępstwa „prania pieniędzy”, a więc do dokonania. Zachowanie takie powinno być więc zakwalifikowane jako nieudolne usiłowanie (bo dokonanie było niemożliwe, o czym sprawca nie wiedział), które powinno podlegać karze, gdyż niemożliwość dokonania przestępstwa wynika ze względu na brak przedmiotu czynności wykonawczej (brak „brudnych pieniędzy”, które mogłyby być „wyprane”).

Podsumowanie

Problematyka urojenia przestępstwa jest w polskiej literaturze i orzecznictwie rzadko poruszana. Jeśli już można spotkać się z odniesieniem do tej kwestii, to zwykle są to syntetyczne wzmianki. Celem niniejszego artykułu było wskazanie i krótkie opisanie aspektów prawno-karnych urojenia sobie przez kogoś przestępstwa. Przeprowadzona analiza uwidoczniła, że skutki tego błędu mogą być różne w zależności od okoliczności, w których do niego doszło. Czasem błąd ten wyłącza odpowiedzialność karną (z różnych powodów), natomiast czasem będzie irrelevantny z punktu widzenia możliwości pociągnięcia sprawcy do tej odpowiedzialności.

Bibliografia

1. Andrejew I., *Polskie prawo karne w zarysie*, Warszawa 1989.
2. Bafia J., (w:) J. Bafia, K. Mioduski, M. Siewierski, *Kodeks karny. Komentarz*, Warszawa 1977.
3. Budziński S., *Wykład porównawczy prawa karnego*, Warszawa 1868.
4. Dąbrowska-Kardas M., Kardas P., (w:) A. Zoll (red.), *Kodeks karny. Część szczególna, t. III, Komentarz do art. 278–363 k.k.*, Warszawa 2016.
5. Gimbut A., *Przestępstwo niezawiadomienia o zabójstwie w polskim kodeksie karnym*, *Annales UMCS, sectio G* 1977, nr 5.

6. Gössel K. H., (w:) R. Maurach, K. H. Gössel, H. Zipf, D. Dölling, C. Laue, J. Renzikowski, Strafrecht. Allgemeiner Teil, cz. 2, Erscheinungsformen des Verbrechens und Rechtsfolgen der Tat, C. F. Müller 2014.
7. von Hippel R., Deutsches Strafrecht, t. II, Berlin 1930 (za: J. Makarewicz, Przestępstwo..., s. 684).
8. Jagiełło D., Przestępstwo urojone, a zasada *nullum crimen sine lege*, (w:) I. Sepioło (red.), *Nullum crimen sine lege*, Warszawa 2013.
9. Jędrzejewski Z., Bezprawie usiłowania nieudolnego, Warszawa 2000.
10. Kriegsmann N. H., Wahnverbrechen und untauglicher Versuch, Breslau 1904.
11. Liszewska A., (w:) R. Dębski (red.), System Prawa Karnego, t. 3, Nauka o przestępstwie. Zasady odpowiedzialności, Warszawa 2017.
12. von Liszt F., Lehrbuch des Deutschen Strafrechts, Berlin 1900.
13. Majewski J., Okoliczności wyłączające bezprawność czynu a znamiona subiektywne, Warszawa 2013.
14. Makarewicz J., Kodeks karny z komentarzem, Lwów 1935.
15. Makarewicz J., Przestępstwo urojone, Gazeta Sądowa Warszawska 1938, nr 48.
16. Makowski W., Kodeks karny. Komentarz, Warszawa 1937.
17. Makowski W., Prawo karne. Część ogólna. Wykład porównawczy prawa karnego austriackiego, niemieckiego i rosyjskiego obowiązującego w Polsce, Warszawa – Lublin – Łódź – Poznań – Kraków b.d.w.
18. Marek A., Istota nieudolnego usiłowania przestępstwa, Ruch Prawniczy, Ekonomiczny i Socjologiczny 1968, z. 1.
19. Świda W., Prawo karne, Warszawa 1986.
20. Mioduski K., (w:) J. Bafia, K. Mioduski, M. Siewierski, Kodeks karny. Komentarz, Warszawa 1977.
21. Mozgawa M., (w:) M. Mozgawa (red.), Kodeks karny. Komentarz aktualizowany, LEX/el. 2020.
22. Mozgawa M., (w:) M. Mozgawa (red.), Prawo karne materialne. Część ogólna, Warszawa 2011.
23. Pasternak Ł., Usiłowanie nieudolne, usiłowanie nierealne a przestępstwo urojone, Kwartalnik Prawa Publicznego 2013, nr 1.
24. Peiper L., Komentarz do kodeksu karnego, Kraków 1936.
25. Pusinelli G., Das Wahnverbrechen, Juristische Rundschau 1951, nr 7.

26. Siewierski M., (w:) J. Bafia, K. Mioduski, M. Siewierski, Kodeks karny. Komentarz, Warszawa 1977.
27. Sobolewski Z., Przestępstwo uchylania się od denuncjacji (wybrane zagadnienia), Annales UMCS, sectio G 1977, nr 4.
28. Sroka T., (w:) M. Królikowski, R. Zawłocki (red.), Kodeks karny. Część ogólna. Komentarz, Warszawa 2017.
29. Stefański R. A., Przestępstwo urojone, Prokuratura i Prawo 2008, nr 3.
30. Szewczyk M., Wojtaszczyk A., Zontek W., (w:) W. Wróbel, A. Zoll (red.), Kodeks karny. Część szczególna, t. II, cz. 2, Komentarz do art. 212–277d, Warszawa 2017.
31. Śliwiński S., Prawo karne materialne. Część ogólna, Warszawa 1946.
32. Śliwowski J., Prawo karne, Warszawa 1979.
33. Tyszkiewicz L., (w:) M. Filar (red.), Kodeks karny. Komentarz, Warszawa 2016.
34. Wąsek A., Kodeks karny. Komentarz, t. I, Gdańsk 1999.
35. Wiak K., (w:) A. Grześkowiak, K. Wiak (red.), Kodeks karny. Komentarz, Warszawa 2018.
36. Wilk L., Obowiązek denuncjacji w prawie karnym (art. 240 k.k.), Prokuratura i Prawo 1999, nr 1.
37. Wolter W., Nauka o przestępstwie, Warszawa 1973.
38. Wolter W., Prawo karne. Zarys wykładu systematycznego. Część ogólna, cz. I, Warszawa 1947.
39. Wróbel W., Zoll A., Polskie prawo karne. Część ogólna, Kraków 2013.
40. Zoll A., (w:) W. Wróbel, A. Zoll (red.), Kodeks karny. Część ogólna, t. I, Komentarz do art. 1–52, Warszawa 2016.

Imaginary offence: select criminal-law aspects

Abstract

This study examines imaginary offences and their likely consequences under substantive criminal law. The following two issues are addressed: an erroneous assumption made by a person that an act committed by the person is forbidden and subject to a penalty as an offence (delictum putativum); and a delusion that someone else has committed an

act that fulfils statutory criteria of an offence. These issues are considered in various contexts, with reference to both general and specific sections the Penal Code.

Keywords

Imaginary offence, delictum putativum, inapt attempt.

Odpowiedzialność karna położnej za przestępstwo stypizowane w art. 160 § 2 k.k.

Streszczenie

Artykuł jest próbą odpowiedzi na pytanie o możliwość przypisania odpowiedzialności karnej położnej za przestępstwo narażenia na bezpośrednie niebezpieczeństwo utraty życia albo ciężki uszczerbek na zdrowiu. Autorka rozpoczyna rozważania od wyznaczenia zakresu czynności, które mogą być wykonywane przez położne i dokonuje ich klasyfikacji na podstawie uregulowań ustaw szczególnych, w tym ustawy zawodowej. Następnie przechodzi do ogólnej analizy dogmatycznej przestępstwa określonego w art. 160 k.k., z uwzględnieniem orzeczeń zapadłych na jego kanwie oraz wskazaniem przesłanek, których wystąpienie jest konieczne dla przypisania odpowiedzialności za przestępstwo z art. 160 § 2 k.k. Autorka analizuje kolejne przesłanki, dążąc do udzielenia odpowiedzi na pytanie postawione w części wstępnej artykułu.

Obowiązek zapewnienia każdemu człowiekowi prawnej ochrony życia i zdrowia wynika zarówno z art. 38 i art. 68 ust. 1 Konstytucji RP¹, jak również z wiążącego Polskę prawa międzynarodowego i europejskiego². Polski ustawodawca zdecydował się na zapewnienie tego rodzaju ochrony poprzez zawarcie odpowiednich uregulowań w aktach prawa prywatnego³, a także w aktach prawa publicznego. W przypadku tych drugich kluczowe znaczenie odgrywa uchwalony w 1997 r. Kodeks karny⁴, przepisy którego przewidują pociągnięcie osoby do odpowiedzialności karnej za popełnienie przestępstwa m.in. przeciwko życiu i zdrowiu⁵.

¹ Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej z dnia 2 kwietnia 1997 r. (Dz. U. z 1997 r., Nr 78, poz. 483 ze zm.).

² M.in. art. 2 Konwencji o ochronie praw człowieka i podstawowych wolności (Dz. U. z 1993 r., Nr 61, poz. 284), (dalej jako: EKPC), art. 6 Międzynarodowego Paktu Praw Obywatelskich i Politycznych (Dz. U. z 1977 r., Nr 38, poz. 167), (dalej jako: MPPOiP).

³ Zob. art. 415 i art. 471 ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 r. – Kodeks cywilny (Dz. U. z 2019 r., poz. 1145 ze zm.).

⁴ Ustawa z dnia 6 czerwca 1997 r. – Kodeks karny (Dz. U. z 2019 r., poz. 1950 ze zm.), dalej jako: k.k.

⁵ Rozdział XIX. Przestępstwa przeciwko życiu i zdrowiu.

Z uwagi na ograniczone ramy opracowania oraz interesującą nas tematykę, poddane omówieniu zostaną jedynie uregulowania prawa karnego przewidziane w art. 160 § 2 k.k., ze szczególnym uwzględnieniem czynności podejmowanych przez położną. Zawód położnej należy do grupy zawodów zaufania publicznego, od przedstawicieli których wymaga się wyższej staranności w zakresie wykonywanych czynności. W przypadku położnej podwyższona staranność wiąże się przede wszystkim z rodzajem dobra, z którym pracuje, jakimi są życie i zdrowie pacjenta.

Odpowiedzialność karna gwaranta będącego osobą wykonującą zawód medyczny przewidziana za popełnienie przestępstwa stypizowanego w art. 160 § 2 k.k. jest w doktrynie często określana mianem „błędu medycznego”, czy „błędu lekarskiego”, jednakże z uwagi na jego wieloznaczność oraz nieostrość, w niniejszym artykule zrezygnowano z posługiwania się powyższym pojęciem, przy czym należy zauważyć, iż zakresowo pojęciem szerszym jest określenie „błąd medyczny”, gdyż odnosi się ono nie tylko do czynności podejmowanych przez lekarzy, ale ma zastosowanie do świadczeń udzielanych przez wszystkie osoby wykonujące zawody medyczne, a w tym położnych.

Przystępując do analizy wybranego zagadnienia, zacząć należy od wskazania, iż zgodnie z art. 2 ustawy z dnia 15 lipca 2011 r. o zawodach pielęgniarki i położnej⁶, zawody te są samodzielnymi zawodami medycznymi. Definicja osoby wykonującej zawód medyczny zawarta została w ustawie z dnia 15 kwietnia 2011 r. o działalności leczniczej⁷ w art. 2 pkt 2, który stanowi, że osoba wykonująca zawód medyczny, to osoba uprawniona na podstawie odrębnych przepisów do udzielania świadczeń zdrowotnych oraz osoba legitymującą się nabyciem fachowych kwalifikacji do udzielania świadczeń zdrowotnych w określonym zakresie lub w określonej dziedzinie medycyny. W tym miejscu należy dodać, iż świadczeniem zdrowotnym są działania służące zachowaniu, ratowaniu, przywracaniu lub poprawie zdrowia oraz inne działania medyczne wynikające z procesu leczenia lub przepisów odrębnych regulujących zasady ich wykonywania⁸. Wskazać trzeba, że pojęcie świadczenia zdrowotnego odnosi się do podejmowanych względem pacjenta czynności medycz-

⁶ Ustawa z dnia 15 lipca 2011 r. o zawodach pielęgniarki i położnej (Dz. U. z 2020 r., poz. 562 ze zm.). Dalej jako: UPP.

⁷ Ustawa z dnia 15 kwietnia 2011 r. o działalności leczniczej (Dz. U. z 2020 r., poz. 295 ze zm.).

⁸ Definicja świadczenia zdrowotnego została określona w art. 2 pkt 10 ustawy z dnia 15 kwietnia 2011 r. o działalności leczniczej.

nych (czyli wykonywanych środkami i metodami właściwymi dla medycyny), które mają służyć zachowaniu lub poprawie stanu zdrowia człowieka albo realizować inne, aprobowane przez system prawa interesy odnoszące się do jego sytuacji zdrowotnej⁹.

Zakres świadczeń zapobiegawczych, diagnostycznych, leczniczych i rehabilitacyjnych, które mogą być udzielane samodzielnie przez położną bez zlecenia lekarskiego został określony w Rozporządzeniu Ministra Zdrowia¹⁰, do wydania którego Minister został zobligowany na mocy art. 6 ustawy o zawodach pielęgniarki i położnej. Delegacja ustawodawcy nakładała na Ministra obowiązek zasięgnięcia opinii Naczelnej Rady Pielęgniarek i Położnych przed wydaniem wskazanego wyżej rozporządzenia, a wyznaczony przez rozporządzenie zakres samodzielnych czynności podejmowanych przez położną, powinien uwzględniać niezbędne kwalifikacje oraz wymagany zakres umiejętności i obowiązków.

Biorąc pod uwagę powołane wyżej unormowania, z całą stanowczością stwierdzić trzeba, iż samodzielność położnej w odniesieniu do podejmowanych przez nią czynności zawodowych została ściśle określona, a ustalenie w konkretnym przypadku, czy zachowanie położnej mieściło się w prawnie dozwolonym zakresie czynności samodzielnych wymaga każdorazowo odwołania się wymienionych wyżej przepisów.

Na marginesie trzeba jedynie wspomnieć, iż w literaturze odnoszącej się do sposobów wykonywania zawodów pielęgniarki i położnej, wyróżnia się trzy rodzaje interwencji, które określają stopień samodzielności pielęgniarek i położnych: 1) niezależne interwencje, które mogą być podejmowane samodzielnie (z inicjatywy) przez pielęgniarki i położne zgodnie z zakresem zawodowych kompetencji; 2) zależne interwencje, czyli działania wykonywane wyłącznie na zlecenie lekarza (z inicjatywy lekarza), 3) współzależne interwencje, czyli czynności wykonywane na podstawie współpracy z lekarzem czy wręcz z interdyscyplinarnym zespołem leczącym, inaczej terapeutycznym (lekarze różnych specjalności, rehabilitanci itp.)¹¹. Wyróżnienie rodzajów tych interwencji

⁹ L. Bosek, B. Janiszewska, Pojęcie i podstawy prawne szczególnych świadczeń zdrowotnych, (w:) Szczególne świadczenia zdrowotne. System prawa medycznego tom 2, pod. red. L. Bosek, A. Wnukiewicz-Kozłowska, wyd. 1, Legalis/el. – dostęp na dzień 12 lutego 2019 r.

¹⁰ Rozporządzenie Ministra Zdrowia z dnia 28 lutego 2017 r. w sprawie rodzaju i zakresu świadczeń zapobiegawczych, diagnostycznych, leczniczych i rehabilitacyjnych udzielanych przez pielęgniarkę albo położną samodzielnie bez zalecenia lekarskiego (Dz. U. z 2017 r., poz. 497). Dalej jako: rozporządzenie.

¹¹ W. Kapała, M. Sawicka, Pielęgniarka orkiestra, Menedżer Zdrowia 2005, nr 10, s. 72. cyt. za: D. Karkowska, Zawód pielęgniarki jako zawód samodzielny, (w:)

wpływa przede wszystkim na możliwość wskazania podmiotu odpowiedzialnego za wykonanie konkretnej czynności, która aktualizuje się w momencie próby przypisania skutku spowodowanego jej wykonaniem, co – jak zostanie zaakcentowane w dalszej części opracowania – na gruncie art. 160 k.k. jest niezwykle trudne. Jest to szczególnie widoczne w odniesieniu do zadań wykonywanych przez położną, gdyż co prawda wymieniono enumeratywnie zakres czynności podejmowanych przez położną bez zlecenia lekarskiego w § 7 powołanego wyżej rozporządzenia, jednakże w przypadku świadczeń zdrowotnych udzielanych przez położną wyszczególnionych w art. 5 UPP kwestia samodzielności nie została jednoznacznie przesądzona. Wobec tego precyzyjne wskazanie gwaranta w momencie zaktualizowania się przesłanek z art. 160 § 2 k.k. w konkretnym przypadku może okazać się znacznie utrudnione, a w wielu przypadkach wręcz niemożliwe.

Ze względu na temat niniejszego opracowania, nie można zapomnieć także o art. 12 ust. 1 UPP, który nakłada na pielęgniarkę i położną obowiązek udzielenia pomocy w każdym przypadku, zgodnie z posiadanymi kwalifikacjami zawodowymi, gdy zwłoka w jej udzieleniu mogłaby spowodować stan nagłego zagrożenia zdrowotnego. Warto przytoczyć również treść art. 15 ust. 4 i art. 15a ust. 1 UPP, które stanowią odpowiednio, że „pielęgniarka i położna mają prawo do samodzielnego orzekania o rodzaju i zakresie świadczeń opiekuńczo-pielęgnacyjnych wykonywanych na rzecz pacjenta niezdolnego do samodzielnej egzystencji i samoopieki”¹², a także „w ramach samodzielnego wykonywania świadczeń zapobiegawczych, diagnostycznych, leczniczych i rehabilitacyjnych pielęgniarka i położna posiadające dyplom ukończenia studiów drugiego stopnia na kierunku pielęgniarstwo lub położnictwo oraz pielęgniarka i położna posiadające tytuł specjalisty w dziedzinie pielęgniarstwa mają prawo samodzielnie: 1) ordynować leki zawierające określone substancje czynne, z wyłączeniem leków zawierających substancje bardzo silnie działające, środki odurzające i substancje psychotropowe, oraz środki spożywcze specjalnego przeznaczenia żywieniowego, w tym wystawiać na nie recepty, 2) ordynować określone wyroby medyczne, w tym wystawiać na nie zlecenia albo recepty – jeżeli ukończyły kurs specjalistyczny w tym zakresie”¹³.

D. Karkowska, W. Włodarczyk (red.), *Prawo medyczne dla pielęgniarek*, Lex/el., dostęp na dzień 12 lutego 2019 r.

¹² Art. 15 ust. 4 ustawy z dnia 15 lipca 2011 r. o zawodach pielęgniarki i położnej.

¹³ *Ibidem*, art. 15a ust. 1.

W doktrynie przyjmuje się, że na etapie udzielania świadczeń medycznych może dojść do popełnienia czterech rodzajów błędów: 1. diagnostycznego; 2. terapeutycznego; 3. organizacyjnego; 4. technicznego¹⁴, przy czym zauważyć należy, iż w przypadku położnej możemy mówić jedynie o odpowiedzialności za tzw. błąd terapeutyczny, bądź błąd techniczny, bowiem błąd diagnostyczny z definicji może popełnić jedynie lekarz w trakcie stawiania diagnozy co do stanu pacjenta, natomiast błąd organizacyjny dotyczy nie tyle procesu leczenia – czy szerzej – udzielania świadczeń zdrowotnych, co złej organizacji pracy¹⁵, np. na oddziale szpitalnym, bądź w podmiocie leczniczym.

Dopiero tak zarysowane granice samodzielności zawodowej położnej pozwalają na zdefiniowanie pełnej grupy zdarzeń, w których może dojść do zaktualizowania się przesłanek określonych w art. 160 § 2 k.k. warunkujących jej odpowiedzialność karną – odpowiedzialność niezależną od innych podmiotów udzielających świadczenia zdrowotne.

Przechodząc do analizy formalno-dogmatycznej art. 160 k.k. zacząć należy od przypomnienia, iż z uwagi na szczególny rodzaj dobra, jakim są życie i zdrowie człowieka ustawodawca zdecydował się na objęcie ochroną prawnokarną nie tylko sytuacji, w których dochodzi do ich naruszenia, nawet nieumyślnego, obejmując zakresem tej ochrony również etap wcześniejszy, czyli wywołanie zagrożenia dla tych dóbr, z pewnymi ograniczeniami dotyczącymi określenia rozmiarów potencjalnie grożących skutków i związanym z tym zróżnicowaniem granic tej odpowiedzialności¹⁶.

Podkreślić trzeba, iż art. 160 k.k. należy do drugiej z wyróżnionych grup przepisów, gdyż przewiduje zaktualizowanie się odpowiedzialności karnej już w momencie wystąpienia stanu narażenia życia lub zdrowia człowieka na bezpośrednie niebezpieczeństwo. Zgodnie z utrwalonym w orzecznictwie poglądem owo „narażenie ma mieć charakter konkretny, nadto ustawodawca wymaga, aby było to niebezpieczeństwo bezpośrednie. Bezpośredniość tę rozumieć należy bądź jako nieuchronne następstwo dalszego niebezpiecznego dla życia lub zdrowia rozwoju sytuacji, bądź jako wysokie prawdopodobieństwo jego wystąpienia”¹⁷.

¹⁴ A. Zoll, *Odpowiedzialność karna lekarza za niepowodzenie w leczeniu*, Warszawa 1988, s. 51–77. Cyt. za: P. Zieliński, *Kilka słów o pojęciu oraz rodzajach błędów medycznych*, *Medyczna Wokanda* 2016, nr 8, s. 188.

¹⁵ P. Zieliński, *Kilka słów o...*, s. 191.

¹⁶ M. Budyn-Kulik, B. Michalski, S. Pikulski, J. Potulski, (w:) *Przestępstwa przeciwko dobrom indywidualnym. System prawa karnego*. Tom 10, pod. red. J. Warylewskiego, Warszawa 2016, *Legalis/el.* – dostęp na dzień 11 lutego 2019 r.

¹⁷ Postanowienie Sądu Najwyższego z dnia 26 stycznia 2016 r., sygn. V KK 342/15, *Lex/el.* nr 1977834.

Przestępstwo stypizowane w art. 160 k.k. w typie podstawowym jest przestępstwem powszechnym, którego sprawcą może być każdy człowiek, który ze względu na swój wiek jest zdolny do ponoszenia odpowiedzialności karnej, natomiast interesujący nas typ kwalifikowany został zmodyfikowany ze względu na podmiot – bowiem surowszej odpowiedzialności karnej za wskazane przestępstwo odpowiadać będzie osoba, na której ciąży obowiązek opieki nad osobą narażoną na niebezpieczeństwo.

Przestępstwo bezpośredniego narażenia na niebezpieczeństwo utraty życia lub ciężki uszczerbek na zdrowiu „to przestępstwo skutkowe. Wobec tego, dla przyjęcia odpowiedzialności konieczne jest zaistnienie skutku w postaci obiektywnie istniejącego potencjału niebezpieczeństwa utraty życia lub ciężkiego uszczerbku na zdrowiu”¹⁸, o którym mowa w art. 156 § 1 k.k.¹⁹, przy czym dla dokonania przestępstwa stypizowanego w art. 160 k.k. nie jest konieczne wystąpienie jakichkolwiek innych skutków, poza wytworzeniem (a w pewnych sytuacjach zwiększeniem lub utrzymaniem) stanu narażenia na niebezpieczeństwo, o jakim przepis ten stanowi²⁰.

Wskazać trzeba, że „aby podmiot mógł zostać uznany za sprawcę narażenia, o którym mowa w art. 160 k.k., jego zachowanie musi naruszać wynikające z wiedzy i doświadczenia reguły postępowania z takimi dobrami jak życie i zdrowie, stwarzając niedające się zaakceptować prawdopodobieństwo ich naruszenia. Skutek czynu zabronionego określonego w art. 160 k.k. może urzeczywistniać się także w zwiększeniu stopnia narażenia człowieka na bezpośrednie niebezpieczeństwo utraty życia, które wystąpiło już wcześniej, ale jeśli zarzuconym zachowaniem jest nieumyślne zaniechanie ciążącego na oskarżonym obowiązku zapobiegnięcia skutkowi, to warunkiem pociągnięcia oskarżonego do odpowiedzialności karnej za przestępstwo z art. 160 § 2 i 3 k.k. jest obiektywne przypisanie mu takiego skutku. Jest on spełniony wtedy, gdy zostanie dowiedzione, że pożądanе zachowanie alternatywne, polegające na wy-

¹⁸ *Ibidem*.

¹⁹ Art. 156 § 1 k.k. Kto powoduje ciężki uszczerbek na zdrowiu w postaci: 1) pozbawienia człowieka wzroku, słuchu, mowy, zdolności płodzenia, 2) innego ciężkiego kalectwa, ciężkiej choroby nieuleczalnej lub długotrwałej, choroby realnie zagrażającej życiu, trwałej choroby psychicznej, całkowitej albo znacznej trwałej niezdolności do pracy w zawodzie lub trwałego, istotnego zeszpecenia lub zniekształcenia ciała, podlega karze pozbawienia wolności na czas nie krótszy od lat 3.

²⁰ R. K o k o t, Komentarz do art. 160 k.k., (w:) R. S t e f a ń s k i (red.), Kodeks karny. Komentarz, Warszawa 2019, Legalis/el.

konaniu przez oskarżonego ciążyącego na nim obowiązku, zapobiegłoby realnemu i znaczącemu wzrostowi stopnia tego narażenia”²¹.

Z punktu widzenia interesującego nas przestępstwa zasadnicze znaczenie ma sprecyzowanie tego, od kiedy życie i zdrowie człowieka podlega ochronie na jego gruncie, przy czym podkreślić należy, że intensywność ochrony karnoprawnej życia ludzkiego jest zróżnicowana w zależności od etapu rozwojowego człowieka, niemniej ochrona ta rozpoczyna się już w chwili poczęcia²². Momentem granicznym pozwalającym, zdaniem Sądu Najwyższego, na oddzielenie typów czynów zabronionych właściwych do ochrony dziecka poczętego, od typów czynów zabronionych, w których posłużono się znamieniem człowiek, jest użyte w art. 149 KK znamię okresu porodu²³. M. Królikowski – powołując się na bogate orzecznictwo²⁴ w tej materii określił, iż znamię człowiek obejmuje dzieci nienarodzone od: 1) rozpoczęcia naturalnego porodu; 2) w wypadku operacyjnego zabiegu cesarskiego cięcia kończącego ciążę na żądanie kobiety ciężarnej – od podjęcia pierwszej czynności medycznej bezpośrednio zmierzającej do przeprowadzenia takiego zabiegu; 3) w wypadku konieczności medycznej przeprowadzenia zabiegu cięcia cesarskiego lub innego alternatywnego zakończenia ciąży – od zaistnienia medycznych przesłanek takiej konieczności²⁵. *A contrario* – w momencie niezaktualizowania się w danej sytuacji żadnej z powołanych wyżej przesłanek, dziecko nienarodzone nie będzie korzystało z ochrony przewidzianej na gruncie art. 160 k.k. W takim przypadku należy rozpatrywać sprawę przez pryzmat przestępstw, w których przedmiotem ochrony jest życie dziecka poczętego.

Podkreślenia wymaga fakt, że znakomita większość orzeczeń sądowych odnoszących się do przestępstwa stypizowanego w art. 160 § 2 k.k. zapadła na kanwie spraw karnych prowadzonych przeciwko lekarzom w związku z podejmowanymi bądź zaniechanymi przez nich czyn-

²¹ Wyrok Sądu Najwyższego z dnia 21 czerwca 2017 r., sygn. II KK 74/17, Lex/el. nr 2342166.

²² M. Królikowski, Komentarz do art. 160 k.k., (w:) M. Królikowski, R. Zawłocki (red.), Kodeks karny. Część szczególna. Tom I. Komentarz do artykułów 117–221, Warszawa 2017, Legalis/el.

²³ Uchwała Sądu Najwyższego z dnia 26 października 2006 r., sygn. I KZP 18/06, Lex/el. nr 196378.

²⁴ Zob. Uchwała Sądu Najwyższego z dnia 26 października 2006 r., sygn. I KZP 18/06, Lex/el. nr 196378; wyrok Sądu Apelacyjnego we Wrocławiu z dnia 15 października 2008 r., sygn. II AKa 223/08, Lex/el. nr 491192; postanowienie Sądu Najwyższego z dnia 25 listopada 2009 r., sygn. V KK 150/09, Lex nr 553756.

²⁵ M. Królikowski, Komentarz do art. 160 k.k.

nościami wchodzącymi w zakres udzielanych świadczeń zdrowotnych polegających między innymi na rozpoznawaniu chorób i ich leczeniu²⁶.

Wskazuje się, że dla przyjęcia odpowiedzialności karnej na gruncie art. 160 § 2 k.k. konieczne jest spełnienie następujących przesłanek: 1) wystąpienie błędu, przez który należy rozumieć czyn sprzeczny z wiedzą i praktyką medyczną; 2) ujemny skutek, który występuje w postaci naruszenia lub narażenia na bezpośrednie niebezpieczeństwo dobra prawnego w postaci nieumyślnego spowodowania śmierci, bądź ciężkiego uszczerbku na zdrowiu (art. 156 k.k.); 3) ustalenie związku przyczynowego pomiędzy zachowaniem gwaranta a negatywnym skutkiem dla zdrowia albo życia pacjenta oraz 4) wina²⁷.

Odnosząc się do pierwszej z wyszczególnionych wyżej przesłanek zauważyć trzeba, iż obowiązek udzielania przez położną świadczeń zdrowotnych na podstawie zasad wypracowanych w oparciu o wiedzę i sztukę²⁸, czyli podejmowania czynności *lege artis* wynika z art. 11 ust. 1 UPP, w którym ustawodawca wymaga, aby pielęgniarki i położne wykonywały zawód z należytą starannością, zgodnie z zasadami etyki zawodowej, poszanowaniem praw pacjenta, dbałością o jego bezpieczeństwo, wykorzystując wskazania aktualnej wiedzy medycznej oraz pośrednictwo systemów teleinformatycznych lub systemów łączności. Nadto, o obowiązku działania *lege artis* przez pielęgniarki i położne stanowi również Kodeks etyki zawodowej pielęgniarki i położnej Rzeczypospolitej Polskiej, który w Części Szczegółowej sekcji I pkt 1 obliuguje przedstawicieli tych zawodów do: a) udzielania wszystkim pacjentom troskliwej opieki zgodnej z obowiązującymi standardami, b) udzielania pierwszej pomocy w nagłych przypadkach oraz w sytuacji zagrożenia życia, c) udzielania pacjentowi rzetelnej i zrozumiałej informacji dotyczącej procesu pielęgnowania²⁹.

Wobec tego, o narażeniu przez położną człowieka na niebezpieczeństwo, o którym jest mowa w art. 160 k.k. będziemy mówić wówczas, gdy „naruszy ona oparte na wiedzy i doświadczeniu reguły postępowania

²⁶ Art. 2 ust. 1 ustawy z dnia 5 grudnia 1998 r. o zawodach lekarza i lekarza dentysty (Dz. U. z 2020 r., poz. 514 ze zm.). Przepis ten zawiera przykładowy katalog świadczeń zdrowotnych udzielanych przez lekarzy.

²⁷ R. Kędziora, Odpowiedzialność karna lekarza w związku z wykonywaniem czynności medycznych, Warszawa 2009, s. 230. Cyt. za: M. Wolińska, Odpowiedzialność karna lekarza za błąd w sztuce lekarskiej, Prokuratura i Prawo 2013, nr 5, s. 28–29.

²⁸ M. Wolińska, Odpowiedzialność karna lekarza..., s. 21.

²⁹ <https://nipip.pl/prawo/samorzadowe/krajowy-zjazd-pielegniarek-i-poloznych/kodeks-etyki-zawodowej-pielegniarki-i-poloznej-rzeczypospolitej-polskiej/> – dostęp na dzień 1 stycznia 2020 r.

w stosunku do drugiego człowieka”³⁰ – w przypadku położnych będzie to zachowanie sprzeczne z wymogami nałożonymi przez ustawodawcę na przedstawicieli tej profesji ustawą o zawodach pielęgniarki i położnej oraz niezgodne z przepisami Kodeksu etyki zawodowej uchwalonego przez samorząd zawodowy pielęgniarek i położnych. Dodać wypada, że UPP statuuje obowiązek podejmowania przez pielęgniarki i położne czynności zgodnie ze wskazaniami aktualnej wiedzy medycznej, co – jak się wydaje – obliguje je do nieustannego podnoszenia kwalifikacji zawodowych oraz zapoznawania się z najnowszymi osiągnięciami medycyny.

Przy ustalaniu, czy w interesującym nas stanie faktycznym, doszło do realizacji znamion przestępstwa narażenia na bezpośrednie niebezpieczeństwo utraty życia albo ciężkiego uszczerbku na zdrowiu, kluczowe jest określenie momentu, z perspektywy którego należy oceniać, czy działania podjęte przez położną były działaniami *lege artis*. Sąd Najwyższy w postanowieniu z dnia 19 stycznia 2011 r. stwierdził, iż „zakres obowiązków ciążących na gwarancie (art. 160 § 2 k.k.) musi być definiowany w odniesieniu do tego momentu czasowego, w którym on działa, w oparciu o wtedy dostępne mu informacje o okolicznościach stanu faktycznego. W odniesieniu do tego momentu formułowane powinny być wnioski co do zakresu realizacji tychże obowiązków i niebezpieczeństw, które wynikać mogą z ich zaniechania”³¹. Wynika to z powinności racjonalnego wykorzystania wszystkich, dostępnych w konkretnej sytuacji środków i metod, która spoczywa na zobowiązanym do opieki³².

Zaznaczyć wypada, iż dla przypisania odpowiedzialności za przestępstwo stypizowane w art. 160 k.k., niezbędne jest wystąpienie wskazanego w tym artykule skutku, przyjmującego postać narażenia człowieka na bezpośrednie niebezpieczeństwo utraty życia lub ciężkiego uszczerbku na zdrowiu, przy czym „niebezpieczeństwo to oznacza sytuację – pewien szczególny układ rzeczy lub zjawisk odrębny od samego czynu, charakteryzujący się dynamicznym rozwojem – która ma właściwość przechodzenia w inny stan, natomiast bezpośredniość niebezpieczeństwa należy wiązać nie tyle z bliskością czasową skutku mogącego nastąpić w związku z rozwojem sytuacji, ile ze stanem, gdy nieuchronnym następstwem dalszego rozwoju sytuacji, bez konieczności pojawienia się jakichś no-

³⁰ Wyrok Sądu Apelacyjnego w Katowicach z dnia 12 lutego 2004 r., sygn. II AKa 12/04, Legalis/el. nr 70072.

³¹ Postanowienie Sądu Najwyższego z dnia 19 stycznia 2011 r., sygn. IV KK 356/10, Lex/el. nr 730270.

³² R. Kokot, Komentarz do art. 160 k.k., (w:) R. Stefański (red.), Kodeks karny. Komentarz, Warszawa 2019, Legalis/el.

wych czynników dynamizujących, jest niebezpieczeństwo dla życia lub zdrowia”³³.

W przypadku ustalenia, że położna wykonała czynności niezgodne z doświadczeniem oraz wskazaniem aktualnej wiedzy medycznej oraz, że zaktualizował się skutek w postaci narażenia pacjenta na bezpośrednie niebezpieczeństwo utraty życia lub ciężkiego uszczerbku na zdrowiu, koniecznym jest wykazanie związku przyczynowo-skutkowego zachodzącego pomiędzy zachowaniem położnej a owym skutkiem. Zgodnie z postanowieniem Sądu Najwyższego z dnia 5 czerwca 2019 r. „oceny w tym zakresie dokonywać należy w oparciu o analizę aspektu pozytywnego związku – tj. odpowiedzi na pytanie, czy gdyby gwarant nie podjął niewłaściwych działań, to nie byłoby takiego skutku oraz aspektu negatywnego – w którym konieczne jest rozważenie, czy gdyby gwarant podjął właściwe działania, skutek w postaci narażenia by wystąpił, czy nie?”³⁴. W zależności od tego, czy w konkretnej sytuacji zarzucamy położnej niepodjęcie określonych działań, bądź podjęcie niewłaściwych, odpowiedź na tak postawione pytanie sprowadza się – w przypadku działania – „do konieczności udowodnienia, że podjęcie przez gwaranta sprzecznej z prawem aktywności wywołało stan bezpośredniego niebezpieczeństwa dla dobra albo zwiększyło istniejący już stan bezpośredniego niebezpieczeństwa, natomiast w przypadku zaniechania, należy wykazać, że dopełnienie ciężących na gwarancie powinności, pozwoliłoby uniknąć wystąpienia stanu bezpośredniego niebezpieczeństwa lub pozwoliłoby na zmniejszenie poziomu istniejącego wcześniej bezpośredniego niebezpieczeństwa”³⁵.

Ostatnią z przesłanek warunkujących przyjęcie odpowiedzialności gwaranta za popełnienie przestępstwa stypizowanego w art. 160 k.k. jest możliwość przypisania mu winy, która jest samodzielnym elementem struktury przestępstwa ustalonym w każdym postępowaniu karnym. „Wina, skrótowo rzecz ujmując, wyraża się w zarzucalności z powodu wadliwie ukształtowanej woli sprawcy, który naruszył normę sankcjonowaną w sytuacji, gdy bezprawność czynu była przez niego rozpoznawalna. W praktyce podstawy do stwierdzenia winy występują zawsze wtedy, gdy nie ma ustawowych okoliczności ją wyłączających”³⁶.

³³ Postanowienie Sądu Najwyższego z dnia 30 maja 2017 r., sygn. IV KK 164/17, Legalis/el. nr 1637159.

³⁴ Postanowienie Sądu Najwyższego z dnia 5 czerwca 2019 r., sygn. III KK 212/18, Legalis/el. nr 1958779.

³⁵ Postanowienie Sądu Najwyższego z dnia 27 października 2009 r., sygn. II KK 45/09, Legalis/el. nr 453449.

³⁶ Wyrok Sądu Najwyższego z dnia 8 lutego 2017 r., sygn. III KK 226/16, Legalis/el. nr 1564955.

Dla przyjęcia odpowiedzialności karnej położnej za przestępstwo stypizowane w art. 160 § 2 k.k. niezbędne jest wystąpienie wszystkich czterech powołanych wyżej przesłanek. W pierwszej kolejności trzeba ustalić, że czynności podjęte przez położną, bądź zaniechanie podjęcia przez nią czynności było sprzeczne z aktualną wiedzą medyczną i doświadczeniem, a oceny tej należy dokonywać biorąc pod uwagę wszystkie znane położnej okoliczności w momencie podejmowania działań, bądź ich zaniechania. Obowiązek działania przez położną *lege artis* wynika z przepisów ustawy o działalności leczniczej, ustawy o zawodach pielęgniarki i położnej oraz wydanego na jej podstawie rozporządzenia Ministra Zdrowia, a także unormowań Kodeksu etyki zawodowej pielęgniarki i położnej RP.

Następnie trzeba wykazać wystąpienie negatywnego skutku przyjmującego postać narażenia na bezpośrednie niebezpieczeństwo utraty życia albo ciężkiego uszczerbku na zdrowiu oraz powiązanie zaistnienia tego negatywnego skutku z zachowaniem położnej poprzez wykazanie związku przyczynowo-skutkowego zachodzącego pomiędzy tymi dwoma zdarzeniami.

Ostatnim etapem jest przypisanie położnej winy za spowodowanie owego narażenia na bezpośrednie niebezpieczeństwo dla życia albo zdrowia pacjenta będącego pod jej opieką. Przy czym pacjentem tym będzie zarówno rodząca kobieta, jak również – przy spełnieniu przesłanek określonych w orzecznictwie Sądu Najwyższego – rodzące się dziecko.

Ustawodawca za popełnienie przestępstwa stypizowanego w art. 160 § 2 k.k. przewiduje możliwość skazania sprawcy na karę pozbawienia wolności w wymiarze od 3 miesięcy do 5 lat, natomiast w przypadku, kiedy sprawca działał nieumyślnie podlega grzywnie, karze ograniczenia wolności albo pozbawienia wolności do roku. W § 4 art. 160 k.k. zawarta została ustawowa klauzula niekaralności sprawcy, który dobrowolnie uchylił grożące niebezpieczeństwo. Tak określone granice odpowiedzialności karnej gwaranta, ustawowe zagrożenie karą oraz zawarcie wspomnianej klauzuli niekaralności zdają się być adekwatne i właściwe, zwłaszcza jeśli spojrzeć na stale rosnącą liczbę postępowań wszczętych o tzw. błędy medyczne³⁷.

³⁷ Dział prasowy Prokuratury Krajowej, Prokuratura lepiej broni pacjentów i ściga lekarzy, <https://pk.gov.pl/aktualnosci/aktualnosci-z-kraju/prokuratura-lepiej-broni-pacjentow-i-sciiga-lekarzy/> – dostęp na dzień 6 stycznia 2020 r.

Criminal liability of midwives for the offence under Article 160(2) of the Penal Code

Abstract

This paper tries to answer the question of whether it is possible to ascribe any criminal liability to a midwife for the offence of posing an immediate threat of death or serious bodily injury. Activities, which may be performed by midwives, are specified and classified based on specific laws, including the midwifery law. A general dogmatic analysis of the offence under Article 160 of the Penal Code is offered, with reference to both past judgments rendered on the basis thereof, and criteria that have to be fulfilled for any liability for the offence under Article 160(2) of the Penal Code to be ascribable. The criteria are analysed one by one to answer the question concerned.

Tomasz Iwanek

Kradzież szczególnie zuchwała – perspektywa historyczna i uwagi *de lege lata*

Streszczenie

Wraz z reintrodukcją w czerwcu 2020 r. do polskiego porządku prawnego kradzieży szczególnie zuchwałej konieczne stało się rozważenie miejsca tej typizacji w systemie prawa karnego oraz dokonanie wykładni nowych znamion. Artykuł obejmuje analizę historyczną i dogmatyczną kradzieży szczególnie zuchwałej jako typu czynu zabronionego. Opisuje poprzednią postać tej typizacji umieszczoną w Kodeksie Karnym z 1969 r., wraz z przedstawieniem ówczesnych poglądów doktryny i orzecznictwa. Następnie omówiona zostaje nowelizacja polegająca na wprowadzeniu od dnia 24 czerwca 2020 r. nowego art. 278a § 1 k.k. i innych związanych przepisów. Opracowanie skupia się w tym miejscu na analizie znamion przestępstwa, próbie zidentyfikowania głównych problemów wykładniczych oraz zaproponowaniu rozumienia wybranych sformułowań i ich kategoryzacji. Rozważa także możliwość realizacji znamion kradzieży szczególnie zuchwałej przez takie stany faktyczne jak kradzieże sklepowe. Podjęto ponadto próbę sprecyzowania zakresu znaczeniowego znamienia przemocy innego rodzaju niż przemoc wobec osoby oraz rozgraniczenia kradzieży szczególnie zuchwałej od rozboju. W podsumowaniu tego fragmentu sformułowano w punktach podstawowe zagadnienia dotyczące omawianego typu przestępstwa. Zakończenie artykułu skupia się na porównaniu historycznego i aktualnego kształtu typizacji.

I

W czerwcu 2020 r. Sejm Rzeczypospolitej Polskiej przyjął nowelizację Kodeksu Karnego z 1997 r., której jednym z istotnych elementów było zdefiniowanie nowego typu czynu zabronionego – kradzieży szczególnie zuchwałej¹. Kradzież szczególnie zuchwała została wprowadzona do Kodeksu karnego na mocy art. 38 pkt 8–10 ustawy z dnia

¹ A. Łukasiewicz, Przy okazji Tarczy wraca kradzież szczególnie zuchwała, Rzeczpospolita 8 czerwca 2020 r., nr 133 (11679), s. A10.

19 czerwca 2020 r. o dopłatach do oprocentowania kredytów bankowych udzielanych przedsiębiorcom dotkniętym skutkami COVID-19 oraz o uproszczonym postępowaniu o zatwierdzenie układu w związku z wystąpieniem COVID-19, która weszła w życie w dniu 24 czerwca 2020 r.² (dalej: ustawa o dopłatach). Wydaje się, że ten nowy typ czynu może być już niedługo przedmiotem uważnego zainteresowania praktyki wymiaru sprawiedliwości. Zamierzony zakres zastosowania tego przepisu jest na tyle szeroki, iż wiele zachowań, które uprzednio kwalifikowane byłyby jako kradzież zwykła lub kradzież wykroczeniowa, a nawet jako rozbój, mogą być w przyszłości uznawane za kradzież szczególnie zuchwałą. Przy tym przyjęte rozwiązanie legislacyjne jest o tyle interesujące, że choć kradzież szczególnie zuchwałą stanowi nowy dla Kodeksu Karnego z 1997 r. typ czynu zabronionego, to nie jest ona historycznie nieznana polskiemu prawu karnemu – przestępstwo o takiej samej nazwie typizowane było już w Kodeksie Karnym z 1969 r., chociaż nie znał jej Kodeks Karny z 1932 r. Otwiera to dodatkowe pole analizy porównawczej i potrzebę sięgnięcia do historycznego dorobku doktryny i orzecznictwa.

Niniejszy artykuł ma na celu omówienie z perspektywy historyczno-prawnej oraz perspektywy *de lege lata* zasadnicze wyzwania dogmatyczne i praktyczne związane z wprowadzeniem „nowego” typu czynu zabronionego w postaci kradzieży szczególnie zuchwałej, a także podjęcie próby systemowego omówienia tej regulacji. Podjęta zostanie także próba zidentyfikowania oraz omówienia niektórych wyzwań interpretacyjnych, które mogą pojawić się w toku stosowania tych przepisów.

II

Kradzież szczególnie zuchwałą funkcjonowała w polskim porządku prawnym jako typ czynu zabronionego w okresie od 1 stycznia 1970 r. do 1 września 1998 r. Typizację zawierał art. 208 Kodeksu Karnego z 1969 r. (dalej: d.k.k.)³, który stanowił: „Kto kradnie w sposób szczególnie zuchwały lub z włamaniem, podlega karze (...)”. Przepis ten nie uległ zmianie normatywnej w całym okresie obowiązywania k.k. z 1969 r., tak co do znamion, zagrożenia karnego, jak i istotnych powiązanych instytucji pra-

² Dz. U. z 2020 r., poz. 1086.

³ Ustawa z dnia 19 kwietnia 1969 r. Kodeks Karny, Dz. U. z 1969 r., Nr 13, poz. 94 ze zm.

wa materialnego. Mimo łącznie dwudziestu czterech zmian innych przepisów kodeksu wprowadzonych we wskazanym okresie, żadna z nich nie miała bezpośredniego wpływu na wykładnię i stosowanie art. 208 d.k.k. Ewentualne znaczenie mogły mieć tylko nieliczne zmiany polegające na eliminacji kary dodatkowej konfiskaty mienia, pierwotnie określonej w art. 38 pkt 5 d.k.k. i art. 46 d.k.k., co nastąpiło z dniem 28 marca 1990 r.⁴, oraz modyfikacje dokonane w kwocie kary grzywny, na kanwie kodeksu karnego z 1969 r. Wymierzana była kwotowo, gdyż w tym czasie doszło do pięciu nowelizacji art. 36 d.k.k. regulującego tę kwestię. Pewne znaczenie mogła mieć także eliminacja art. 36 § 4 d.k.k., przewidującego pierwotnie wymierzenie kary grzywny ubocznej w przypadku wyrządzenia szkody w mieniu społecznym, a który to przepis uchylono z dniem 20 listopada 1995 r.⁵

Przepis art. 208 d.k.k. umieszczono w rozdziale XXIX k.k. z 1969 r., który w osiemnastu artykułach typizował przestępstwa przeciwko mieniu, dzieląc je na trzy podstawowe grupy: przestępstwa przeciwko mieniu społecznemu, przestępstwa przeciwko mieniu innemu niż społeczne oraz przestępstwa przeciwko mieniu wszelkiego rodzaju⁶, przy czym kradzież szczególnie zuchwała należała do tej trzeciej grupy. Za rodzajowy przedmiot ochrony rozdziału XXIX d.k.k. przyjęto mienie, które definiowano jako rzeczy i energię o wartości użytkowej, wyrażonej w pieniądzu, jak i wszelkie prawa rzeczowe i obligacyjne stanowiące majątek ich posiadacza⁷. Mieniem była własność oraz inne prawa majątkowe o wartości ekonomicznej⁸. Rozróżniano przy tym tzw. mienie społeczne (zgodnie z art. 120 § 6 d.k.k. definiowane jako socjalistyczne mienie ogólnonarodowe, mienie spółdzielcze lub mienie innej organizacji ludu pracującego) i mienie indywidualne, ale dla realizacji znamion przestępstwa kradzieży szczególnie zuchwałej z art. 208 d.k.k. rozróżnienie to nie miało istotnego znaczenia.

⁴ Ustawa z dnia 23 lutego 1990 r. o zmianie Kodeksu karnego i niektórych innych ustaw (Dz. U. z 1990 r., Nr 14, poz. 84).

⁵ Ustawa z dnia 12 lipca 1995 r. o zmianie Kodeksu karnego, Kodeksu karnego wykonawczego oraz o podwyższeniu dolnych i górnych granic grzywien i nawiązek w prawie karnym, Dz. U. z 1995 r., Nr 95, poz. 475.

⁶ J. Bafia, K. Mioduski, M. Siewierski, Kodeks karny. Komentarz, Warszawa 1971, s. 444–445.

⁷ I. Andrejew, W. Świda, W. Wolter, Kodeks Karny z Komentarzem, Warszawa 1973, s. 579; I. Andrejew, Polskie prawo karne w zarysie, Warszawa 1989, s. 428–429.

⁸ L. Gardocki, Prawo karne, Warszawa 1996, s. 300.

Kradzież szczególnie zuchwałą była typem kwalifikowanym przestępstwa kradzieży, określonej w art. 203 § 1 d.k.k., zgodnie z którym kradzieży dopuszczał się ten, kto zabierał w celu przywłaszczenia cudze mienie ruchome. Znamieniem kwalifikującym przyjętym w art. 208 d.k.k. był szczególnie zuchwały sposób realizacji zaboru rzeczy (modalność czynności wykonawczej – znamię ocenne). Kradzież szczególnie zuchwałą była przestępstwem skutkowym popełnianym z zamiarem bezpośrednim kierunkowym. Zagrożenie ustawowe przewidziane w art. 208 d.k.k. było dwukrotnie wyższe niż w art. 203 § 1 d.k.k., tak co do dolnej, jak i górnej granicy, i wynosiło od 1 do 10 lat pozbawienia wolności. Wskazywano, że surowa sankcja karna za ten występki wynika właśnie z techniki (sposobu) kradzieży, który wyraźnie odróżniał ją od kradzieży zwykłej⁹.

Znamię kwalifikujące „szczególniej zuchwałości” było znamieniem ocennym. Ujmowano je z dwóch punktów widzenia.

Po pierwsze, skupiano się na sposobie i intensywności działania sprawcy oraz na jego wpływie na otoczenie i na pokrzywdzonego. Podnoszono, że sprawca kradzieży szczególnie zuchwałej nie działa skrycie, ale jawnie, często na oczach osoby pokrzywdzonej i w sposób gwałtowny. Przykładowym sposobem takiego jawnego działania było pozbawienie pokrzywdzonego władztwa nad rzeczą poprzez wyrwanie przedmiotu z ręki¹⁰. Dodawano także, że szczególnym przypadkiem tego *modus operandi* może być kradzież mienia społecznego poprzez wyrwanie pieniędzy z ręki listonosza lub konduktora¹¹. Szczególnie zuchwałym było wykazanie intensywności w działaniu, wyzywającej i lekceważącej postawy wobec otoczenia, obliczonej na zastraszanie lub zaskoczenie tego otoczenia, np. poprzez zabranie przedmiotów z lady sklepowej na oczach właściciela i innych ludzi¹². Przyjęto także, że kradzież połączona z naruszeniem miru domowego i wtargnięciem do mieszkania pokrzywdzonego jest szczególnie zuchwałą¹³. Za taką uznawano także jawne pochwycenie rzeczy przez sprawcę i ucieczka z nią, tworzenie sztuczne-

⁹ I. Andrejew, W. Świda, W. Wolter, Kodeks..., s. 632–633; O. Górniok, S. Leleńtal, H. Popławski, Prawo karne. Część szczególna I, Gdańsk 1975, s. 148.

¹⁰ J. Bafia, K. Mioduski, M. Siewierski, Kodeks..., s. 484; I. Andrejew, W. Świda, W. Wolter, Kodeks..., s. 633.

¹¹ I. Andrejew, Polskie prawo karne w zarysie, Warszawa 1989, s. 432.

¹² I. Andrejew, W. Świda, W. Wolter, Kodeks..., s. 633; I. Andrejew, Polskie prawo... s. 432; O. Górniok, S. Leleńtal, H. Popławski, Prawo karne..., s. 149.

¹³ Wyrok Sądu Najwyższego z dnia 22 maja 1978 r., sygn. II KR 92/78.

go tłoku i wykorzystanie go dla dokonania kradzieży¹⁴, posłużenie się podrobioną legitymacją funkcjonariusza publicznego¹⁵, zabór pieniędzy od osoby uprzednio poszkodowanej przemocą¹⁶, kradzież przedmiotów na oczach osoby pokrzywdzonej i wyzywające zapytanie jej czy można¹⁷. Wszystkie te okoliczności skupiały się na wyzywającym, zaskakującym, gwałtownym, jawnym i wyraźnym dla otoczenia sposobie postępowania sprawcy, a także uwzględniały ewentualne naruszenie przez sprawcę dodatkowych dóbr prawnych, takich jak ochrona mienia społecznego, mir domowy lub wiarygodność dokumentów. Przy tym pozbawienie pokrzywdzonego możliwości podjęcia niezwłocznej interwencji, przeciwdziałającej popełnieniu kradzieży, uznawano za jeden z istotnych warunków szczególnej zuchwałości¹⁸.

Sąd Najwyższy podkreślał jednak, iż jeżeli w działaniu sprawcy brak jest jawności lub gwałtowności, to nawet kradzież popełniona w miejscu publicznym, w czasie klęsk żywiołowych lub na szkodę bezbronnej i nieporadnej osoby, nie jest kradzieżą szczególnie zuchwałą¹⁹. Wskazywano, że działanie sprawcy skrycie eliminuje możliwość przyjęcia kradzieży szczególnie zuchwałą²⁰.

Po drugie, za kradzież szczególnie zuchwałą uznawano kradzież z zastosowaniem przemocy, jednak nie w każdej formie i nie w każdy sposób. Zastosowanie przez sprawcę siły fizycznej skierowanej bezpośrednio przeciwko osobie (np. uderzenie w rękę dla wytrącenia portmonetki) bądź pośrednio przeciwko niej i bezpośrednio przeciwko rzeczy (np. wyszarpięcie torebki), ale tylko siły, która nie osiągała jeszcze poziomu „gwałtu” w rozumieniu ówczesnych znamion przestępstwa rozboju (art. 210 § 1 d.k.k.), stanowiło przesłankę kwalifikowania takiego czynu właśnie z art. 208 d.k.k.²¹ Dyskusja nad ewentualną tożsamością pojęć przemocy oraz gwałtu na osobie toczyła się jednak w doktrynie i pogląd

¹⁴ Uchwała Sądu Najwyższego cała izba SN – Izba Karna z dnia 25 czerwca 1980 r., sygn. VII KZP 48/78.

¹⁵ Wyrok Sądu Apelacyjnego w Lublinie z dnia 23 czerwca 1994 r., sygn. II AKr 128/94.

¹⁶ Wyrok Sądu Apelacyjnego w Krakowie z dnia 27 lutego 1992 r., sygn. II AKr 4/92.

¹⁷ Wyrok Sądu Najwyższego z dnia 24 czerwca 1985 r., sygn. II KR 112/85.

¹⁸ Wyrok Sądu Najwyższego z dnia 11 października 2001 r., sygn. III KKN 30/99; Uchwała Sądu Najwyższego całej Izby Karnej z dnia 25 czerwca 1980 r., sygn. VII KZP 48/78.

¹⁹ Uchwała Sądu Najwyższego całej Izby Karnej z dnia 25 czerwca 1980 r., sygn. VII KZP 48/78, pkt I.5.

²⁰ Wyrok Sądu Najwyższego z dnia 12 października 1988 r., sygn. V KRN 211/88.

²¹ I. Andrejew, W. Świda, W. Wolter, Kodeks..., s. 633; I. Andrejew, Polskie prawo..., s. 432; uchwała Sądu Najwyższego całej Izby Karnej z dnia 25 czerwca 1980 r., sygn. VII KZP 48/78; uchwała Sądu Najwyższego z dnia 18 kwietnia 1975 r., sygn. VI KZP 47/74.

przytoczony powyżej, choć wynikający wprost z uchwały Sądu Najwyższego z dnia 18 kwietnia 1975 r., sygn. VI KZP 47/74, mającej problem ten rozstrzygnąć, nie był bezalternatywny. Wydaje się jednak, iż był poglądem większościowym. Twierdzi się trafnie, że w kontekście natężenia stosowanej przemocy kradzież szczególnie zuchwałą mogła być traktowana jako stopień pośredni pomiędzy kradzieżą zwykłą a rozbojem, przy czym ocena tej intensywności należała do sądu²². W tym kontekście szarpanie pokrzywdzonej, popchnięcie jej i wyrywanie rzeczy z jej rąk było uznawane za kradzież szczególnie zuchwałą²³, podobnie jak wyrywanie torebki, kradzież z ręki osoby broniącej się albo zerwanie zegarka z ręki²⁴. Co interesujące, kradzież kieszonkową także kwalifikowano jako kradzież szczególnie zuchwałą, podkreślając jednak, że aby tak się stało musi ona obejmować stosowanie przemocy, uszkodzenie odzieży lub wyrywanie rzeczy²⁵. Oznaczało to, że zwykła kradzież kieszonkowa, która polegała tylko na wyjęciu przedmiotu z kieszeni lub torby nie była kradzieżą szczególnie zuchwałą.

Uznanie, że inny niż rozbój typ czynu zabronionego może także obejmować stany faktyczne związane ze stosowaniem przez sprawcę przemocy wobec osoby, co rodziło oczywiste problemy. Kwestia rozgraniczenia kradzieży szczególnie zuchwałej (art. 208 d.k.k.) od rozboju (art. 210 § 1 d.k.k.) była kontrowersyjna w praktyce, szczególnie co do ustalenia natężenia stosowanej przemocy oraz tego, czy była ona kierowana przeciwko rzeczy, czy przeciwko osobie. Problemy te w pewnym zakresie były podobne do wyzwań i rozwiązań obecnych już w regulacji Kodeksu Karnego z 1932 r. Przepis art. 259 k.k. z 1932 r., typizujący rozbój (rabunek), posługiwał się bowiem znamionami użycia przemocy, groźby użycia natychmiastowego gwałtu na osobie albo doprowadzeniem człowieka do stanu nieprzytomności lub bezbronności. Podawano, że przemoc ta może być stosowana pośrednio, przeciwko przedmiotowi, lub bezpośrednio, przeciwko osobie. Z kolei gwałt na osobie rozumiany był jako bezpośrednie działanie przeciwko nietykalności cielesnej o mniejszej lub większej intensywności²⁶. Wyrażne było

²² M. Bielski, Wokół „przepoławionego” charakteru przestępstwa rozboju, Państwo i Prawo 2009, nr 2, s. 95; T. Tyburcy, Z problematyki rozboju. „Przemoc wobec osoby” (art. 280 § 1 k.k.) a „gwałt na osobie” (art. 130 § 3 k.w.), Studia Prawnicze. Rozprawy i Materiały 2018, nr 1 (22), s. 84.

²³ Wyrok SN z dnia 17 kwietnia 1973 r., sygn. I KR 443/72.

²⁴ L. Gardocki, Prawo karne..., s. 308; O. Górniok, S. Leleńtal, H. Popławski, Prawo karne..., s. 149.

²⁵ Uchwała Sądu Najwyższego 7 sędziów z dnia 14 lutego 1974 r., sygn. VI KZP 72/72.

²⁶ J. Makarewicz, Kodeks karny z komentarzem, Lwów 1932, s. 364–365.

zatem rozróżnienie pomiędzy stopniami intensywności stosowanej siły fizycznej, które wpływały na kwalifikację prawną czynu zabronionego. W tamtym okresie jawny zabór rzeczy połączony z wykorzystaniem zręczności, szybkości, przebiegłości, podjęty znienacka, wykorzystujący nieuwagę ofiary, a nawet połączony z wykorzystaniem gwałtu na osobie, jak w przypadku wyrwania siłą przedmiotu z ręki posiadacza, był uznawany za graniczny wobec rozboju, ale realizujący znamiona kradzieży zwykłej określonej w art. 257 k.k. z 1932 r.²⁷ Wprost wskazywano nawet, że wyrwanie pokrzywdzonemu przedmiotu z ręki nie stanowiło w tamtym czasie rozboju²⁸.

Późniejsza z kolei definicja rozboju zawarta w art. 210 § 1 d.k.k. stanowiła, iż: „Kto zabiera w celu przywłaszczenia mienie, używając lub grożąc natychmiastowym użyciem gwałtu na osobie albo doprowadzając człowieka do stanu nieprzytomności lub bezbronności podlega karze (...)” Posługiwano się więc pojęciem „gwałtu na osobie”, które rozumiano jako użycie przemocy fizycznej o dużym natężeniu, która obezwładnia pokrzywdzonego, a także stwarza zagrożenie dla jego zdrowia lub życia zwłaszcza uderzenie, zranienie, postrzelenie²⁹. Wskazywano, że znamion przestępstwa rozboju z art. 210 § 1 k.k. nie można interpretować rozszerzająco, w tym przez podciągnięcie pod te znamiona każdej formy przemocy. Zwracając uwagę na konieczność wąskiego rozumienia znamion przestępstw oraz racjonalną decyzję ustawodawcy podnoszono, że w nowej kodyfikacji karnej celowo wyeliminowano istniejące uprzednio w art. 259 k.k. z 1932 r. znamię rozboju w postaci „użycia przemocy”, w jego miejsce wprowadzając znamię „użycie gwałtu na osobie”, co powiązane było z ustanowieniem nowego typu przestępstwa kradzieży szczególnie zuchwałej określonego w art. 208 d.k.k.³⁰ Także z tych uwag wynika, że kradzież szczególnie zuchwałą miała być z punktu widzenia stosowania przemocy jako modalności czynności wykonawczej niejako etapem pomiędzy kradzieżą zwykłą a rozbojem. Rozgraniczenie między zakresem znamion art. 210 d.k.k. i art. 208 d.k.k. dokonywane było w ten sposób, że zabór w celu przywłaszczenia mienia z użyciem przemocy w takiej postaci narusze-

²⁷ W. Makowski, Kodeks karny 1932: komentarz, t. 2, Część szczególna, Warszawa 1933, s. 590–591; L. Peiper, Komentarz do kodeksu karnego: prawa o wykroczeniach i przepisów wprowadzających wraz z niektórymi ustawami dodatkowymi i wzorami orzeczeń do prawa o wykroczeniach, Kraków 1933, s. 716.

²⁸ L. Peiper, Komentarz do..., s. 727.

²⁹ Wyrok Sądu Najwyższego z dnia 13 stycznia 1986 r., sygn. I KR 422/85; wyrok Sądu Najwyższego z dnia 25 lipca 1972 r., sygn. V KRN 279/72.

³⁰ Wyrok Sądu Apelacyjnego w Rzeszowie z dnia 16 stycznia 1992 r., sygn. II AKr 57/91.

nia nietykalności cielesnej, która nie prowadziła do obezwładnienia pokrzywdzonego, było uznawane za przestępstwo kradzieży szczególnie zuchwałej, podobnie jak użycie groźby przemocy, która nie jest gwałtem na osobie i nie stanowi niebezpieczeństwa dla życia i zdrowia³¹. Stany faktyczne, w których użyta przemoc przekraczała te progi były kwalifikowane jako rozbój.

Reasumując, za kradzież szczególnie zuchwałą w rozumieniu art. 208 d.k.k. uznawano dokonanie zaboru mienia połączonego z jednym lub kilkoma poniższymi elementami³²:

- sprawca działał jawnie wykazując postawę wyzywającą lub lekceważącą wobec posiadacza rzeczy lub otoczenia, obliczoną na zaskoczenie lub zastraszenie,
- sprawca działał gwałtownie,
- sprawca stosował przemoc wobec osoby o natężeniu niższym niż „gwałt na osobie” lub przemoc wobec rzeczy.

III

Wraz z uchwaleniem ustawy o dopłatach dokonano reintrodukcji do polskiego systemu prawa karnego materialnego kradzieży szczególnie zuchwałej. Zmiana normatywna w tym zakresie polegała na wprowadzeniu do kodeksu karnego nowych przepisów art. 278a, art. 115 § 9a oraz relewantnej zmiany art. 294 § 1. Nadto, zmieniono art. 130 § 2 k.w., dotyczący kwestii czynów przepołowionych, rozstrzygając potencjalne wątpliwości interpretacyjne.

Zgodnie z nowym art. 278a § 1 k.k., kto dopuszcza się kradzieży szczególnie zuchwałej, podlega karze pozbawienia wolności od 6 miesięcy do lat 8. Z treści § 2 tego przepisu wynika, iż jest to przestępstwo względnie wnioskowe. Znamię szczególnej zuchwałości zostało, w odróżnieniu od d.k.k., opisane w definicji legalnej, którą zawiera art. 115 § 9a k.k. Przepis ten stanowi, że kradzieżą szczególnie zuchwałą jest:

- 1) kradzież, której sprawca swoim zachowaniem wykazuje postawę lekceważącą lub wyzywającą wobec posiadacza rzeczy lub innych osób lub używa przemocy innego rodzaju niż przemoc wobec osoby, w celu zawładnięcia mieniem;

³¹ Uchwała Sądu Najwyższego cała izba SN – Izba Karna z dnia 25 czerwca 1980 r., sygn. VII KZP 48/78.

³² Por. L. Gardocki, Prawo karne..., s. 308.

- 2) kradzież mienia ruchomego znajdującego się bezpośrednio na osobie lub w noszonym przez nią ubraniu albo przenoszonego lub przemieszczanego przez tę osobę w warunkach bezpośredniego kontaktu lub znajdującego się w przedmiotach przenoszonych lub przemieszczanych w takich warunkach.

W myśl art. 294 § 1 k.k. dopuszczenie się kradzieży szczególnie zuchwałą w stosunku do mienia znacznej wartości podlega karze od 1 do 10 lat pozbawienia wolności. Rozwiązanie to budzi wątpliwości dogmatyczne, gdyż w ten sposób powstał swoisty typ przestępstwa kradzieży podwójnie kwalifikowanej – sam art. 278a k.k. kreuje wszak typ kwalifikowany przestępstwa kradzieży. Żaden inny typ kwalifikowany kradzieży, jak np. kradzież z włamaniem, nie jest objęty zakresem art. 294 § 1 k.k. Twierdzi się, że dotychczasowe wyłączenie spod regulacji art. 294 § 1 k.k. typów kwalifikowanych kradzieży wynikało z surowości ich własnego zagrożenia ustawowego³³. Pogląd ten, z powodu nowego rozwiązania przyjętego przez ustawodawcę, uległ dezaktualizacji. Jednocześnie podkreślić trzeba, że w razie popełnienia kradzieży szczególnie zuchwałą w warunkach określonych w art. 294 k.k., kwalifikacja prawna tego czynu powinna zawierać tak art. 278a § 1 k.k., jak i art. 294 § 1 k.k.³⁴

Ostatnia skorelowana zmiana normatywna dotyczy art. 130 § 2 k.w. zgodnie z którym nie stosuje się art. 119 k.w. jeżeli sprawca popełnia kradzież w sposób szczególnie zuchwałą lub z włamaniem.

Projekt ustawy o dopłatach został zarejestrowany jako druk sejmowy nr 382 i 382–A. Uzasadnienie rządowego projektu tej ustawy nie zawierało odniesienia do kradzieży szczególnie zuchwałą³⁵. Publicznie wyrażane stanowisko wskazywało jednak, że w trakcie epidemii SARS-Cov-2 wzrasta liczba kradzieży sklepowych, a czyny tego typu w trakcie klęski żywiołowej cechuje wyjątkowa zuchwałość, która zasługuje na szczególne potępienie. Dodawano, że wprowadzana regulacja ma stanowić narzędzie pomocy przedsiębiorcom, którym brakuje skutecznych narzędzi do walki z złodziejami³⁶. Dalszych wskazówek dostarcza analiza

³³ A. Marek, komentarz do art. 294 k.k., t. 1, (w:) A. Marek, Kodeks karny. Komentarz, Warszawa 2010.

³⁴ *Per analogiam*, por. wyrok Sądu Apelacyjnego w Katowicach z dnia 29 czerwca 1999 r., sygn. II AKa 179/99.

³⁵ <http://orka.sejm.gov.pl/zapisy9.nsf/0/A6A0D87C640C02ADC125857B00480B33/%24File/0035309.pdf>, dostęp w dniu: 21 września 2020 r.

³⁶ <https://www.gov.pl/web/sprawiedliwosc/tarcza-sprawiedliwosci-kary-za-wlamania-na-e-lekcje-ochrona-przedsiębiorców-mniej-spraw-w-sadach-i-procesy-on-line?>

historyczna. Projektowany art. 278a k.k. umieszczono w projekcie ustawy z dnia 13 czerwca 2019 r. o zmianie ustawy – Kodeks karny oraz niektórych innych ustaw³⁷, która nie weszła w życie. Brzmienie projektowanych ówczesnie art. 278a k.k. i art. 115 § 9a k.k. było zasadniczo tożsame wobec przyjętego na mocy ustawy o dopłatach, gdzie istniejące różnice co do art. 115 § 9a pkt 2 k.k. miały tylko charakter redakcyjny. Projekt ustawy nowelizującej z dnia 13 czerwca 2019 r. zawierał uzasadnienie w zakresie reintrodukcji kradzieży szczególnie zuchwałej³⁸. Wskazywano, że w ramach uniformizacji odpowiedzialności karnej oraz w nawiązaniu do typów czynów zabronionych obowiązujących w Kodeksie karnym z 1932 r. usunięto kradzież szczególnie zuchwałą, wobec czego art. 278 k.k. obejmuje zarówno kradzież jawną, skrytą, podstępną i kieszonkową. Decyzję tę oceniono negatywnie, podając, iż pomiędzy typem kradzieży zwykłej a kradzieży z włamaniem powinien istnieć kwalifikowany ze względu na przedmiot i sposób działania sprawcy typ kradzieży. Podkreślono, że sposób działania sprawcy, zuchwałość i nastawiony na naruszenie nietykalności osoby, nierzadko zaplanowany i perfidny, powinien uzasadniać traktowanie tego czynu jako przestępstwa niezależnie od wartości jego przedmiotu. Podobnie uzasadniano w odniesieniu do kradzieży jawnej lub z zastosowaniem przemocy innej niż przemoc wobec osoby. Oceniono, że trudno doszukać się społecznych i kryminalnopolitycznych racji, by z dobrodziejstwa łagodniejszej odpowiedzialności za wykroczenie korzystał sprawca kradzieży jawnej, okazujący lekceważenie dla pokrzywdzonego a odpowiedzialność za kradzież zwykłą, wraz z jej przepoławieniem, nie odpowiada społecznemu stopniowi szkodliwości takich zachowań oraz nie pełni w dostatecznym stopniu funkcji ogólnoprewencyjnej. W końcu wskazano, że zgodnie z art. 115 § 9a k.k. pierwsza postać kradzieży szczególnie zuchwałej obejmuje sytuacje kradzieży jawnej, w tym z użyciem przemocy pośrednio nakierowanej na osobę władającą mieniem, z kolei druga odnosi się do szeroko pojętej kradzieży kieszonkowej i obejmuje mienie znajdujące się bezpośrednio na osobie lub jej ubraniu, przenoszone przez tę osobę lub znajdujące się w przenoszonych przez tę osobę przedmiotach.

fbclid=IwAR2wYQ5l705rTC_dN5PScZCSxKDRpKPqoPePg-A3ocnwSNdD-V4h1y11yJQ, dostęp w dniu: 11 czerwca 2020 r.

³⁷ Druk sejmowy nr 3451.

³⁸ Uzasadnienie, s. 45–47, <https://www.sejm.gov.pl/Sejm8.nsf/druk.xsp?nr=3451>, dostęp w dniu: 2 sierpnia 2020 r.

Typizacja art. 278a § 1 k.k. wykorzystuje znamię normatywne (odsyłające)³⁹, bowiem posługuje się tylko nazwą, której treść nadaje dopiero art. 115 § 9a k.k. Jak podawano w uzasadnieniu ustawy z dnia 13 czerwca 2019 r., brzmienie art. 115 § 9a k.k. istotnie wyodrębnia dwie grupy sytuacji lub sposobów zachowania sprawcy nakazujących traktować je jako szczególnie zuchwałe. Jest to zatem przestępstwo wieloodmianowe, gdzie realizacja jednego tylko z pięciu podstawowych grup zachowań zebranych w dwóch punktach tego przepisu powoduje realizację kompletu znamion czynu zabronionego. Brak jest jednak podstaw do przyjęcia, że mają one charakter całkowicie rozłączny i nie mogą być ujmowane razem w opisie czynu zarzuconego/przypisanego względnie w jego kwalifikacji prawnej (gdyby oczywiście przyjąć za zasadne powoływanie w niej także art. 115 § 9a pkt 1 lub pkt 2 k.k.). Po pierwsze, nie wskazuje na taką rozłączność samo literalne brzmienie tego przepisu, który posługuje się enumeracją na oznaczenie dwóch grup sytuacji, ale nie ma w nim żadnego wskazania, iż sytuacje te traktować trzeba jako substancjalnie różne. Po drugie, z praktycznego i celowościowego punktu widzenia taka rozłączność jest niezasadna. Całkiem możliwe jest bowiem dopełnienie przez sprawcę czynu polegającego np. na użyciu przemocy innego rodzaju niż przemoc wobec osoby w celu zawładnięcia mieniem przemieszczanym przez pokrzywdzonego w warunkach bezpośredniego kontaktu, jak chociażby gwałtowne pociągnięcie i zabranie ze sobą przesyłki przenoszonej przez kuriera. W tej sytuacji pominięcie jednego z punktów art. 115 § 9a k.k. w opisie czynu zarzuconego lub przypisanego spowoduje, że opis tego czynu nie odda w pełni jego zawartości kryminalnej. Po trzecie, brak jest, jak się wydaje, systemowych przeciwskażeń dla proponowanej wykładni.

Analizując przyjęte brzmienie art. 115 § 9a k.k. stwierdzić należy, że przewidziane tam sytuacje można podzielić na trzy podstawowe grupy.

Po pierwsze, przepis ten typizuje działanie jawne, gdzie sprawca wykazuje postawę lekceważącą lub wyzywającą wobec posiadacza rzeczy lub innych osób (której nie można okazać w sposób skryty, niewidoczny dla innych) lub używa przemocy innego rodzaju niż przemoc wobec osoby (która zawsze musi mieć charakter jawny, przynajmniej dla pokrzywdzonego), oraz działanie skryte skierowane przeciwko przedmiotom przenoszonym lub schowanym przez pokrzywdzonego (w tym kradzież kieszonkową, dokonaną nawet bez stosowania przemocy lub uszkodze-

³⁹ W. Wróbel, A. Zoll, *Polskie prawo karne. Część ogólna*, Kraków 2013, s. 185.

nia mienia). Przepis nie posługuje się w tym zakresie znamieniem miejsca publicznego lub publicznego sposobu działania sprawcy, ale ewentualne wystąpienie tych modalności może mieć znaczenie dla oceny stopnia społecznej szkodliwości czynu.

Po drugie, kradzież szczególnie zuchwałą może nastąpić z zastosowaniem lub bez zastosowania przemocy. Rodzaj i cel zastosowanej przemocy określać będzie, czy w danej sytuacji dochodzi do przestępstwa z art. 278a § 1 k.k., czy też art. 280 § 1 k.k., o czym będzie jeszcze mowa.

Po trzecie, wyróżnić można kradzież skierowaną wobec rzeczy schowanych przez pokrzywdzonego lub przenoszonych na jego ciele (co koreluje ze wskazanym wyżej podziałem na działanie jawne i skryte), a także wobec przedmiotów spoczywających swobodnie, np. leżących na ladzie sklepowej.

Dodać trzeba, że stosując analogię do art. 115 § 21 k.k. (występek o charakterze chuligańskim), art. 115 § 16 k.k. (stan nietrzeźwości) oraz art. 115 § 22 k.k. (handel ludźmi na potrzeby typizacji art. 189a k.k.), zbędne wydaje się podawanie art. 115 § 9a k.k. w kwalifikacji prawnej czynów z art. 278a § 1 k.k., gdyż w art. 115 k.k. zawarto tylko definicję legalną jednego znamienia, a nie samo znamię przestępstwa. Odnotać należy, że w kontekście kwalifikacji z art. 189a § 1 k.k. w zw. z art. 115 § 22 k.k. występuje w orzecznictwie stanowisko odrębne⁴⁰. Za zbędne uznać trzeba również podawanie w kwalifikacji prawnej art. 278 k.k., podobnie jak czyni się to dla przestępstw z art. 279, 280 lub 281 k.k. Wystarczające będzie więc kwalifikowanie odpowiednich czynów tylko z art. 278a § 1 k.k., przy czym opis czynu zarzucanego/przypisanego powinien zawierać wszystkie okoliczności modalne, w tym – jak wskazywano wcześniej – także okoliczności mieszczące się w jednym lub obu punktach art. 115 § 9a k.k.

Zakres stanów faktycznych, do których może znaleźć zastosowanie art. 278a k.k. jest bardzo szeroki i należy spodziewać się jego stosunkowo częstego spotykania w praktyce wymiaru sprawiedliwości. Przepis ten może bowiem odnosić się do kradzieży skrzynki, przedmiotu, korespondencji lub zakupów przenoszonych przez osobę, kradzieży listów lub przesyłek, kradzieży od kuriera lub pośłańca, kradzieży kieszonkowej, kradzieży „na wyrwę”, kradzieży łańcuszka, zegarka, biżuterii znajdujących się na osobie, „kradzieży na promocję”, jawnej kradzieży paliwa lub

⁴⁰ Wyrok Sądu Apelacyjnego w Krakowie z dnia 3 września 2012 r., sygn. II AKa 43/12; wyrok Sądu Apelacyjnego w Krakowie z dnia 13 kwietnia 2017 r., sygn. II AKa 273/16.

innych przedmiotów ze stacji benzynowej, kradzieży torebki lub saszetki, kradzieży na oczach pokrzywdzonego, kradzieży połączonej ze zwróceniem na siebie uwagi, kradzieży z pościgiem, kradzieży połączonej z groźbą, jawnej kradzieży połączonej z naruszeniem miru domowego. Przepis art. 278a § 1 k.k. może być stosowany do kradzieży sklepowych, jednak przyjęta definicja nie daje podstaw do uznania, iż każda taka kradzież będzie musiała być uznana za kradzież szczególnie zuchwałą. Można bowiem argumentować, że zabór przedmiotów z półki sklepowej, dokonany skrycie i nie na oczach obsługi lub innych klientów, nie będzie samoistnie zachowaniem lekceważącym lub wyzywającym, nie będzie obejmować przemocy i nie będzie dotyczyć przedmiotów znajdujących się na osobie. Ustalenie takie jest zbieżne z zasadą wąskiej wykładni przepisów prawa karnego.

Wprowadzenie znamienia stosowania przemocy innego rodzaju niż przemoc wobec osoby aktualizuje dodatkowy problem interpretacyjny, w pewnym zakresie podobny do sporów toczonych na kanwie art. 208 d.k.k. i art. 210 d.k.k., gdzie pewne kategorie przemocy (o odpowiednio niskim natężeniu) kwalifikowane były z tego pierwszego przepisu, pozostałe zaś osiągające poziom „gwałtu na osobie” stanowiły rozbój. Na kanwie KK z 1969 r. dążono do wąskiej wykładni znamienia czynu z art. 210 § 1 d.k.k. w postaci „gwałtu na osobie”, tak aby rozgraniczyć rozbój i kradzież szczególnie zuchwałą⁴¹. Odnotować trzeba pogląd, zgodnie z którym stany faktyczne, które w zakresie art. 208 d.k.k. stanowiłyby kradzież szczególnie zuchwałą po uchyleniu tego przepisu mogły stanowić rozbój kwalifikowany jako wypadek mniejszej wagi⁴². Aktualnie, przynajmniej częściowo, spory te staną się ponownie relewantne. Kodeks karny posługuje się bowiem pojęciem przemocy w licznych typizacjach oraz instytucjach części ogólnej kodeksu karnego, przede wszystkim jako znamieniem typu podstawowego i znamieniem kwalifikującym⁴³. Kodeks nie formułuje jednak definicji „przemocy”, a w doktrynie kwestia ta nie jest w pełni jednolicie ujmowana⁴⁴. Często przywoływana jest definicja prze-

⁴¹ A. Zołł, komentarz do art. 280 k.k., t. 7, 33–34, (w:) W. Wróbel (red.), A. Zołł (red.), Kodeks karny. Część szczególna. Tom III. Komentarz do art. 278–363 k.k., Warszawa 2016.

⁴² A. Marek, komentarz do art. 280 k.k., t. 7, (w:) A. Marek, Kodeks karny. Komentarz, Warszawa 2010.

⁴³ Por. A. Staszak, Przemoc, szczególne udręczenie i szczególne okrucieństwo jako znamię czynu zabronionego, *Prokuratura i Prawo* 2008, nr 12, s. 34–35.

⁴⁴ B. Michalski, *Przestępstwa rozbójnicze*, (w:) R. Zawłocki (red.), System Prawa Karnego. Tom 9. Przestępstwa przeciwko mieniu i gospodarcze, Warszawa 2015, s. 167–172.

mocy sformułowana przez T. Hanauska, zgodnie z którą przemoc to „oddziaływanie środkami fizycznymi, które uniemożliwiają lub przełamując opór zmuszonego, ma nie dopuścić do powstania lub wykonania jego decyzji woli”⁴⁵. Jak się wydaje ujęcie to stało się podstawą do aktualnie akceptowanej definicji znamienia „przemoc”, zgodnie z którą przemoc powinna mieć określony cel i być ukierunkowana na przełamanie woli pokrzywdzonego, oraz powinna oznaczać co najmniej naruszenie nietykliwości cielesnej tej osoby, ale o istotnie większym od minimalnego stopniu intensywności⁴⁶. A. Zoll, dyskutując o słownikowym rozumieniu przemocy, wskazywał, że jest to siła przeważającą czyjąś siłę, fizyczna przewaga wykorzystywaną do czynów bezprawnych dokonywanych na kimś, narzucenie bezprawnie władzy, czyny bezprawne, dokonane z użyciem fizycznego przymusu, gwałt⁴⁷. Istnieją jednak inne, liczne, ujęcia przemocy, wskazujące na pojęcia takie jak użycie środków fizycznych, oddziaływanie fizyczne, czynności fizyczne, szeroko pojęte czynności fizyczne.⁴⁸ Wskazuje się jednak spójnie, że w najbardziej ogólnym ujęciu stosowanie przemocy może polegać na bezpośrednim oddziaływaniu na osobę zmuszaną (przemoc bezpośrednia, przemoc wobec osoby), ale także na oddziaływaniu na jej środowisko – otaczające ją rzeczy, pozostające z nią w ścisłym związku osoby, przy czym rzeczy te muszą być przedmiotem bezpośredniego działania, nie celem przemocy (przemoc pośrednia)⁴⁹. Użycie przez sprawcę przemocy pośredniej może realizować znamiona przestępstw z art. 282 k.k. i art. 289 § 3 k.k. Wprowadzone do art. 115 § 9a k.k. pojęcie „przemocy innego rodzaju niż przemoc wobec osoby” nie jest nowe, gdyż dokładnie tym samym sformułowaniem posługuje się ustawodawca w przepisie art. 191 § 1a k.k.⁵⁰ Na kanwie tego przepisu wskazuje się, że pojęcie to oznacza właśnie przemoc pośrednią, co pozwala traktować te dwa znamiona jako mające

⁴⁵ T. Hanausek, *Przemoc jako forma działania przestępczego*, Kraków 1966, s. 65.

⁴⁶ B. Michalski, *Przestępstwa rozbójnicze...*, s. 167–168.

⁴⁷ A. Zoll, komentarz do art. 280 k.k., t. 32, (w:) W. Wróbel (red.), A. Zoll (red.), *Kodeks karny. Część szczególna. Tom III. Komentarz do art. 278–363 k.k.*, Warszawa 2016.

⁴⁸ Uchwała Sądu Najwyższego z dnia 18 listopada 1997 r., sygn. I KZP 31/97.

⁴⁹ T. Hanausek, *Przemoc...*, s. 138–147.

⁵⁰ Przepis ten został wprowadzony z dniem 7 stycznia 2016 r. na mocy ustawy z dnia 10 września 2015 r. o zmianie ustawy – Kodeks karny, ustawy – Prawo budowlane oraz ustawy – Kodeks postępowania w sprawach o wykroczenia (Dz. U. z 2015 r., poz. 1549).

to samo znaczenie.⁵¹ Na potrzeby prakseologii stosowania prawa pogląd ten wydaje się zasadny i powinien zostać przyjęty, wątpliwości budzi jednak w kontekście zakazu wykładni synonimicznej oraz zakazu wykładni *per non est*.

Rozgraniczenia wymagać będą sytuacje faktyczne obejmujące zastosowanie przez sprawcę przemocy wobec osoby, realizującej znamiona art. 280 § 1 k.k., oraz przemocy innego rodzaju niż przemoc wobec osoby, realizującej znamiona art. 278a § 1 k.k. *Prima vista* wprowadzenie dwóch odrębnych znamion eliminuje problemy interpretacyjne związane z oceną natężenia siły fizycznej obecne, jak wskazywano wcześniej, na kanwie art. 208 d.k.k. Przyjmuje się bowiem trafnie, że przemoc wobec osoby w rozumieniu art. 280 § 1 k.k. obejmuje posłużenie się siłą fizyczną lub wykorzystanie przedmiotu wspierającego siłę fizyczną, przy czym dotyczy siły o każdym natężeniu, nawet niewielkim, takim jak przyciskanie lub przytrzymanie⁵². Użyciem przemocy w tym kontekście jest więc oddziaływanie fizyczne nawet o niewielkiej sile odpowiadającej naruszeniu nietykalności fizycznej⁵³. Przemoc ta musi być skierowana wobec osoby, a więc dotyczyć bezpośredniego oddziaływania i nie obejmuje działań pośrednich, skierowanych na rzeczy, jak na przykład wyrwanie przedmiotu z ręki pokrzywdzonego⁵⁴. Na gruncie art. 280 § 1 k.k. takie stany faktyczne, w których sprawca oddziałuje na rzecz nie stanowią rozboju, co prowadzi do uznania, że mogą one ewentualnie realizować znamiona art. 278a § 1 k.k. Przemoc innego rodzaju niż przemoc wobec osoby obejmować więc będzie przemoc pośrednią i przemoc skierowaną tylko wobec rzeczy, jako jej jedyne celu. Stany faktyczne napotymane w praktyce spowodują jednak wiele problemów z ustaleniem, jaki obiekt był zamierzonym i realnym celem fizycznego oddziaływania sprawcy, szczególnie z uwzględnieniem strony podmiotowej i często dynamicznej sytuacji. Ciągnięcie za trzymaną przez pokrzywdzonego torbę lub plecak będzie bowiem przemocą innego rodzaju niż przemoc wobec osoby, ale już dotknięcie podczas dynamicznego szarpania się z drugą osobą jej ręki, połączone nawet z niewielkim naruszeniem jej nietykalności cielesnej, może przekształ-

⁵¹ A. Zołł, komentarz do art. 191 k.k., t. 5–6, (w:) W. Wróbel (red.), A. Zołł (red.), Kodeks karny. Część szczególna. Tom II. Część I. Komentarz do art. 117–211a, Warszawa 2017.

⁵² T. Oczkowski, komentarz do art. 280 k.k., t. III.1, (w:) R. A. Stefański (red.), Kodeks Karny. Komentarz, Warszawa 2015, s. 1683.

⁵³ Wyrok Sądu Apelacyjnego w Poznaniu z dnia 19 grudnia 2012 r., sygn. II AKa 273/12.

⁵⁴ Wyrok Sądu Najwyższego z dnia 16 lipca 2002 r., sygn. III KKN 329/01.

cić dany stan faktyczny w rozbój, prawdopodobnie kwalifikowany także jako wypadek mniejszej wagi. Rozstrzygające będzie odwołanie się do znamion strony podmiotowej, pamiętając, iż rozbój jest przestępstwem podwójnie kierunkowym, ale to z kolei rodzić będzie niebagatelne problemy natury dowodowej i ryzyko oparcia się na określonych domniemaniach faktycznych. Nadto, zapewne pojawi się też problem ewentualnego przejścia kradzieży szczególnie zuchwałej w rozbój lub kradzież rozbójniczą w ramach jednego zdarzenia faktycznego i z realizacją pełnego kompletu znamion tych czynów.

Podsumowując, przyjąć trzeba, że przemoc stanowiąca znamię kradzieży szczególnie zuchwałej jest przemocą skierowaną wobec rzeczy, nie wobec osoby i nie zależy od stopnia intensywności stosowanej siły. To bowiem cel, a nie natężenie, przemocy w tym przypadku konstytuuje jej charakter.

Kolejnym elementem, na który warto wskazać, jest zastosowanie w art. 115 § 9a pkt 2 k.k. pojęcia „mienia ruchomego”. Rozwiązanie to nie koresponduje ze sformułowaniami wykorzystywanymi dotychczas przez kodeks karny w większości typizacji przestępstw przeciwko mieniu. Przede wszystkim, w typie podstawowym art. 278 § 1 k.k. mowa jest o zaborze „rzeczy ruchomej”. Pojęcie to nie odpowiada również siatce pojęciowej prawa cywilnego. Zgodnie bowiem z art. 44 k.c. mieniem jest własność i inne prawa majątkowe. Pojęcie mienia rozumiane jest szeroko jako ogół praw majątkowych, przy czym na potrzeby prawa karnego materialnego interpretując to pojęcie sięga się do definicji cywilistycznej, opierając się na postulatcie spójności systemu prawa, uwzględniając przy tym dodatkowe przedmioty zamachu określone w przepisach szczególnych⁵⁵. Z drugiej strony pojęcie to nie jest zupełnie nieznane prawu karnemu, gdyż posługują się nim art. 165a § 1 k.k. i art. 299 § 1 k.k. Twierdzi się, że „mienie ruchome” należy rozumieć jako rzeczy lub przedmioty ruchome⁵⁶, lub własność i inne prawa majątkowe odnoszące się do rzeczy innych niż nieruchomości⁵⁷. Podkreślić jednak trzeba, że w obu wskazanych przepisach mienie ruchome występuje obok innych desygnatów przedmiotu przestępstwa, takich jak

⁵⁵ R. Zawłocki, *Przestępstwa przeciwko mieniu. Zagadnienia ogólne*, (w:) R. Zawłocki (red.), *System Prawa Karnego. Tom 9. Przestępstwa przeciwko mieniu i gospodarcze*, Warszawa 2015, s. 27–42.

⁵⁶ A. Marek, komentarz do art. 299 k.k., t. 7, (w:) A. Marek, *Kodeks karny. Komentarz*, wyd. V, Warszawa 2010.

⁵⁷ G. Bogdan, komentarz do art. 299 k.k., t. 13, (w:) W. Wróbel (red.), A. Zoll (red.), *Kodeks karny. Część szczególna. Tom II. Część I. Komentarz do art. 117–211a*, Warszawa 2017.

m.in. środki płatnicze, instrumenty finansowe, papiery wartościowe, wartości dewizowe, prawa majątkowe. Jest zatem od nich wyraźnie semantycznie i logicznie wyodrębnione. Rodzi to wyzwanie interpretacyjne na kanwie art. 278a § 1 k.k., tym bardziej, iż każda kradzież, a więc także kradzież szczególnie zuchwała, dotyczy „rzeczy ruchomej” ujętej w znamionach typu podstawowego art. 278 § 1 k.k. Skoro zatem znamię „kradzież” użyte w art. 115 § 9a k.k. rozumiane być musi jako komplet znamion art. 278 § 1 k.k., to zgodnie z literalnym brzmieniem tych przepisów, kradzieżą szczególnie zuchwałą jest: kradzież (art. 278 § 1 k.k. – zabór w celu przywłaszczenia cudzej rzeczy ruchomej, gdzie rzecz ruchoma posiada definicję legalną w art. 115 § 9 k.k. i dotyczy także m.in. pieniądza lub środka płatniczego) szczególnie zuchwała (art. 115 § 9a pkt 2 k.k. – dotycząca „mienia ruchomego” przenieszonego lub przemieszczanego przez pokrzywdzonego). Do jednego stanu faktycznego stosuje się więc dwa bliskie semantycznie, ale nie tożsame, pojęcia „rzeczy ruchomej” rozszerzonej o wskazania art. 115 § 9 k.k., oraz „mienia ruchomego”. Mogłoby to rodzić problem chociażby w sytuacji kradzieży kieszonkowej gotówki przenoszonej przez pokrzywdzonego w kieszeni odzieży i nieschowanej w portfelu lub portmonetce. Pieniądze (środki płatnicze) bowiem stanowią „rzecz ruchomą” zgodnie z art. 115 § 9 k.k., ale nie stanowią już „mienia ruchomego” zgodnie z art. 115 § 9a k.k. Skoro bowiem art. 165a § 1 k.k. i art. 299 § 1 k.k. wyraźnie odróżniają środki płatnicze (znaki pieniężne – banknoty i monety) od mienia ruchomego, to nie ma żadnych podstaw, aby uznać, że „mienie ruchome” obejmuje także środki płatnicze. Prowadzi to do nielogicznego i jak się wydaje niespójnego systemowo wyniku wykładni, zgodnie z którym kradzież kieszonkowa przedmiotu (mienia ruchomego) stanowiłaby kradzież szczególnie zuchwałą, ale już kradzież gotówki z tej samej kieszeni tej samej osoby stanowiłaby kradzież zwykłą. Takiego wyniku wykładni zaakceptować nie można, choćby z uwagi na postulaty racjonalności ustawodawcy i spójności systemu prawa. Przyjąć więc należy, że przez każdorazowe zastosowanie pełnego zestawu znamion art. 278 § 1 k.k. do każdego typu zmodyfikowanego, w tym art. 278a § 1 k.k., pojęcie „mienia ruchomego” stanowiące znamię art. 278a § 1 k.k. tożsame jest z pojęciem „rzeczy ruchomej”. Zabieg ten ma jednak podłoże teleologiczne i prakseologiczne, z dogmatycznego punktu widzenia nie jest bezalternatywny.

Dalsza kwestia dotyczy zastosowania znamion ocennych. W miejsce jednego takiego znamienia („szczególnie zuchwała”) funkcjonującego na

kanwie art. 208 d.k.k. wprowadzono dwa inne, nowe, ustawowe znamiona ocenne – postawa wyzywająca lub lekceważąca. Nadmienić wszak należy, że jak wskazano wcześniej, już w stosunku do art. 208 d.k.k. doktryna posługiwała się tymi słowami interpretując kradzież szczególnie zuchwałą⁵⁸. W ujęciu praktycznym, w którym wiele innych przepisów prawa karnego materialnego również wykorzystuje znamiona ocenne, a także w świetle rzeczywiście stosowanego konstytucyjnego standardu zasady określoności ustalonego w orzecznictwie Trybunału Konstytucyjnego⁵⁹, nie można stwierdzić, aby zastosowanie tych znamion musiało prowadzić do nieprzekraczalnych problemów interpretacyjnych. Akceptacja i funkcjonowanie w prawie karnym materialnym takich sformułowań jak „znieważa”, „pornografia”, „złośliwie przeszkadza”, „złośliwie narusza” lub „znaczna ilość” unaocznia, iż znamiona ocenne i nieokreślone stanowią istotny element polskiego prawa karnego i nie zostały usunięte w drodze interwencji Trybunału Konstytucyjnego. Przy tym, w drodze wykładni ewentualne problemy z pojęciami lekceważenia i wyzywającego zachowania mogą zostać przezwyciężone. „Lekceważyć” oznacza bowiem „traktować kogoś lub coś pogardliwie, bez szacunku” oraz „nie przywiązywać wagi do czegoś”⁶⁰, natomiast „wyzywający” oznacza „zachowujący się zaczepnie, prowokujący innych, zwłaszcza erotycznie; też: świadczący o takiej postawie”⁶¹. W kontekście omawianego typu przestępstwa zwroty te będą określać postawę i stosunek sprawcy do pokrzywdzonego i innych osób postronnych, wyrażający się w pogardliwym, zaczepnym, prowokującym i bezczelnym zachowaniu. Wszystko to łącznie będzie z jawnym i butnym działaniem sprawcy, który

⁵⁸ Por. przypis 13 niniejszego artykułu.

⁵⁹ Istotą tej zasady jest wszak wymóg, aby prawo karne materialne było precyzyjne w takim stopniu, który umożliwi jednostce pozyskanie informacji na temat bezprawności lub karalności jej zachowania. Dodaje się, że nawet jeśli przy stosowaniu danego zwrotu wystąpią różnice w orzecznictwie dotyczącym jego wykładni, to tylko różnice o charakterze zasadniczym prowadzące do nieprzewidywalnych wyników wykładni mogą prowadzić do naruszeniu omawianego standardu. Trafnie jednak wskazuje się, że Trybunał Konstytucyjny do oceny różnych typów znamion stosuje zasadniczo ten sam standard konstytucyjny. Por. P. C y c h o s z, Konstytucyjny standard prawa karnego materialnego w orzecznictwie Trybunału Konstytucyjnego, Kraków 2017, s. 96–106.

⁶⁰ Słownik języka polskiego PWN, https://sjp.pwn.pl/szukaj/lekcewa%C5%BC%C4%85c.html?fbclid=IwAR0GAlfuwPdsOwnMoLqmSdHF25eJbrZ_kKZMxqcbJ_KAJyKsUaFy36STo10, dostęp w dniu: 20 września 2020 r.

⁶¹ Słownik języka polskiego PWN, https://sjp.pwn.pl/szukaj/wyzywaj%C4%85cy.html?fbclid=IwAR10Ns-ICuKI0T6FtBArEVjRwqnKzt04-1ITPJAjGkYfG71INDYYG_Sx8nQ, dostęp w dniu: 20 września 2020 r.

nie będzie krył się ze swoim czynem. Wypada też zauważyć, że jeżeli w ocenie Trybunału Konstytucyjnego posłużenie się przez ustawodawcę ocennym i kontekstowym znamieniem „znacznej ilości” środków odurzających lub psychotropowych standard określoności prawa karnego spełnia, to nie powinno budzić wątpliwości, iż posłużenie się mającymi swoje ustabilizowane językowe znaczenie zwrotami „lekceważący” lub „wyzywający” także wątpliwości takich nie powinno budzić⁶². Zgodzić należy się z poglądem wyrażonym przez Trybunał, iż często alternatywą wobec posłużenia się znamieniem ocennym jest stosowanie kazuistyki definicyjnej, co rodzi jeszcze większe trudności i jest znacznie mniej efektywnym zabiegiem.

Ostatnim aspektem, na który warto zwrócić uwagę jest to, iż skoro kradzież szczególnie zuchwała stanowi typ kwalifikowany kradzieży, problemy mogą rodzić kwestie ewentualnych zbiegów przepisów i właściwych kwalifikacji prawnych. Zbieg przepisów nie będzie zachodził pomiędzy art. 278a § 1 k.k. a przestępstwami z art. 279 k.k., 280 k.k. i 281 k.k., wszystkie z nich bowiem dotyczą różnych i rozłącznych kwalifikowanych form kradzieży. Nie będzie także odwoływać się do czynu z art. 278a § 1 k.k. przepis art. 278 § 5 k.k., który wszak wprost odsyła wyłącznie do art. 278 § 1 k.k. Nie powinien w większości przypadków zachodzić zbieg przestępstwa z art. 278a § 1 k.k. z czynami z art. 217 § 1 k.k. i art. 156–157 k.k., gdyż zastosowanie przemocy wobec osoby zmienia dane zachowanie z kradzieży szczególnie zuchwałej w rozbój. Potencjalnie jednak może dojść do jednoczynowego zbiegu przepisów art. 278a § 1 k.k. z art. 157 § 1–3 k.k., w sytuacji, w której np. wyszarpięcie torebki lub przedmiotu z ręki danej osoby spowoduje (znamię czynnościowe m.in. art. 157 k.k., przy czym jest to znamię szersze i inne od „stosowania przemocy”) upadek i doznanie przez pokrzywdzonego właściwego uszczerbku na zdrowiu. Zastosowanie do art. 278a § 1 k.k. znajduje art. 294 § 1 k.k., jak już wskazywano wcześniej. W końcu, brak jest typu uprzywilejowanego kradzieży szczególnie zuchwałej gdyż nie stosuje się do art. 278a § 1 k.k. regulacja wypadku mniejszej wagi przewidziana w art. 283 k.k. (*numerus clausus*), przy czym nie wprowadzono żadnego innego przepisu mogącego taki typ uprzywilejowany wykreować. Nie jest to także czyn przepełniony.

Rekonstrukcja ostatecznie przyjętych i obowiązujących znamion kradzieży szczególnie zuchwałej, wynikających z art. 115 § 9a k.k. w zw.

⁶² Por. wyrok Trybunału Konstytucyjnego z dnia 14 lutego 2012 r., sygn. P 20/10.

z art. 278a § 1 k.k., wraz z uwzględnieniem uwarunkowań systemowych oraz poczynionych wyżej uwag pozwala na uznanie, że:

- 1) kradzież szczególnie zuchwała stanowi typ kwalifikowany występuku kradzieży, co oznacza, iż wszystkie znamiona typu podstawowego kradzieży powinny znaleźć zastosowanie, przy czym znamieniem kwalifikującym jest określony w art. 115 § 9a k.k. *quasi*-alternatywnie sposób działania sprawcy;
- 2) podstawowa czynność sprawcza zaboru zyskała pięć kwalifikujących modalności zbiorczo określonych jako „szczególna zuchwałość”, ujętych w dwie podgrupy – działanie jawne i działanie skryte skierowane przeciwko przedmiotom przenoszonym lub schowanym:
 - a) zabór jawny, którego sprawca swoim zachowaniem wykazuje postawę lekceważącą lub wyzywającą wobec posiadacza rzeczy lub innych osób (art. 115 § 9a pkt 1 k.k.),
 - b) zabór jawny, którego sprawca w celu zawładnięcia mieniem używa przemocy innego rodzaju niż przemoc wobec osoby (art. 115 § 9a pkt 1 k.k.),
 - c) zabór jawny lub skryty mienia ruchomego znajdującego się bezpośrednio na osobie lub w noszonym przez nią ubraniu (art. 115 § 9a pkt 2 k.k.),
 - d) zabór jawny lub skryty mienia ruchomego przenoszonego lub przemieszczanego przez tę osobę w warunkach bezpośredniego kontaktu (art. 115 § 9a pkt 2 k.k.),
 - e) zabór jawny lub skryty mienia ruchomego znajdującego się w przedmiotach przenoszonych lub przemieszczanych w takich warunkach (art. 115 § 9a pkt 2 k.k.);
- 3) dalsza modyfikacja następuje przez zastosowanie art. 294 § 1 k.k. (typ podwójnie kwalifikowany), kiedy kradzież szczególnie zuchwała popełniona jest wobec mienia znacznej wartości;
- 4) brak jest wypadku mniejszej wagi, nie nastąpiła bowiem korespondująca z wprowadzeniem nowego typu przestępstwa nowelizacja art. 283 k.k., który nie odsyła do art. 278a § 1 k.k.;
- 5) kradzież szczególnie zuchwała nie jest czynem przepołowionym, gdyż zgodnie z korespondującą nowelizacją art. 130 § 2 k.w. przepisu art. 119 § 1 k.w. – typizującego kradzież mienia o wartości do 500 zł jako wykroczenie – nie stosuje się do kradzieży z włamaniem i kradzieży szczególnie zuchwałej;
- 6) wprowadzono umiarkowanie surowe zagrożenie karne art. 278a § 1 k.k. w postaci sankcji jednorodnej – kary pozbawienia wolności od 6 miesięcy do lat 8, co plasuje ten typ przestępstwa pomiędzy kra-

dzieżą zwykłą a pozostałymi typami kwalifikowanymi kradzieży, jak choćby kradzież z włamaniem, przy czym w pełni zasadnie w dalszym ciągu najpoważniejszym typem przestępstwa z *genus* kradzieży pozostaje rozbój;

- 7) wprowadzone zagrożenie karne oznacza, że do czynów z art. 278a § 1 k.k.:
- a) zastosowanie może znaleźć art. 37a k.k. w brzmieniu ustalonym ustawą o dopłatach, pozwalający na zastosowanie szczególnej instytucji wymiaru kary i „zamianę” kary pozbawienia wolności na określone kary wolnościowe pod warunkiem orzeczenia środka karnego, kompensacyjnego lub przepadku;
 - b) zastosowanie art. 37a k.k. może być w niektórych stanach faktycznych utrudnione, jak w sytuacji, w której sprawca najpierw ukradł rzecz, po czym po pewnym czasie oddał rzecz albo naprawił szkodę, co oznacza, iż nie będzie możliwe orzeczenie przepadku, środka kompensacyjnego z art. 46 k.k. w postaci odszkodowania (teoretycznie możliwe będzie ewentualne orzeczenie zadośćuczynienia lub nawiązki) i brak będzie podstaw do orzeczenia środka karnego;
 - c) zastosowanie może znaleźć kara sekwencyjna z art. 37b k.k.;
 - d) nie jest możliwe zastosowanie instytucji warunkowego umorzenia postępowania;
 - e) nie stosuje się art. 58 § 1 k.k.;
- 8) nie stosuje się do art. 278a § 1 k.k. regulacja art. 295 § 1 i § 2 k.k., przewidującego dodatkową przesłankę nadzwyczajnego złagodzenia kary lub odstąpienia od jej wymierzenia do określonych przestępstw przeciwko mieniu w przypadku, kiedy sprawca dobrowolnie naprawił szkodę w całości albo zwrócił pojazd lub rzecz albo naprawił szkodę w znacznej części, gdyż przepis ten wprost wskazuje konkretne występki (poprzez wskazanie konkretnego numeru przepisu), do których można go odnosić.

IV

Porównanie historycznej regulacji art. 208 d.k.k. i aktualnie obowiązującego art. 278a k.k. wskazuje na daleko idące podobieństwa pomiędzy typizacjami kradzieży szczególnie zuchwalej, ale ujawnia także kilka istotnych różnic. Wydaje się, że współczesna regulacja rozbudowuje rozumienie znamion kradzieży szczególnie zuchwalej o stany, które wcześniej nie wchodziły w jej zakres, co może oznaczać, iż przepis ten będzie

częściej wykorzystywany w praktyce. Pozostano przy rozwiązaniu przyjmującym kradzież szczególnie zuchwałą jako typ kwalifikowany kradzieży, gdzie znamieniem kwalifikującym jest „zuchwały” sposób zaboru mienia. Rozumienie tej zuchwałości zmieniło się jednak. Przy tym przyjęto definicję legalną znamion przestępstwa, na który to zabieg nie zdecydowano się w k.k. z 1969 r.

W zakresie różnic odnotować trzeba, iż odstąpiono od wymogu jawnego i oczywistego działania sprawcy, próbując objąć zakresem tego typu przestępstwa także każdą kradzież kieszonkową, która wszak najczęściej dokonywana jest niepostrzeżenie dla pokrzywdzonego. Zmieniono sposób rozumienia stosowanej przez sprawcę przemocy, gdzie uprzednio była to przemoc o niskim natężeniu, a aktualnie jest to przemoc skierowana przeciwko rzeczom. W porównaniu do k.k. z 1969 r. zmniejszono zagrożenie ustawowe, wobec sankcji od 1 do 10 lat pozbawienia wolności przewidzianej przez art. 208 d.k.k. Mimo przyjęcia definicji legalnej kradzieży szczególnie zuchwałej wprowadzono w miejsce jednego znamienia ocennego (szczególnie zuchwałą) dwa inne znamiona ocenne (postawa wyzywająca lub lekceważąca).

Regulacje te wykazują zatem silne podobieństwa, ale nie są identyczne. Aktualnie obowiązujące przepisy stanowią nowy typ przestępstwa, który ma własny zestaw znamion i odrębny deklarowany cel stosowania. Pewne kwestie wymagać będą jednak, jak się wydaje, interwencji interpretacyjnej autorytetów doktryny i Sądu Najwyższego, tak aby zapewnić jednolitość stosowania nowych przepisów.

Particularly audacious theft: historical perspective and remarks with a view to the existing law

Abstract

Reintroduced to the Polish legal regime in June 2020, a particularly audacious theft requires that its place in the criminal law system and its new criteria be considered and construed, respectively. This paper offers a historical and dogmatic analysis of a particularly audacious theft as a prohibited act. A description of the offence in the Penal Code of 1969 is provided, accompanied by views of legal academics and commentators at the time. An amendment, which consisted in introducing new Article

278a (1) to the Penal Code and other relevant regulations, effective as of 24 June 2020, is discussed. Particular focus is given to: an analysis of the criteria for the offence, an attempt to identify major problems in interpretation, and a proposal for understanding and categorizing select terms. A possibility for the criteria for the particularly audacious theft to be fulfilled by thefts such as shop thefts is considered. An attempt is also made to precisely define violence other than violence against a person, and to distinguish between a particularly audacious theft and a robbery. A summary section of this paper tabulates major issues pertaining to particularly audacious thefts and compares past and current definitions of the offence concerned.

Daniel Strzelecki

Problemy interpretacyjne znamienia działania w celu osiągnięcia korzyści majątkowej przestępstw związanych z udzielaniem środka odurzającego, substancji psychotropowej lub nowej substancji psychoaktywnej

Streszczenie

W artykule przeprowadzono wykładnię znamienia ustawowego działania w celu osiągnięcia korzyści majątkowej wystawionego w opisie normatywnym typów czynów zabronionych z art. 59 ustawy z dnia 29 lipca 2005 r. o przeciwdziałaniu narkomanii. Interpretacja tego znamienia wywołuje od wielu lat istotne kontrowersje w judykaturze, jak i doktrynie. Pomimo narastających nadal różnic wykładniczych, nie przeprowadzono dotychczas dogłębnej analizy tego zagadnienia. Tymczasem właściwa jego egzegeza ma niezmiennie istotne praktyczne znaczenie, bowiem pozwala w identycznych okolicznościach faktycznych na jednoznaczne rozróżnienie, czy osoba udzielająca narkotyku realizuje znamiona ustawowe przestępstwa z art. 58 tej ustawy, czy też z jej art. 59.

Prawidłowe zdekodowanie znaczenia normatywnego tego znamienia pozwala zatem rozstrzygnąć, czy udzielający narkotyku odpowiada za jeden z występków stypizowanych w art. 58 ustawy o przeciwdziałaniu narkomanii, czy też za jedno z przestępstw opisanych w jej art. 59. Rzec w tym, że znamiona par typów czynów zabronionych z art. 58 ust. 1 i art. 59 ust. 1 tej ustawy, jak również pary przestępstw opisanych w jej art. 58 ust. 2 i art. 59 ust. 2, różnią się w zasadzie tylko tym, że typy czynów zabronionych opisane w art. 59 ustawy wystawiają dodatkowe znamię w postaci działania osoby udzielającej narkotyku w celu osiągnięcia korzyści majątkowej. Praktyczna doniosłość tego rozróżnienia jest przy tym znacząca, bowiem występkę z art. 58 ust. 1 i 2 ustawy zagrożone są karami odpowiednio od 1 miesiąca do lat 3 oraz od 6 miesięcy do 8 lat. Przestępstwa opisane w art. 59 ust. 1 i 2 tego aktu normatywnego przewidują natomiast znacznie surowsze zagrożenia ustawowe. Wszakże w art. 59 ust. 1 ustawy o przeciwdziałaniu

niu narkomanii sankcja wyznaczona została przez ustawodawcę na pułapie od roku do 10 lat, zaś ostatnie z przywołanych przestępstw stanowi zbrodnię zagrożoną karą pozbawienia wolności w granicach od 3 do 15 lat.

Nakreślone powyżej zagadnienie stanowi przedmiot niniejszego opracowania, przy czym jego autor opowiada się za przyjęciem, że znaczenie normatywne znamienia działania w celu osiągnięcia korzyści majątkowej wysłowione w typach czynów zabronionych z art. 59 ustawy o przeciwdziałaniu narkomanii należy ustalać w sposób zawężający. Takie znaczenie wynika z wykładni tego znamienia przeprowadzonej wieloma metodami.

Istota kontrowersji

Jak już nadmieniono, znaczenie normatywne przesłanki z art. 59 ustawy o przeciwdziałaniu narkomanii¹ w postaci działania w celu osiągnięcia korzyści majątkowej jest ustalane niejednorodnie. Wprawdzie wyróżniły się w tym przedmiocie dwa przeciwstawne stanowiska, jednakże nie przeprowadzono dotychczas pogłębionej analizy tej problematyki, która przekonywałaby o słuszności któregośkolwiek z nich.

Najdalej idące i przeważające w judykaturze i doktrynie zapatrywanie, zgodnie z którym każde udzielenie narkotyku², które wiąże się z jakimkolwiek transferem pieniędzy, wyczerpuje znamię działania w celu osiągnięcia korzyści majątkowej, zostało wyrażone w pisemnych motywach wyroku Sądu Apelacyjnego w Białymstoku z dnia 14 lutego 2006 r., sygn. II AKa 290/05³. Sąd ten wskazał, że „Każde odpłatne udzielanie bez wymaganego zezwolenia określonego przepisami ustawy z dnia 29 lipca 2005 r. o przeciwdziałaniu narkomanii (...) środka odurzającego lub substancji psychotropowej innej osobie wyczerpuje pojęcie działania w celu osiągnięcia korzyści majątkowej statuując ocenę zachowania sprawcy (sprawców) w ramach czynów spenalizowanych treścią wyżej powołanej normy (art. 59 tej ustawy – dopisek autora). Wyłączenie środków odurzających i substancji psychotropowych z powszechnego obrotu powoduje bowiem, iż każde uzyskane z tytułu ich sprzedaży bądź odsprzedaży świadczenie pieniężne pozostaje świadczeniem niegodziwym, nienależ-

¹ Dz. U. z 2005 r., Nr 179, poz. 1485; tekst jedn. Dz. U. z 2019 r., poz. 852.

² Na potrzeby opracowania przyjęto, że zbiorcze pojęcie narkotyku oznacza środek odurzający, substancję psychotropową oraz nową substancję psychoaktywną.

³ LEX nr 182702.

nym i bezprawnym, które w żadnym wypadku nie może być uznane za słuszny ekwiwalent poniesionych przez sprawcę (sprawców) kosztów nabycia tych środków lub substancji, co nawet w sytuacji kiedy podejmowane czynności sprawcze nie są nakierowane na osiągnięcie zysku stanowi o odpowiedzialności za kwalifikowaną formę „udzielania”, znamieniem której pozostaje korzyść majątkowa w rozumieniu art. 115 § 4 k.k., pojęcie której wiąże się z korzyścią uzyskiwaną nie tylko przez samego sprawcę (sprawców), ale też i przez inną osobę, którą w sytuacji tzw. „przestępstw narkotykowych” pozostaje osoba stanowiąca źródło zaopatrzenia. Stąd też nawet w przypadku, gdy zachowania sprawcze sprowadzają się li tylko i wyłącznie do pośredniczenia w zakupie substancji psychotropowych lub środków odurzających od innych osób w pełni uprawnioną pozostaje ocena prawna zachowania sprawcy (sprawców) w transakcjach tych pośredniczących w ramach dyspozycji art. 59 powoływanej ustawy”.

Sąd ten rozważał dwa modele związane z udzielaniem narkotyku, jakie *ad casu* zostały ustalone w sprawie. Rozważania dotyczyły mianowicie modelu polegającego na odpłatnym zbywaniu narkotyku kupującemu za cenę, która zawierała nadwyżkę uzyskanej kwoty nad sumą, którą udzielający uprzednio wydał zaopatrując się w narkotyk. Drugi model polegał zaś na tym, że udzielający przyjmował od konsumenta pieniądze na zakup narkotyku i na jego prośbę nabywał narkotyk u swojego dostawcy, a następnie przekazywał go kupującemu nie osiągając z tego tytułu żadnego zysku rozumianego jako opisana nadwyżka. Sąd Apelacyjny w Białymstoku przyjął w odniesieniu do każdego z tych modeli, że poddane ocenie znamię typów czynów zabronionych z art. 59 ww. ustawy w postaci działania w celu osiągnięcia korzyści majątkowej zostało przez oskarżonych zrealizowane. Chociaż nie przeanalizowano w uzasadnieniu tego wyroku szczegółowo, jak należy w obu poddanych osądowi modelach postrzegać realizację tego znamienia. Niemniej jednak założono, że jeżeli tylko osoba udzielająca narkotyku uzyskuje za to jakiegokolwiek pieniądze, to z uwagi na fakt, że stanowią one świadczenie nieekwiwalentne wobec wyłączonego z obrotu handlowego przedmiotu transakcji, już sama ta okoliczność jest wystarczająca do przyjęcia odpowiedzialności karnej udzielającego na płaszczyźnie jednego z typów czynów zabronionych z art. 59 ustawy o przeciwdziałaniu narkomanii z powodu realizacji znamienia działania w celu osiągnięcia korzyści majątkowej.

Analizując zachowania oskarżonych w obu rozważanych modelach Sąd ten przeprowadził rozważania na innej jeszcze płaszczyźnie, a od-

noszącej się do zaopatrywania się w narkotyk przez osobę, która finalnie go udziela. Wywiódł bowiem, że oskarżeni zrealizowali analizowane ustawowe znamię z art. 59 ustawy o przeciwdziałaniu narkomanii także dlatego, że korzyść majątkową rozumianą jako nieekwiwalentne świadczenie, uzyskał od nich ich dostawca, który będąc w rozumieniu art. 115 § 4 k.k. inną osobą, sprzedał im narkotyk, który to oni następnie udzielili.

Kierunek interpretacyjny zapoczątkowany powołanym wyrokiem był w późniejszym czasie kontynuowany w orzecznictwie sądów powszechnych⁴, a ponadto zyskał aprobatę w doktrynie prawa karnego materialnego⁵. Odstąpiono wprawdzie od zapatrywania, zgodnie z którym już tylko z tego powodu, że świadczenie pieniężne uzyskiwane przez osobę udzielającą narkotyku za jego zbycie konsumentowi charakteryzuje się brakiem ekwiwalentności wobec przedmiotu transakcji, to sama ta okoliczność jest wystarczająca do przyjęcia, że udzielający uzyskuje korzyść majątkową w postaci tegoż nieekwiwalentnego świadczenia, nawet jeżeli nie osiąga żadnego zysku. Podtrzymano jednakże wnioskowanie, że jeżeli osoba udzielająca narkotyku działa bezzyskowo, a jedynie pośredniczy w transferze pieniędzy i narkotyku pomiędzy dostawcą a konsumentem, to analizowane znamię zostaje wyczerpane, jeżeli na poprzednim etapie obrotu taki zysk osiąga dostawca narkotyku ze świadczenia otrzymanego od udzielającego. Jakkolwiek Sąd ten nie wskazał jednoznacznie, że za korzyść majątkową statuującą odpowiedzialność karną udzielającego poczytuje tylko taką, która wyraża osiągnięcie przez jego dostawcę zysku. Niemniej jednak, skoro przekazanie narkotyku dokonane przez udzielającego, które było wszakże odpłatne, lecz nie wiązało się z osiągnięciem przez niego zysku, potraktował potencjalnie jako mogące wyczerpywać znamiona jednego z występków z art. 58 ustawy o przeciwdziałaniu narkomanii, to konsekwentnie zapewne właśnie w zyskowości transakcji przekazania przez dostawcę osobie, która następnie tenże narkotyk udzieliła konsumentowi, dopatrywał się realizacji przez udzielającego analizowanego znamienia ustawowego z art. 59 tej ustawy.

⁴ Wyroki Sądu Apelacyjnego w Lublinie z dnia 14 października 2009 r., sygn. II AKa 170/09, LEX nr 550494; z dnia 11 października 2006 r., sygn. II AKa 237/06, LEX nr 268969 i z dnia 28 września 2018 r., sygn. II AKa 157/18, LEX nr 138537; postanowienie Sądu Apelacyjnego w Szczecinie z dnia 15 listopada 2006 r., sygn. II AKz 390/06, LEX nr 284373; wyrok Sądu Apelacyjnego w Warszawie z dnia 22 grudnia 2014 r., sygn. II AKa 406/14, LEX nr 1621222.

⁵ W. Wróbel (red.), A. Zoł (red.), Kodeks karny. Część ogólna. Tom I. Część II. Komentarz do art. 53–116, wyd. V, WK 2016, teza 6 do art. 115 § 4.

Przeciwny kierunek interpretacyjny został zaprezentowany w uzasadnieniu wyroku Sądu Apelacyjnego w Lublinie z dnia 4 kwietnia 2006 r., sygn. II AKa 57/06⁶. W motywach tego orzeczenia stwierdzono, że „Sąd I Instancji stanął na stanowisku, iż (oskarżeni – dopisek autora) działali w celu osiągnięcia korzyści dla innej osoby, tj. sprzedawcy marihuany. Taki pogląd nie jest trafny. Pomijając bowiem fakt, że nie zostało w sprawie wykazane, czy sprzedawca osiągnął korzyść oraz czy oskarżeni taki element obejmowali swoim zamiarem, trzeba zauważyć, że taka interpretacja treści art. 115 § 4 k.k. jest nieuprawniona. Jej skutkiem byłoby z jednej strony nadmierne zaostrezenie karalności zachowań polegających na udzielaniu innej osobie narkotyku, z drugiej zaś *de facto* uczynienie martwym przepisu art. 58 cyt. ustawy o przeciwdziałaniu narkomanii penalizującego udzielanie narkotyku innej osobie, ale bez towarzyszącego takiemu działaniu celu osiągnięcia korzyści majątkowej. Zauważyć trzeba, że sprawca udzielający narkotyku z reguły musi go wcześniej nabyć, a zatem przy szerokim rozumieniu użytego w art. 115 § 4 k.k. pojęcia „dla kogo innego” jego działanie winno być kwalifikowane z art. 59 ustawy o przeciwdziałaniu narkomanii. Tym samym nie byłoby pola dla zastosowania art. 58 tejże ustawy. Taka konkluzja kłóci się z zasadą racjonalnego ustawodawcy. Dlatego też należy przyjąć, iż inną osobą, której korzyść majątkowa może być potraktowana jako cel działania sprawcy stanowiący przestępstwa udzielenia narkotyku stypizowanego w art. 59 ust. 1 ustawy o przeciwdziałaniu narkomanii nie jest sprzedawca, u którego sprawca nabył narkotyk”.

Sąd ten analizował model związany z udzielaniem narkotyku, w którym oskarżeni zakupili go u dostawcy działając przy tym na prośbę konsumenta, a następnie mu tenże narkotyk udzielili otrzymując w zamian jedynie równowartość kwoty poniesionej uprzednio przy jego nabyciu. Chociaż ten model był jednym z rozważanych przez Sąd Apelacyjny w Białymstoku w przywołanym rozstrzygnięciu, to Sąd Apelacyjny w Lublinie doszedł do zgoła odmiennego przekonania. Uznał bowiem, że chociaż udzielający otrzymali od konsumenta za narkotyk pieniądze, to nie uzyskali korzyści majątkowej, bowiem otrzymali wyłącznie zwrot poniesionej przy pierwotnym nabyciu kwoty. Doszedł ponadto do wniosku, że nawet jeżeli dostawca narkotyku osiągnął z jego sprzedaży korzyść majątkową rozumianą jako zysk, co – jak zaznaczył – i tak wymaga stanowczego ustalenia, to ta okoliczność nie może być traktowana jako cel działania osoby udzielającej narkotyku na następnym etapie jego obrotu. In-

⁶ LEX nr 1565960.

nymi słowy, Sąd ten uznał, że fakt osiągnięcia zysku przez dostawcę nie może skutkować przyjęciem, że osoba udzielająca uzyskany u niego narkotyk, działa z tego powodu w celu osiągnięcia korzyści majątkowej. O spełnieniu przez udzielającego tego kwalifikującego znamienia ustawowego decyduje bowiem – zdaniem tego Sądu – to, czy on sam osiągnął przy udzielaniu korzyść majątkową rozumianą jako nadwyżka przychodu nad poniesionym nakładem.

Ustalenie normatywnego znaczenia znamienia działania w celu osiągnięcia korzyści majątkowej

Przed przystąpieniem do omówienia zaprezentowanego i budzącego kontrowersje zagadnienia związanego z ustaleniem normatywnego znaczenia znamienia działania w celu osiągnięcia korzyści majątkowej⁷ wysłownionego w art. 59 ustawy o przeciwdziałaniu narkomanii i dla właściwego zrozumienia materii, należy wskazać, że istotne dla jego rozstrzygnięcia pozostaje kilka norm prawa karnego materialnego.

W art. 45 § 1 k.k. przewidziano, że jeżeli sprawca osiągnął z popełnienia przestępstwa, chociażby pośrednio, korzyść majątkową niepodlegającą przepadkowi przedmiotów wymienionych w art. 44 § 1 i 6, sąd orzeka przepadek takiej korzyści albo jej równowartości.

Zgodnie zaś z brzmieniem art. 115 § 4 k.k. korzyścią majątkową (...) jest korzyść zarówno dla siebie, jak i dla kogo innego.

Na kanwie analizy pierwszego z zaprezentowanych unormowań wskazać już na wstępie trzeba, że według trafnego, a przy tym dominującego poglądu, za korzyść majątkową pochodzącą z popełnienia przestępstwa poczytuje się zysk w zakresie dóbr materialnych⁸. Korzyść ta ma zatem przedstawiać określoną wartość ekonomiczną, której wielkość może być wyrażona w pieniądzu⁹. Pozyskane w przestępczy sposób dobro, aby można było je potraktować jako korzyść majątkową, musi więc mieć potencjalną możliwość zaspokojenia określonej potrze-

⁷ Na potrzeby artykułu i dla zapewnienia czytelności wywodów pieniądź potraktowano jako substytut korzyści majątkowej z popełnienia przestępstwa. Korzyścią taką są jednak również inne przedmioty, usługi, prawa majątkowe, zwolnienie z długu, zrzeczenie się roszczenia itd.

⁸ R. A. Stefański, Przepadek korzyści majątkowej uzyskanej przez sprawcę przestępstwa, Prok. i Pr. 2001, nr 3, s. 155; uchwała składu 7 sędziów Sądu Najwyższego z dnia 15 lutego 1977 r., sygn. VII KZP 16/76, OSNKW 1977, nr 4–5, poz. 34.

⁹ J. Waszczyński, O korzyści majątkowej w prawie karnym, PiP 1981, nr 1, s. 66–67; M. Surkont, Łapownictwo, Sopot 1999, s. 110–111.

by materialnej¹⁰. Owa korzyść wyrażać się może zwiększeniem aktywów, czyli przysporzeniem majątku lub zmniejszeniem pasywów majątkowych, oznaczającym zmniejszenie obciążeń lub uniknięcie strat¹¹. Skoro ponadto korzyść majątkowa pochodzić ma z przestępstwa, to ma być ona nienależna, niegodziwa, bezprawna, niezajdująca podstawy prawnej¹². Ukształtowane zatem w doktrynie i orzecznictwie rozumienie instytucji korzyści majątkowej, która wszakże nie została zdefiniowana przez normodawcę, traktuje ją w sposób ekstensywny, jako że jej osiągnięcie powinno zmieniać stan majątkowy sprawcy lub tej osoby, która ją finalnie uzyskuje, gdy taka zmiana statusu majątkowego nie znajduje uzasadnienia w uprawnieniach przysługujących osobie tę korzyść uzyskującej¹³.

Bezspornie ponadto pieniądze uzyskane ze sprzedaży narkotyku i to na każdym etapie ich obrotu, jako korzyści majątkowe osiągnięte z popełnienia przestępstwa, podlegają obligatoryjnemu przepadkowi właśnie na podstawie art. 45 § 1 k.k. Ugruntowana wykładnia norm wystawionych w tym przepisie doprowadziła do precyzyjnego wyróżnienia sposobu ustalania wartości korzyści majątkowej uzyskanej przez każdą poszczególną osobę popełniającą przestępstwo, w tym też poszczególne osoby uczestniczące w każdym etapie obrotu narkotykami.

Najbardziej reprezentatywne dla tego zagadnienia wywody, które zasługują w całości na aprobatę, zostały zawarte w uzasadnieniu powołanego już postanowienia Sądu Najwyższego z dnia 26 sierpnia 2010 r., sygn. I KZP 12/10¹⁴. Argumentacja zaprezentowana w tych pisemnych motywach została ponadto powszechnie zaaprobowana w literaturze przedmiotu¹⁵. W tych wszystkich wypowiedziach przesądzono zatem, w jaki sposób należy ustalać wysokość korzyści majątkowej osoby

¹⁰ A. Spotowski, *Przestępstwa służbowe. Nadużycie służbowe i łapownictwo w nowym kodeksie karnym*, Warszawa 1972, s. 136.

¹¹ R. A. Stefański, *Przepadek...*, *op. cit.*, s. 155; J. Waszczyński, *O korzyści...*, *op. cit.*, s. 110–111.

¹² O. Górniok, *O pojęciu korzyści majątkowej w kodeksie karnym*, PiP 1978, nr 4, s. 117; B. Kunicka-Michalska, *Glosa do wyroku Sądu Najwyższego z dnia 17 maja 1972 r.*, sygn. III KR 67/72, PiP 1973, nr 6, s. 181; uchwała całej Izby Karnej Sądu Najwyższego z dnia 30 stycznia 1980 r., sygn. VII KZP 41/78, OSNKW 1980, nr 3, poz. 24; uchwała składu 7 sędziów Sądu Najwyższego z dnia 15 lutego 1977 r.,... *op. cit.*; wyrok Sądu Najwyższego z dnia 17 maja 1972 r., sygn. III KR 67/72, OSNKW 1972, nr 10, poz. 157.

¹³ W. Wróbel (red.), A. Zoll (red.), *Kodeks...*, *op. cit.*, tezy 6–7 do art. 45.

¹⁴ OSNKW 2010, nr 9, poz. 78.

¹⁵ Wyrok Sądu Apelacyjnego we Wrocławiu z dnia 14 marca 2013 r., sygn. II AKa 58/13, LEX nr 1313472.

udzielającej narkotyku. Trafnie zatem przyjęto, że jeżeli udzielający otrzymał od nabywcy pieniądze za sprzedaż narkotyku, to uzyskane z takiej transakcji środki w całości stanowią korzyść majątkową z popełnienia przestępstwa i w takim też rozmiarze podlegają przepadkowi na podstawie art. 45 § 1 k.k. Trafnie jednakże dookreślono, że inaczej kształtować się będzie wielkość korzyści majątkowej osoby udzielającej narkotyku jako pośrednik, przy zastrzeżeniu, że jakkolwiek nie otrzymuje on zapłaty za udzielenie narkotyku, jednak otrzymuje własną prowizję za jego transfer. Bezspornie taki pośrednik w momencie przekazania kupującemu narkotyku, wyczerpie znamiona jednego z typów czynów zabronionych z art. 58 ustawy o przeciwdziałaniu narkomanii. Z uwagi na to otrzymuje on wynagrodzenie za pośrednictwo w postaci prowizji, przykładowo od swojego dostawcy, to ta właśnie kwota, jako jedyna, którą przysporzył w wyniku czynu zabronionego, będzie uzyskaną przez niego korzyścią majątkową i tylko ona podlegać będzie przepadkowi. Jeszcze inaczej oceniono model tzw. komisanta, w którym udzielający narkotyku zobowiązuje się w zamian za wynagrodzenie prowizyjne do sprzedaży narkotyku, co polega na tym, że po zbyciu narkotyku zatrzymuje dla siebie ustaloną prowizję, zaś resztę uzyskanych z transakcji pieniędzy przekazuje osobie, która narkotyk mu dostarczyła. W tym modelu przepadkiem objęte będą wszelkie pieniądze uzyskane przez komisanta, a więc zarówno prowizja transakcyjna, jak i cena uzyskana za zbyty już narkotyk. Co istotne, jeżeli komisant umówioną kwotę przekaże dostawcy narkotyku w ramach rozliczenia łączącego ich porozumienia, to suma ta, jako korzyść majątkowa osiągnięta przez tego dostawcę, będzie podlegała kolejnemu przepadkowi orzeczonemu wobec niego.

Całkowicie zatem przekonywająco, lecz wyłącznie na potrzeby wykładni instytucji przepadku korzyści majątkowej osiągniętej z przestępstwa opisanej w art. 45 § 1 k.k., argumentowano w uzasadnieniu tego reprezentatywnego orzeczenia Sądu Najwyższego z dnia 26 sierpnia 2010 r., że ową korzyść stanowią wszelkie uzyskane z czynu zabronionego środki. Słusznie zatem skonstatowała najwyższa instancja sądowa, że orzekanie o przepadku korzyści majątkowej stanowi konsekwencję tego, że określona osoba utraciła przedmiot wskazany w art. 44 § 1 lub 6 k.k., który, gdyby go posiadała, podlegałby przepadkowi. Skoro zatem, co oczywiste, w przypadku orzekania przepadku samego przedmiotu żadne nakłady poniesione przez osobę, która ten przedmiot uzyskała, nie zostałyby odliczone. Orzekając więc na podstawie art. 45 § 1 k.k. o przepadku korzyści majątkowej z popełnienia przestępstwa, co, wobec zbycia

pierwotnego przedmiotu, traktować należy jako rozstrzygnięcie subsydiarnie, nie można od kwoty uzyskanej z czynu zabronionego odliczać nakładów, jakie określony podmiot zaangażował w celu uzyskania tego przedmiotu.

Rzecz jasna rozważania te znajdują pełne zastosowanie również do pieniędzy przeznaczonych na zakup narkotyku przez każdą osobę biorącą udział w poszczególnych etapach związanych z obrotem narkotykiem¹⁶. W przypadku zatem odpłatnego udzielenia narkotyku przez określoną osobę, uzyskana z takiej transakcji kwota w całości powinna być poczytana jako korzyść majątkowa osiągnięta z popełnienia przestępstwa. Osoba taka nie będzie mogła przecież oczekiwać, że wysokość owej korzyści majątkowej zostanie pomniejszona o poniesione przez nią koszty związane z uzyskaniem narkotyku. To wnioskowanie znajduje uzasadnienie także wobec każdej innej osoby zaangażowanej w przestępczy proceder narkotykowy. Jeżeli bowiem udzielający narkotyku w ramach rozliczenia przekaze całość tej uzyskanej z transakcji narkotykowej kwoty innej osobie zaangażowanej w przestępczy proceder, która mu narkotyk uprzednio przekazała, jak chociażby dostawcy, to przepadek korzyści majątkowej będzie mógł zostać orzeczony nie tylko wobec udzielającego, lecz także wobec owego dostawcy i to w odniesieniu do całości otrzymanej przez niego kwoty. Gdy natomiast udzielający w ramach rozliczania się z dostawcą przekaze mu część sumy pochodzącej z udzielenia narkotyku, a pozostałą część zostawi sobie jako prowizję transakcyjną, to przepadek korzyści w odniesieniu do udzielającego powinien uwzględniać całość uzyskanej z udzielenia sumy, zaś orzeczony wobec dostawcy przepadek powinien zostać orzeczony w kwocie, która została mu faktycznie przekazana przez udzielającego.

Sąd Najwyższy orzekając w omawianej sprawie w tematyce związanej z obrotem narkotykiem, rozpatrywał szczególny rodzaj działalności przestępczej. Taki mianowicie, w której produkcja narkotyku, jak i jego transfer na poszczególnych etapach dystrybucji, wiążą się zazwyczaj z koniecznością ponoszenia przez osoby w ten proceder zaangażowane istotnych nakładów. Osoby zajmujące się bowiem wytwarzaniem narkotyku muszą zorganizować sobie miejsce przystosowane do produkcji,

¹⁶ Postanowienie Sądu Najwyższego z dnia 26 sierpnia 2010 r., sygn. I KZP 12/10, OSNKW 2010, nr 9, poz. 78; wyrok Sądu Apelacyjnego we Wrocławiu z dnia 11 lutego 2014 r., sygn. II AKa 324/13, LEX nr 1439340; wyroki Sądu Apelacyjnego w Katowicach z dnia 21 grudnia 2006 r., sygn. II AKa 394/06, KZS 2007, nr 5, poz. 57; z dnia 15 stycznia 2009 r., sygn. II AKa 294/08, LEX nr 491184 oraz z dnia 8 grudnia 2010 r., sygn. II AKa 192/10, LEX nr 785442.

zaopatrzyć się w urządzenia czy środki chemiczne, które umożliwiają wytworzenie narkotyku. Podmioty zaangażowane w obrót narkotykowy ponoszą zaś koszty związane chociażby z jego nabyciem, przechowaniem czy transportem. Co więcej, tylko dlatego, że nakłady te zostały poniesione na uzyskanie przedmiotu, którego wytworzenie, posiadanie i dystrybucja są zabronione przepisami penalnymi, znamionujące się subsydiarnością, a to wobec odpłatnego jego zbycia, rozstrzygnięcie o przepadku korzyści majątkowej dotyczyć musi całej kwoty uzyskanej z przestępczej działalności. Rezygnacja zatem ze stosowania w procedurze orzekania o przepadku korzyści majątkowej z popełnienia przestępstwa mechanizmu podobnego do tego znanego prawodawstwu podatkowemu, w postaci odliczania od przychodu kosztu jego uzyskania, stanowi naturalną konsekwencję ponoszenia nakładów przeznaczonych na działalność przestępczą. Podmioty prowadzące tego rodzaju działalność ponoszą zatem naturalne ryzyko utraty poniesionych kosztów. Wobec jednak powszechności tego rodzaju przestępczości, ryzyko to jest najwyraźniej rekompensowane przez oczekiwane korzyści płynące z inkryminowanej narkotykowej działalności.

Trzeba jednak zauważyć, że podejmowanie zasadniczej części różnorodnych przestępczych przedsięwzięć zazwyczaj nie wiąże się z koniecznością ponoszenia przez osoby w nie zaangażowane istotnych kosztów. Wszak osoba dopuszczająca się kradzieży, kradzieży z włamaniem, rozboju, czy oszustwa, najczęściej nie musi czynić poważniejszych, a niezbędnych dla popełnienia czynu zabronionego, wydatków. W takich zatem sytuacjach uzyskana przez daną osobę korzyść majątkowa z popełnienia przestępstwa, wobec nieponiesienia nakładów, będzie odpowiadała zyskowi.

Wszystkie dotychczas zaprezentowane wywody, co wymaga szczególnie dosadnego podkreślenia, znajdują uzasadnienie wyłącznie na kanwie orzekania o przepadku równowartości korzyści majątkowej osiągniętej z popełnienia przestępstwa. Tego rodzaju wykładnia nie przystaje jednak do analizy zagadnienia związanego z realizacją ustawowego znamienia typów czynów zabronionych z art. 59 ustawy z dnia 29 lipca 2005 r. o przeciwdziałaniu narkomanii w postaci działania w celu osiągnięcia korzyści majątkowej.

Jak już podkreślono, w judykaturze i doktrynie przeważa stanowisko, zgodnie z którym korzyścią majątkową z popełnienia przestępstwa jest zysk rozumiany jako wartość ekonomiczna skutkująca bądź zwiększeniem aktywów, bądź redukcją pasywów określonej osoby. Chociaż rozumienie pojęcia korzyści majątkowej w języku prawniczym i potocz-

nym w pewnych zakresach różni się, jednak utożsamianie jej właśnie z zyskiem jest tożsame w obu tych porządkach językowych¹⁷. Różnica dotyczy wszak tego, że w języku prawniczym korzyść majątkową po- czytuje się wężiej, przez co z tego pojęcia wyłączona jest taka, którą należy poczytać jako przysługującą danemu podmiotowi na podstawie przepisów prawa¹⁸. To zaś oznacza, że jeżeli, zgodnie z brzmieniem ustawy, dążenie osoby udzielającej narkotyku ukierunkowane ma być na osiągnięcie zysku przez nią lub też, stosownie do brzmienia art. 115 § 4 k.k., inną osobę, to taka właśnie motywacja ma charakteryzować towarzyszącą udzielającemu podczas popełniania czynu zabronionego stronę podmiotową. Jego zatem dążność ma być ukierunkowana na chęć uzyskania takiej wartości ekonomicznej, która, najogólniej rzecz ujmując, spowoduje poprawę stanu majątkowego jego samego lub tej osoby trzeciej.

Co istotne, kształt tej motywacji ma być ustalany w odniesieniu do procesów intelektualnych osoby udzielającej narkotyku, a więc takiej, która co do zasady nie zna niuansów pozwalających jej na prawidłowe zde- kodowanie normatywnego znaczenia instytucji korzyści majątkowej osią- gniętej z popełnienia przestępstwa. Taki podmiot nie uświadamia sobie przecież, że tego rodzaju korzyścią podlegającą przepadkowi, gdy po- chodzi ona z transakcji związanej z udzieleniem narkotyku, będzie całość kwoty uzyskanej z transakcji, nie zaś zysk rozumiany jako nadwyżka przychodu nad poniesionym kosztem. Oczywiście jest przecież to, że osoba udzielająca narkotyku ryzykując poniesienie odpowiedzialności karnej, dąży w absolutnej większości przypadków do osiągnięcia zysku, a nie tylko do pokrycia poniesionych nakładów.

Należy dostrzegać i to, że przestępczy proceder narkotykowy rozu- miany jako pewnego rodzaju całość, a polegający na wytwarzaniu i nie- rzadko wielostopniowym dystrybuowaniu narkotyku, będąc działalnością zabronioną i z tego powodu wysoce ryzykowną, jest organizowany dla uzyskiwania przez osoby w niego zaangażowane korzyści majątkowych w postaci zysków, rozumianych jako dodatnich wartości ekonomicznych zwiększających ich aktywa albo zmniejszająca pasywa. W tym zatem sensie tego rodzaju działalność zawsze w założeniu prowadzić ma do generowania zysków, a to oznacza, że pieniądze uzyskiwane na po- szczególnych etapach działalności narkotykowej mogą być faktycznie traktowane w całości jako korzyści majątkowe podlegające przepadkowi. Jak już jednak zwrócono uwagę, te rozważania nie mają znaczenia

¹⁷ W. Wróbel (red.), A. Zoll (red.), Kodeks..., *op. cit.*, tezy 10, 12 do art. 115 § 4.

¹⁸ *Ibidem*.

w procesie dekodowania w unikalnych okolicznościach faktycznych każdego postępowania karnego motywacji towarzyszącej osobie, która udziela narkotyku.

Podsumowując ten fragment rozważań trzeba stanowczo wskazać, że w procesie subsumowania zachowania osoby udzielającej narkotyku pod normy wyrażone w ustawie o przeciwdziałaniu narkomanii i rozważając, czy działa ona w celu osiągnięcia korzyści majątkowej, należy ustalić, czy jej celem było przysporzenie sobie lub innej osobie wartości majątkowej mającej w powszechnym rozumieniu znaczenie ekonomiczne. Poza tymi rozważaniami pozostać musi zatem zagadnienie, jaka kwota uzyskana przy okazji transakcji związanej z udzieleniem narkotyku podlegać będzie przepadkowi jako korzyść majątkowa osiągnięta z popełnienia przestępstwa i wobec którego podmiotu zaangażowanego w proceder narkotykowy taki przepadek będzie orzeczony. Te ostatnie zagadnienia są przecież relewantne jedynie dla orzeczenia przepadku, natomiast wymykają się spod analizy odnoszącej się do sfery woluntatywnej towarzyszącej w chwili udzielania narkotyku osobie go transferującej. Rozpatrując tę problematykę niejako od strony przeciwnej stwierdzić trzeba, że jakkolwiek dla poprawnego przypisania osobie udzielającej narkotyku jednego z przestępstw z art. 59 ustawy o przeciwdziałaniu narkomanii ustalenie celowości jej działania ukierunkowanej na osiągnięcie korzyści majątkowej jest niezbędne. Stwierdzenie natomiast tego rodzaju celowości działania udzielającego nie będzie natomiast warunkowało orzeczenia przepadku korzyści majątkowej z popełnienia przestępstwa. Ustawodawca w art. 45 § 1 k.k. nie zawarł przecież wymogu, aby korzyść majątkowa podlegająca przepadkowi musiała zostać uzyskana w wyniku celowego działania osoby popełniającej przestępstwo.

Przedstawiona analiza pozwala zatem przyjąć, że nie zasługuje na aprobatę stanowisko wyrażone przez Sąd Apelacyjny w Białymstoku w uzasadnieniu wyroku z dnia 14 lutego 2006 r., zgodnie z którym skoro każdy transfer pieniędzy związany z obrotem narkotykiem, jako nieekwiwalentny wobec przedmiotu transakcji, należy poczytywać jako uzyskiwanie korzyści majątkowej, to automatycznie każde udzielenie narkotyku powiązane z zapłatą, determinuje odpowiedzialność karną udzielającego w ramach jednego z typów czynów zabronionych statutowanych w art. 59 ustawy z dnia 29 lipca 2005 r. Tego rodzaju interpretacja, co już podniesiono, w sposób nieuprawniony zrównuje bowiem problematykę dotyczącą czynienia ustaleń faktycznych związanych ze sferą motywacyjną towarzyszącą osobie udzielającej narkotyku w czasie realizowania przestępczego zachowania, z zagadnieniami prawnymi dotyczącymi

ustalania wysokości uzyskanej przy okazji udzielenia narkotyku korzyści majątkowej. Akceptacja tego poglądu prowadziłaby zatem do przyjęcia, że w wielu różnorodnych modelach związanych z udzielaniem narkotyku, zagadnienie działania w celu osiągnięcia korzyści majątkowej byłoby rozwiązywane niejako automatycznie, bowiem zależałoby wyłącznie od ustalenia, czy udzielający otrzymał za narkotyk jakąkolwiek sumę pieniędzy. Zasygnalizować zatem już w tym miejscu trzeba, jako że ta problematyka zostanie pogłębiona w dalszej części rozważań, że wyrażenie aprobaty dla tego wnioskowania skutkowałoby koniecznością niejako mechanicznego uznania niemal wszystkich występujących w praktyce orzeczniczej modeli związanych z udzieleniem narkotyku, jako realizujących znamiona typów czynów zabronionych z art. 59 ustawy o przeciwdziałaniu narkomanii. Tego rodzaju automatyzm w orzekaniu należy zaś stanowczo odrzucić.

Nie zasługuje na akceptację rozszerzającą wykładnia znamienia działania w celu osiągnięcia korzyści majątkowej wypowiedź przez Sąd Apelacyjny w Białymstoku w zacytowanym fragmencie uzasadnienia wyroku z dnia 14 lutego 2006 r., także w zakresie, w jakim zakłada, że nawet jeżeli osoba udzielająca narkotyku nie uzyskuje pieniędzy za jego przekazanie, to jednak podlega odpowiedzialności na podstawie art. 59 ww. ustawy, jeżeli jakiegokolwiek pieniądze uzyskuje na poprzednim etapie obrotu jego dostawca. Zaznaczyć należy, że sytuacje, które zawierają się w tych ramach faktograficznych w praktyce orzeczniczej nie są wcale odosobnione, co odnosi się nie tylko do przedstawionego już przypadku bezprowizyjnego pośrednika. Nierzadko zdarza się bowiem i tak, że osoba, która kupuje dla siebie narkotyk, następnie nieodpłatnie udziela go osobie trzeciej. Dotyczy to zarówno modelu, w którym taki nabywca w momencie dokonywania zakupu uświadamia sobie, że następnie, przykładowo podczas planowanego spotkania towarzyskiego, będzie częstował narkotykiem osoby z jego otoczenia, jak i modelu, w którym kupuje narkotyk wyłącznie dla siebie, lecz w sposób nieplanowany nadarza się okazja do jego udzielenia.

Zbliżone do tych sytuacji, choć przewidujące jednak odpłatność udzielenia narkotyku, co jednakże nie czyni samych transakcji zyskowymi, są wreszcie takie, w których kilka osób partycypuje finansowo w zakupie narkotyku, po czym jedna z nich albo nawet kilka, lecz nie wszystkie te osoby, udają się do dostawcy i nabywają narkotyk przeznaczony dla wszystkich partycypujących w zakupie, a następnie zakupiony narkotyk zostaje przez całą tę grupę wspólnie zażyty. Owa partycypacja może

mieć miejsce zarówno przed nabyciem narkotyku, jak i po transakcji zakupu przybierając postać zwrotu kwoty partycypacji.

Te przypadki, chociaż z pewnością nie wyczerpują różnorodności modeli, w jakich osoba udzielająca narkotyku czyni to bez dążenia do osiągnięcia zysku, jeszcze dobitniej ukazują, jak zawodne jest przyjmowanie owej rozszerzającej wykładni tylko w oparciu o ustalenie, że osoba, która dostarczyła narkotyk otrzymała za przedmiot transakcji jakąkolwiek zapłatę od osoby, która ten narkotyk nabyła i następnie udzieliła.

Zasygnalizowano już, że dostrzeganie znaczeniowej różnicy pomiędzy instytucją korzyści majątkowej osiągniętej z popełnienia przestępstwa, a znamieniem działania w celu osiągnięcia takiej korzyści, ma istotne znaczenie dla prowadzonych rozważań. Rozwijając to zagadnienie należy podnieść, że ta właśnie znaczeniowa dystynkcja przesądza, że na aprobatę zasługuje zawężająca wykładania analizowanego znamienia ustawowego. Normodawca statuując w art. 59 ustawy z dnia 29 lipca 2005 r. kształt strony podmiotowej tego typu czynu zabronionego, jednoznacznie połączył uzyskanie korzyści majątkowej związane z udzieleniem narkotyku z określonym wolicjonalnym nastawieniem osoby udzielającej. Normy zawarte w tym przepisie, a stanowiące „(...) w celu osiągnięcia korzyści majątkowej (...) udziela innej osobie środka odurzającego, substancji psychotropowej lub nowej substancji psychoaktywnej (...)”, dowodzą zatem niezbicie, że aby zachowanie osoby udzielającej narkotyku mogło zostać subsumowane pod normy opisane w tym przepisie, trzeba stanowczo ustalić, że podczas udzielania towarzyszyła jej motywacja ukierunkowana na osiągnięcie takiej korzyści. Wywodzenie zatem w kontekście typów czynów zabronionych opisanych w art. 59 tej ustawy, że korzyścią majątkową może być albo jakiekolwiek świadczenie pieniężne uzyskane przez udzielającego, albo nawet przez podmiot, który dostarczył mu narkotyk, nie uwzględnia rezultatu interpretacji wynikającego z poddania tego unormowania różnym metodom wykładni.

Poddając analizowane znamię w pierwszej kolejności wykładni językowej, której rezultat, powinien mieć wszakże pierwszoplanowe znaczenie przy dekodowaniu właściwego jego normatywnego znaczenia¹⁹, należy dojść do przekonania, że wynik tej egzegezy nie budzi wątpliwości. Jako że osoba udzielająca narkotyku ma działać w celu osiągnięcia korzyści majątkowej, toteż jej dążenie ma być ukierunkowane na to, aby

¹⁹ Zob. M. Zieliński, *Wykładnia prawa. Zasady, Reguły, Wskazówki*, Warszawa 2002, s. 226.

ona sama lub też, stosownie do brzmienia art. 115 § 4 k.k., osoba trzecia, taką korzyść uzyskała. Do kanonu wykładni językowej zaliczyć tymczasem trzeba taki jej rezultat, który do przypisania znamienia ustawowego zawierającego dookreślenie w postaci działania w określonym celu, wymaga ustalenia po stronie podmiotu podlegającego odpowiedzialności karnej celowości działania pod postacią zamiaru bezpośredniego kierunkowego (zabarwionego celem) tzw. *dolus directus coloratus*²⁰. Owa celowość zachowania musi przy tym odnosić się do tego znamienia, do którego ustawa wymaga, by było objęte zamiarem kierunkowym²¹. Na kanwie typów czynów zabronionych z art. 59 ustawy o przeciwdziałaniu narkomanii zamiar ten ma zatem wyrażać się w dążeniu osoby udzielającej narkotyku ukierunkowanym na osiągnięcie korzyści majątkowej wynikającej właśnie z udzielenia narkotyku.

Co więcej, wypełnienie analizowanego znamienia nie będzie nawet obligowało do stwierdzenia zaistnienia określonego skutku na płaszczyźnie majątkowej w postaci rzeczywistego uzyskania określonej wartości ekonomicznej. Znamię to dookreśla bowiem stronę podmiotową typu czynu zabronionego przesądzając tylko, jaka motywacja osoby udzielającej narkotyku musi jej w tym czasie towarzyszyć, co przecież nie odnosi się do faktycznie zaistniałych zdarzeń ekonomicznych. Znaczenie ma zatem to, co taki podmiot zamierzał osiągnąć udzielając narkotyku, a nie to co faktycznie osiągnął lub mógł osiągnąć²².

Podsumowując ten fragment rozważań podnieść trzeba, że jeżeli osoba udzielająca narkotyku czyni to w celu realizacji innego zamierzenia aniżeli osiągnięcie zysku z tej właśnie czynności, przykładowo w celu nieodpłatnego udzielenia narkotyku znajomemu, czy też w celu uzyskania korzyści osobistej od osoby, której narkotyku udziela, to bezsprzecznie nie można jej przypisać realizacji działania w celu osiągnięcia korzyści majątkowej.

Odnosząc te rozważania do bezzyskowych modeli udzielania narkotyku poddanych analizie w niniejszym artykule trzeba wskazać, że ani osoba pośrednicząca w przekazaniu narkotyku pomiędzy dostawcą

²⁰ M. Filar (red.), Kodeks karny. Komentarz, wyd. V, WK 2016, teza 6 do art. 211a; wyroku Sądu Apelacyjnego w Katowicach z dnia 27 kwietnia 2006 r., sygn. II AKa 90/06, LEX nr 227577, KZS 2006, nr 11, poz. 94.

²¹ A. Zoł (red.), Kodeks karny. Część szczególna. Tom III. Komentarz do art. 278–363 k.k., wyd. IV, WK 2016, teza 83 do art. 278; wyrok Sądu Apelacyjnego w Lublinie z dnia 17 lutego 2004 r., sygn. II AKa 386/03, LEX nr 138537, Prok. i Pr. 2005, dodatek „Orzecznictwo”, nr 1, poz. 8.

²² J. Giezek (red.), Kodeks karny. Część ogólna. Komentarz, wyd. II, WKP 2012, teza 4 do art. 115 § 4.

a konsumentem, ani także osoba kupująca narkotyk tylko dla siebie, która następnie go udziela, czy wreszcie podmiot, który kupuje narkotyk w imieniu grupy partycypujących w zakupie osób i wraz ze wszystkimi partycypującymi następnie go zażywa, nie działają z pewnością w celu osiągnięcia korzyści majątkowej. We wszystkich analizowanych przypadkach uzyskujący narkotyk działa wszakże w celu wejścia w jego posiadanie i bezzyskowego udzielenia osobie trzeciej. W tychże modelach, jeżeli udzielający działa bez dążenia do osiągnięcia przez siebie zysku, nie zmierza również najczęściej do zapewnienia go dostawcy narkotykowemu. Jak już bowiem nadmieniono, gdy taki udzielający uprzednio narkotyk nabywa, to uświadamia sobie, że w zasadniczej większości przypadków jego dostawca prowadząc ryzykowną działalność przestępczą, dąży w ten sposób do poprawienia swojej sytuacji majątkowej. Z pewnością jednak nie jest jego celem poprawienie statusu majątkowego swojego dostawcy.

Chociaż, co już zasygnalizowano, nabywający narkotyk uświadamia sobie oczywiście, że jego dostawca taki zysk ze sprzedaży zazwyczaj osiąga. Z pewnością jednak kupujący byłby usatysfakcjonowany, gdyby jego dostawca wręczył mu narkotyk nieodpłatnie. Jeżeli już nabywca ma obowiązek zapłacić za nabycie narkotyku, to niechybnie wolałby nie pokrywać marży dostawcy stanowiącej jego zysk, bowiem przez to cena zakupu, którą musi ponieść, w naturalny sposób wzrasta. To zatem oznacza, że wola nabywcy narkotyku, wobec oczywistych uwarunkowań związanych z koniecznością ponoszenia kosztów zakupu na każdym etapie jego obrotu, wyraża się w towarzyszącej mu obojętności co do tego, czy jego dostawca uzyska w wyniku sprzedaży narkotyku korzyść majątkową rozumianą jako zysk, czy też nie. Sfera motywacyjna tego pierwszego nie zmierza w odniesieniu do tej korzyści dostawcy w żadnym kierunku, a tym samym jest obojętna na wyobrażony skutek²³.

Bez znaczenia dla tej oceny powinno przy tym pozostać to, czy taki udzielający otrzymał od konsumenta jeszcze przed zakupem narkotyku odpowiednią sumę pieniędzy, którą tylko przekazał dostawcy, a więc pośredniczył jedynie w transferze pieniędzy od kupującego do sprzedawcy, a w drugą stronę w przekazaniu narkotyku, czy też na prośbę kupującego za własne pieniądze nabył u dostawcy zamówiony narkotyk, a wręczając go konsumentowi odebrał równowartość kwoty uprzednio uiszczonej. Analizowane mechanizmy różnią się przecież jedynie momentem przekazania pieniędzy przez konsumenta osobie

²³ W. Wolter, *Nauka o przestępstwie*, Warszawa 1973, s. 51–52, 55.

udzielającej i owa różnica z pewnością nie uzasadnia odmiennego subsumowania tych modeli pod normy prawa, czy to na kanwie oceny instytucji przypadku korzyści majątkowej, czy też na kanwie realizacji znamienia ustawowego w postaci działania osoby udzielającej narkotyku w celu osiągnięcia takiej korzyści. Skoro bowiem za podlegającą przypadkowi korzyść majątkową uznać trzeba całą otrzymaną przez osobę uczestniczącą w obrocie narkotykiem kwotę, to czas jej otrzymania nie może w żadnej mierze rzutować na ocenę analizowanego zagadnienia. Jeżeli natomiast chodzi o ocenę analizowanej przesłanki typów czynów zabronionych z art. 59 powołanej ustawy, to nie sposób doszukać się racjonalnego uzasadnienia dla przyjęcia, że wręczenie przez konsumenta kwoty stanowiącej należność za narkotyk jeszcze przed jego nabyciem przez przyszłego udzielającego, gdy następnie ten udzielający bez zysku przekazuje narkotyk konsumentowi, stanowi jeden z występków z art. 58 ustawy o przeciwdziałaniu narkomanii, a wręczenie przez kupującego udzielającemu, lecz już po zakupie, sumy odpowiadającej tej uprzednio przez niego wyłożonej na zakup narkotyku, powinno być kwalifikowane jako jedno ze zdecydowanie surowiej zagrożonych przestępstw z art. 59 tego aktu normatywnego. Podkreślić po raz kolejny trzeba, że w obu tych przypadkach udzielający nie zmierza ani do powiększenia aktywów, ani redukcji pasywów.

Rzecz jasna mogą wystąpić sytuacje, w których osoba udzielająca narkotyku celowo dąży do tego, aby jego dostawca osiągnął z tytułu tego udzielenia zysk. Może tak być chociażby wtedy, gdy udzielający nie zmierza wprawdzie do osiągnięcia własnej korzyści majątkowej, lecz przekazując swojemu dostawcy otrzymaną od konsumenta kwotę pieniężną zawierającą marżę, zmierza do tego, aby wykazując swoją sprawność w dokonywaniu transakcji narkotykowych, zostać przyjęty w struktury organizacji przestępczej. Jeżeli jednak udzielający narkotyku już w czasie jego odpłatnego nabywania lub przekazywania otrzymanych od kupującego za przetransferowany narkotyk pieniędzy, działał właśnie po to, aby jego dostawca osiągnął zysk, to wówczas takie zachowanie udzielającego powinno zostać zakwalifikowane jako czyn ciągły z art. 12 § 1 k.k., w którym taka jego motywacja spaja wielość jego zachowań poczynszy od nabycia narkotyku, aż do momentu jego udzielenia.

Tego rodzaju sytuacje można oczywiście mnożyć. Niemniej jednak, aby stwierdzić w okolicznościach konkretnej sprawy, że udzielający narkotyku nie dążąc do osiągnięcia własnego zysku, zmierza do za-

pewnienia go innej osobie, to tego rodzaju ustalenie musi zostać stanowczo poczynione.

Zauważenia wymaga też to, że poza tymi rzadko występującymi w praktyce orzeczniczej sytuacjami, w których udzielający już w momencie uprzedniego nabywania narkotyku działa w celu przysporzenia swojemu dostawcy zysku, pobieżna tylko analiza przedmiotowych znamion ustawowych typów czynów zabronionych wysłowionych w art. 59 ustawy o przeciwdziałaniu narkomanii świadczy dobitnie o tym, że całkowicie poza ich ramami ustawodawca usytuował zachowanie podmiotu, który udzielił narkotyku, a polegające na wcześniejszym jego nabyciu. W art. 59 tejże ustawy spenalizowana została wszakże czynność sprawcza wyrażająca się m.in. w udzieleniu narkotyku innej osobie. To zaś oznacza, że skoro prawnokarnie relewantne na kanwie analizowanych typów czynów zabronionych pozostaje ta właśnie czynność sprawcza, to taką relewantnością charakteryzuje się wyłącznie woluntatywne nastawienie podmiotu udzielającego narkotyku ukierunkowane na osiągnięcie zysku, a występujące w momencie przekazania go docelowemu konsumentowi. W kontekście subsumowania określonego zachowania podmiotu udzielającego narkotyku pod normy tych typów zabronionych, postać motywacji mu towarzyszącej w chwili nabywania narkotyku nie ma zatem zasadniczo znaczenia, chyba że, co już zasygnalizowano, nabycie i udzielenie zostanie przedsięwzięte w warunkach z art. 12 § 1 k.k.

Uzupełniając to wnioskowanie dostrzegać trzeba, że czynność polegająca na posiadaniu narkotyku przez osobę, która następnie go udziela, podlega subsumowaniu, w zależności od okoliczności faktycznych, wyłącznie pod znamiona typów czynów zabronionych z art. 55, art. 56, art. 58 albo art. 59 ustawy z dnia 29 lipca 2005 r. o przeciwdziałaniu narkomanii. Samo bowiem posiadanie narkotyku poprzedzające jego transfer w ramach realizacji znamion ww. typów, nie podlega przecież odrębnemu ukaraniu. W takich przypadkach zachodzi przecież pozorny zbieg przestępstw, przez co władanie narkotykami traktuje się jako czyn współukarany uprzedni względem czynu realizującemu znamiona wysłowione w art. 55, art. 56, art. 58 albo art. 59 tej ustawy²⁴. Również to spostrzeżenie daje asumpt do stwierdzenia, że skoro poza zakresem przedmiotowych znamion przestępstw stypizowanych m.in. w art. 58 i art.

²⁴ Wyrok Sądu Apelacyjnego we Wrocławiu z dnia 27 marca 2015r., sygn. II AKa 59/15, LEX nr 1668727; wyrok Sądu Apelacyjnego w Lublinie z dnia 30 sierpnia 2012 r., sygn. II AKa 176/12, LEX nr 1220531; wyrok Sądu Apelacyjnego w Katowicach z dnia 15 stycznia 2009 r., sygn. II AKa 294/08, LEX nr 491184.

59 ustawy z dnia 29 lipca 2005 r. pozostaje uprzednie posiadanie narkotyku przez podmiot, który go następnie transferuje, to tym bardziej poza tym zakresem pozostawać musi czynność chronologicznie wcześniejsza, a polegająca na zapłacie za nabywany narkotyk.

Zgodność poglądów co do tego, że posiadanie narkotyku stanowi odrębny czyn zabroniony względem zachowania tej samej osoby materializującego się w jego następczym udzieleniu, stanowi oczywistą konsekwencję tego, że typy czynów zabronionych statutowane w art. 58 i art. 59 powołanej ustawy nie charakteryzują się ani trwałością, ani grupowo oznaczoną stroną przedmiotową. Jeżeli tak, to zakup narkotyku, który wszakże zazwyczaj poprzedza moment uzyskania przez kupującego władztwa nad nabytym przedmiotem, nie może co do zasady determinować jego surowszej odpowiedzialności karnej. Konsekwentnie zatem przyjąć trzeba, że motywacja nabywcy towarzysząca mu w momencie uiszczenia zapłaty za narkotyk, poza wyjątkowymi sytuacjami, nie może decydować o przypisaniu mu działania w celu osiągnięcia korzyści majątkowej.

Trafność tego wnioskowania doznaje dodatkowego wsparcia w spostrzeżeniu, że czynność osoby dokonującej zakupu narkotyku, jeżeli nie jest powiązana z wejściem przez nią w posiadanie przedmiotu transakcji, ani też nie przybiera postaci stadialnej usiłowania, nie została nawet spenalizowana. To zaś oznacza, że sama zapłata w takich okolicznościach za narkotyk nie realizuje po stronie płacącego znamion żadnego typu czynu zabronionego, jako że nie statutowano odpowiedzialności karnej za przygotowanie do wejścia w posiadanie narkotyku. Tymczasem taka czynność poprzedzająca jeszcze wejście w posiadanie narkotyku, zdaniem zwolenników rozszerzającej wykładni poddanego ocenie zagadnienia, prowadzić ma do przyjęcia, że osoba, która go odpłatnie nabyła, a następnie nieodpłatnie udzieliła, odpowie za jeden z czynów z art. 59 ustawy o przeciwdziałaniu narkomanii.

Także rezultaty wykładni systemowej i celowościowej znamienia działania w celu osiągnięcia korzyści majątkowej wysłowionego w art. 59 ustawy z dnia 29 lipca 2005 r. prowadzi do konieczności odrzucenia jego rozszerzającej wykładni. Rzecz bowiem w tym, że ustawodawca penalizując zachowanie osoby udzielającej narkotyku dążył bezsprzecznie do tego, aby surowiej potraktować tę, która z własnej przestępczej działalności zamierza uczynić źródło dochodu. Skoro ponadto penalizacją objęto zachowanie polegające na udzielaniu narkotyku, to też dążenie udzielającego ukierunkowane na osiągnięcie zysku ma mieć w założeniu prawodawcy źródło właśnie w tej czynności. Co wię-

cej, skoro zasadnicza większość osób uczestniczących w obrocie narkotykami dąży do uzyskiwania dodatnich wartości ekonomicznych z przestępczego procederu, to celem statuowania łagodniej zagrożonych typów czynów zabronionych polegających na bezzyskownym udzieleniu narkotyku było stanowcze rozróżnienie tych zachowań. Ustawodawca statuując tę dywersyfikację dał jednoznaczny wyraz zapatrywaniu, zgodnie z którym właśnie dążność osób zaangażowanych w przestępczość narkotykową do bogacenia się na tym procederze, stanowi okoliczność przesądzającą ich surowszą odpowiedzialność karną.

Przedstawione wnioskowanie jest przy tym zgodne z powszechnym rozumieniem analizowanego znamienia i to zarówno przez osoby prowadzące nielegalną działalność narkotykową, jak i te, które nie mają z nią żadnej styczności. W odbiorze społecznym nie znajduje wprawdzie aprobaty zaangażowanie osób w jakimkolwiek zakresie w przestępczą działalność narkotykową. Z pewnością jednak społeczeństwo właśnie w dążeniu takich osób do bogacenia się na tym procederze dostrzega uzasadnienie do surowszego ich karania.

Słuszność przyznać zatem należy zapatrywaniu wyrażonemu przez Sąd Apelacyjny w Lublinie w zacytowanych pisemnych motywach powołanego wyroku z dnia 4 kwietnia 2006 r. również w zakresie, w jakim zwrócono uwagę na to, że nietrafne jest zakładanie, iż w analizowanym w tymże judykacie i opisanym już modelu udzielania narkotyku, realizacji znamienia ustawowego działania w celu osiągnięcia korzyści majątkowej dopatrywać się można w samym fakcie uzyskania przez dostawcę narkotyku pieniędzy za jego sprzedaż. Sąd ten trafnie wskazał bowiem, że przydanie analizowanemu kwalifikującemu znamieniu takiego rozszerzającego znaczenia, skutkowałoby w istocie tym, że normy art. 58 analizowanej ustawy byłyby praktycznie juredycznie puste. Skoro bowiem osoba udzielająca narkotyku musi go zazwyczaj wcześniej nabyć, co zasadniczo polega na jego zakupie u dostawcy, będącego czy to producentem narkotyku, czy osobą wprowadzającą go do obrotu, to praktycznie w każdym modelu udzielania należałoby przyjąć, że ma miejsce realizacja tego znamienia typów czynów zabronionych z art. 59 tejże ustawy. Odmienne należałoby bowiem traktować jedynie te sytuacje, w których pierwotny dostawca narkotyku przekazałby go udzielającemu nieodpłatnie, zaś ten udzieliłby go docelowemu konsumentowi także bez otrzymania jakiegokolwiek świadczenia pieniężnego. Taka sytuacja wystąpiłaby ponadto, gdyby udzielający sam narkotyk wytworzył i następnie nieodpłatnie przekazał go konsumentowi. Jak zatem widać,

rozszerzająca wykładnia tego znamienia ustawowego powodowałaby, że tylko margines zachowań związanych z udzieleniem narkotyku byłby subsumowany pod znamiona typów czynów zabronionych z art. 58 ustawy o przeciwdziałaniu narkomanii.

Podsumowanie

Przedstawione rozważania pozwalają na stwierdzenie, że normatywne znaczenie instytucji korzyści majątkowej opisanej w art. 45 § 1 k.k. różni się od tego uzyskanego w wyniku wykładni znamienia ustawowego typów czynów zabronionych z art. 59 ustawy o przeciwdziałaniu narkomanii w postaci działania w celu osiągnięcia korzyści majątkowej. Dostrzeżenie tej różnicy ma nie tylko pierwszoplanowe znaczenie dla właściwego subsumowania zachowań podlegających na udzieleniu narkotyku, czy to pod normy wysłowione w art. 58 tej ustawy, czy to, gdy udzielający działał z zamiarem ukierunkowanym na osiągnięcie wskutek jego przestępczej aktywności przez niego lub osobę trzecią korzyści majątkowej rozumianej jako zysk, pod znamiona jednego z typów czynów zabronionych z art. 59 ww. aktu normatywnego. Ma ono znaczenie także dla ograniczenia nadmiernej represyjności prawa penalnego, którą dostrzec można w mechanicznym kwalifikowaniu niemal wszelkich zachowań polegających na udzielaniu narkotyku, gdy tylko udzielający lub nawet jego dostawca otrzymali w wyniku transferu narkotyku jakąkolwiek zapłatę, jako przestępstw z art. 59 ustawy z dnia 29 lipca 2005 r. Tego rodzaju automatyzm nie powinien tymczasem towarzyszyć procesowi subsumpcji konkretnych zachowań pod normy prawnomaterialne. Można go natomiast uniknąć dostrzegając, że analizowane znamię odnosi się do procesów intelektualnych towarzyszących osobie udzielającej narkotyku w czasie przedsięwzięcia tej działalności. Instytucja korzyści majątkowej z popełnienia przestępstwa z art. 45 § 1 k.k. wyzuta jest z tego rodzaju zagadnień dotyczących sfery wolicjonalnej osoby, która tę korzyść uzyskuje. Korzyść majątkowa w rozumieniu tego ostatniego unormowania to wszakże obiektywne zdarzenie o charakterze ekonomicznym wyrażające przysporzenie określonej dodatniej wartości majątkowej, a uzyskane przez konkretną osobę w związku z popełnieniem przestępstwa.

Oczywiście wszystkie przedstawione uwagi mają odpowiednie zastosowanie do innych przepisów ustawy z dnia 29 lipca 2005 r. o przeciwdziałaniu narkomanii, w których wysłowiono znamię działania w celu osiągnięcia korzyści majątkowej. W powołanej ustawie znamię to wyzna-

cza wszakże kwalifikowane typy przestępstw, które wysłowiono w art. 53 ust. 2 oraz art. 55 ust. 3.

Controversies about interpretation of the statutory criterion of acting with a view to obtaining a property advantage, for offences involving supplying another person with abusive, psychotropic and/or new psychoactive substance

Abstract

This paper interprets the statutory criterion of acting with a view to obtaining a property advantage, included in the regulatory description of acts prohibited under Art. 59 of the Law of 29 July 2005 on Counteracting Drug Addition. For years, interpretation of the criterion has been raising major problems for administrators of justice as well as for legal commentators. Despite growing differences in interpretation, the issue has not been subject to any in-depth analysis, although a proper explanation of the criterion is crucial for reasons of practical expediency as it would allow, in identical factual circumstances, a clear determination to be made of whether a person supplying a narcotic drug fulfils the statutory criteria under Art. 58 or the criteria under Art. 58 of the Act.

With proper decoding of the regulatory meaning of the criterion, it would be possible to decide whether a person supplying a narcotic drug should be held liable for any of petty offences under Art. 58 of the Act, or for any of prohibited acts under Art. 58(1) and Art. 59(1) of the Act. The point is that the criteria for pairs of prohibited acts described in Art. 58(2) and Art. 59(2) actually differ only in that prohibited acts under Art. 59 of the Act require the additional criterion of a supplying person acting with a view to obtaining a property advantage be fulfilled. Practical significance of this distinction is enormous as petty offences under Art. 58(1) and (2) of the Act carry the penalties of 1 month to 3 years and 6 months to 8 years, respectively, while sentencing limits for offences under Art. 59(1) and (2) of the Act are

much more severe, ranging from 1 year to 10 years and 3 years to 15 years, respectively.

This paper explores the issues outlined herein above and argues that the regulatory meaning of the criterion of acting with a view to obtaining a property advantage should be determined restrictively for prohibited acts under Art. 59 of the Act. This very approach is clear from how the criterion should be construed using various interpretation methods.

GLOSY

Andrzej Jezusek

Glosa do postanowienia SN z dnia 15 stycznia 2020 r., sygn. I KZP 10/19¹

Streszczenie

Zdaniem Autora nieprawidłową jest wykładnia art. 233 § 1a k.k., której rezultat stanowi ograniczenie zakresu zastosowania tego przepisu jedynie do osób składających fałszywe zeznania z obawy przed odpowiedzialnością karną grożącą osobom najbliższym, czy też do sytuacji, w których obawa świadka przed odpowiedzialnością karną miałaby charakter wyłącznie subiektywny. Nie oznacza to jednak, że wskutek ustanowienia tego przepisu całkowicie zdeaktualizowała się dotychczasowa linia orzecznicza Sądu Najwyższego dotycząca możliwości pociągnięcia do odpowiedzialności świadka składającego fałszywe zeznanie z obawy przed odpowiedzialnością karną. Nadto SN myli się, twierdząc, iż brak było przeszkód, aby ustawodawca ograniczył gwarancje wynikające z zasady nemo tenetur do prawa do milczenia.

Od dnia 15 kwietnia 2016 r., daty wejścia w życie ustawy z dnia 11 marca 2016 r. o zmianie ustawy – Kodeks postępowania karnego oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. z 2016 r., poz. 437 z późn. zm.), zachowanie sprawcy składającego fałszywe zeznania (art. 233 § 1 k.k.) w obawie przed grożącą mu odpowiedzialnością karną, które do tej chwili traktowane było jako kontratyp działania w ramach

¹ Opublikowana w Legalis nr 2272428.

prawa do obrony, zostało stypizowane jako uprzywilejowany typ przestępstwa określony w art. 233 § 1a k.k.

1. Głosowane orzeczenie zapadło wskutek przedstawienia Sądowi Najwyższemu przez Sąd Odwoławczy następującego zagadnienia prawnego: „Czy po nowelizacji art. 233 k.k., tj. po dodaniu nowelą z dnia 11 marca 2016 r. przepisu art. 233 § 1a k.k. zmianie uległ zakres podmiotowy tego typu czynu zabronionego, i czy zmianie uległy zasady odpowiedzialności za ów występki przedstawione m.in. w uchwale Sądu Najwyższego z 20 września 2007 r., sygn. I KZP 26/07”. Sąd Najwyższy odmówił udzielenia odpowiedzi ze względu na brak realizacji przesłanek określonych w art. 441 § 1 k.p.k., niemniej jednak w uzasadnieniu postanowienia wypowiedział się w kwestii frapującej Sąd Odwoławczy. Sąd Najwyższy stanął na stanowisku, że wskutek wejścia w życie nowelizacji Kodeksu karnego² nastąpiła zmiana normatywna deaktualizująca zapatrzywania wyrażane do tej pory w jego orzecznictwie co do zakresu zastosowania normy prawnej z art. 233 § 1 k.k.

Tytułem przypomnienia, nowelizacja Kodeksu karnego w zakresie mającym znaczenie dla niniejszego opracowania polegała na:

- zaostreniu ustawowego zagrożenia za występki fałszywych zeznań statutowany w art. 233 § 1k.k.; sprawca tego przestępstwa w chwili obecnej podlega karze pozbawienia wolności od 6 miesięcy do lat 8;
- dodaniu do art. 233 k.k. § 1a przewidującego uprzywilejowany typ występków fałszywych zeznań, przy czym znamieniem modyfikującym jest działanie sprawcy z obawy przed odpowiedzialnością karną grożącą jemu samemu lub jego najbliższemu;
- zmianie art. 233 k.k. § 3: zgodnie z aktualną wersją tego przepisu nie podlega karze za czyn określony w § 1a, kto składa fałszywe zeznanie, nie wiedząc o prawie odmowy zeznania lub odpowiedzi na pytania.

Zdaniem Sądu Najwyższego z uzasadnienia projektu nowelizacji wynika, iż jej twórcy za priorytetowe uznali potrzebę zapewnienia prawidłowego funkcjonowania wymiaru sprawiedliwości i realizację celów procesu, w szczególności wykrycie i ujęcie sprawcy przestępstwa, i dlatego zaproponowali zawężenie standardu gwarancyjnego przysługującego osobie zagrożonej odpowiedzialnością karną podczas składania zeznań w charakterze świadka do prawa do odmowy składania zeznań oraz prawo do odmowy odpowiedzi na pytanie (art. 182 k.p.k. i art. 183 k.p.k.).

² Ustawa z dnia 11 marca 2016 r. o zmianie ustawy – Kodeks postępowania karnego oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. z 2016 r., poz. 437).

W następstwie wprowadzenia do porządku dziennego przedmiotowych zmian ustawodawca wprowadził zasadę, wedle której świadek, niezależnie od tego, czy powinien uzyskać w danej sprawie status podejrzanego, ma prawo jedynie do milczenia; nie może zaś pod rygorem odpowiedzialności karnej składać fałszywych zeznań. W konsekwencji Sąd Najwyższy za trafny uznał pogląd Prokuratury Krajowej, w myśl którego należy respektować zapis ustawowy art. 233 § 1a k.k., ustanawiający typ uprzywilejowany przestępstwa fałszywych zeznań dla szczególnej kategorii świadków zagrożonych odpowiedzialnością karną, z drugiej zaś podkreślono prawo sądu do stwierdzenia w rozpoznawanej sprawie, czy ochrona przysługująca przesłuchiwanemu świadkowi na gruncie art. 183 k.p.k. nie jest ochroną iluzoryczną i zbadania przyczyn takiego stanu rzeczy.

Natomiast z dezaprobatą Sąd Najwyższy odniósł się do zapatrywania Sądu Odwoławczego, wedle którego jeśli nie została zmieniona treść art. 6 k.p.k., to zmiana normatywna treści art. 233 k.k. nie ma znaczenia dla określenia zakresu odpowiedzialności karnej świadka w wypadku składania przez niego fałszywych zeznań w obawie przed grożącą mu odpowiedzialnością karną. Sąd Najwyższy wyjaśnił, że we wszystkich dotychczasowych uchwałach dotyczących tego zagadnienia (I KZP 12/91; I KZP 4/07; I KZP 26/07), w których wyrażono pogląd, że nie popełnia przestępstwa z art. 233 § 1 k.k. osoba, która świadomie składa fałszywe zeznania odnośnie okoliczności mających znaczenie dla realizacji jej prawa do obrony, przyjęto istnienie w tym zakresie kontratypu działania we własnej obronie. Wywodzono, że w takiej sytuacji zachodzi okoliczność wyłączająca bezprawność, a co za tym idzie i przestępczość czynu albowiem nie może być czynem karalnym takie zachowanie się jednostki, do którego jest ona uprawniona, a to z kolei wynika z przysługującego jej prawa do obrony, z którego korzysta w całym postępowaniu karnym. Jednakże w ustawie nowelizującej ustawodawca dookreślił zakres uprawnień przysługujących świadkowi zagrożonemu odpowiedzialnością karną poprzez wskazanie, że przysługuje mu „prawo do milczenia”, ale już nie „prawo do kłamstwa”, przeto nie można w dalszym ciągu twierdzić, że osoba tak działa w sytuacji kontratypowej.

2. Poglądy wyrażone w uzasadnieniu głosowanego orzeczenia można podzielić jedynie częściowo³. Trzeba się zgodzić z SN, że nieprawidłowa

³ W przedmiocie skutków wejścia w życie ustawy nowelizującej z dnia 11 marca 2016 r. oraz dopuszczalności przyjętych w niej rozwiązań wypowiedziałem się już w innym opracowaniu, tj. w artykule „Możliwość dezinformowania przez świadka organów postępowania w świetle prawa do obrony, zasady równości wobec prawa i zasady praworządności a realizacja znamion występku z art. 233 § 1a k.k.”, *Czasopismo Prawa Kar-*

byłaby taka wykładnia art. 233 § 1a k.k., która ograniczałaby zakres zastosowania tego przepisu jedynie do osób składających fałszywe zeznania z obawy przed odpowiedzialnością karną grożącą osobom najbliższym⁴, czy też do sytuacji, w których obawa świadka przed odpowiedzialnością karną miałaby charakter wyłącznie subiektywny, tj. nie zachodziła sytuacja, w której złożenie prawdziwych zeznań obiektywnie groziłoby świadkowi możliwością pociągnięcia do odpowiedzialności karnej⁵. Powyższe koncepcje bazują na założeniu, że regulacja ustawowa nie może uchylić gwarancji wynikających z art. 42 ust. 2 konstytucji z naruszeniem warunków określonych w art. 31 ust. 3 konstytucji, a omawiany przepis tych standardów nie spełnia. Jednakże czym innym jest problem zgodności regulacji ustawowej z normą o wyższej mocy prawnej i wynikię stąd zagadnienie walidacyjne, ewentualnie problematyka uprawnienia sądu do pominięcia normy ustawowej niezgodnej z ustawą zasadniczą, a czym innym problem interpretacyjny, sprowadzający się do pytania, czy świadek składający fałszywe zeznania z obawy przed odpowiedzialnością karną realizuje znamiona przestępstwa statutowanego w art. 233 § 1a k.k. Odpowiedź musi być niestety pozytywna, z tym zastrzeżeniem, że warunkiem pociągnięcia takiej osoby do odpowiedzialności za fałszywe zeznania jest wyczerpanie przez nią kompletu znamion występków fałszywych zeznań, oraz spełnienie innych warunków karalności, w szczególności zaś statutowanego w art. 233 § 2 k.k. I w tym właśnie miejscu pojawia się kłopot z poglądami wyrażonymi przez Sąd Najwyższy w uzasadnieniu głosowanego orzeczenia. Otóż najwyższa instancja sądowa nie dostrzegła, że w pewnym zakresie wnioski wywiedzione w trzech uchwałach dotyczących zakresu odpowiedzialności karnej świadka za składanie fałszywych zeznań z obawy przed odpowiedzialnością karną można uzasadnić również przy uwzględnieniu aktualnego brzmienia art. 233 § 1–2 k.k. oraz bez potrzeby odwoływania się do kontratyphu prawa do obrony. W konsekwencji pogląd o całkowitej dezak-

nego i Nauk Penalnych 2018, nr 4, s. 115–155, a wyrażone w niniejszej glosie zapatrywania stanowią powtórzenie w relewantnym zakresie i rozwinięcie tez postawionych w tym artykule (w szczególności na s. 146–147; 149–151).

⁴ Taki pogląd forsują tak M. Szewczyk, A. Wojtaszczyk, W. Zontek, (w:) W. Wróbel, A. Zoll (red.), Kodeks karny. Część szczególna. Tom II. Komentarz do art. 212–277d, Warszawa 2017, s. 315.

⁵ Taki pogląd przedstawili S. Tarapata, P. Zakrzewski, Czy to koniec sporu dotyczącego kwestii ponoszenia odpowiedzialności karnej za składanie fałszywych zeznań przez sprawcę uprzednio popełnionego przestępstwa? Rzecz o wykładni znamion typu czynu zabronionego z art. 233 § 1a k.k., (w:) J. Giezek, J. Brzezińska (red.), Zmodyfikowane typy przestępstw w teorii i praktyce sądowej, Warszawa 2017, s. 287, 413–414.

tualizacji dotychczasowej linii orzeczniczej jest nazbyt generalny i powinien zostać zniuansowany.

W uchwale z dnia 20 czerwca 1991 r., sygn. I KZP 12/91⁶ Sąd Najwyższy wskazał, że nie jest dopuszczalnym skazanie osoby za fałszywe zeznania złożone w charakterze świadka w postępowaniu karnym, w którym następnie wyżej wymieniona osoba występowała w charakterze oskarżonego. W przedmiotowym judykacie SN ograniczył wyłączenie odpowiedzialności jedynie do fałszywych zeznań odnoszących się do czynu zabronionego stanowiącego przedmiot postępowania karnego, w którym zeznanie zostało złożone, a nadto warunkował wyłączenie odpowiedzialności od następczego nabycia przez świadka statusu oskarżonego. Następnie w uchwale z dnia 26 kwietnia 2007 r., sygn. I KZP 4/07⁷ Sąd Najwyższy wyjaśnił, że nie ponosi odpowiedzialności karnej na podstawie art. 233 § 1 k.k. osoba, która przesłuchana została w charakterze świadka wbrew wynikającemu z art. 313 § 1 k.p.k. nakazowi przesłuchania jej jako podejrzanego. Zdaniem Sądu Najwyższego w treści art. 313 § 1 k.p.k. należy upatrywać zakazu przesłuchania osoby, w stosunku do której zebrane dane uzasadniają dostateczne podejrzenie, że popełniła czyn stanowiący przedmiot postępowania, w charakterze innym niż tylko podejrzanego. Osobie takiej przysługuje prawo do obrony w takim samym zakresie jak osobie formalnie posiadającej status podejrzanego – między innymi nie podlega ona karze za dezinformowanie organów ścigania w zakresie czynu, o którego popełnienie jest podejrzana, a uchybienie organów ścigania polegające na przesłuchaniu takiej osoby w charakterze świadka nie może prowadzić do jej odpowiedzialności karnej z art. 233 § 1 k.k. W końcu w uchwale z tego samego roku (z dnia 20 września 2007 r., sygn. I KZP 26/07)⁸ Sąd Najwyższy stanął na stanowisku, że nie popełnia przestępstwa fałszywych zeznań, kto umyślnie składa nieprawdziwe zeznania dotyczące okoliczności mających znaczenie dla realizacji jego prawa do obrony (art. 6 k.p.k.), także wówczas, gdy zostały one złożone w postępowaniu, które nie toczyło się w przedmiocie popełnionego przez taką osobę czynu. Sąd Najwyższy wyjaśnił, że osoba taka działa w sytuacji kontratypowej, tj. realizuje swoje prawo do obrony, któremu w takim wypadku przysługuje pierwszeństwo przed dobrem wymiaru sprawiedliwości.

Moim zdaniem w pełni zachowuje aktualność stanowisko wyrażone w uchwale z dnia 26 kwietnia 2007 r., sygn. I KZP 4/07. Oznacza to, że

⁶ Uchwała SN z dnia 20 czerwca 1991 r., sygn. I KZP 12/91, Legalis nr 27380.

⁷ Uchwała SN z dnia 26 kwietnia 2007 r., sygn. I KZP 4/07, Legalis nr 82060.

⁸ Uchwała SN z dnia 20 września 2007 r., sygn. I KZP 26/07, Legalis nr 87069.

w dalszym ciągu odpowiedzialności karnej za fałszywe zeznania nie ponosi świadek, w stosunku do którego ziszczyły się warunki określone w art. 313 § 1 k.p.k., tj. dane zebrane przez organ ścigania uzasadniają dostatecznie podejrzenie, że dana osoba popełniła czyn zabroniony. W takiej sytuacji art. 313 § 1 k.p.k. zobowiązuje organ do sporządzenia postanowienia o przedstawieniu zarzutów, ich ogłoszenia zainteresowanej osobie oraz jej przesłuchania w charakterze podejrzanego. Wskazany przepis, ze względu na swoje imperatywne brzmienie, nie pozostawia miejsca na traktowanie takiej osoby w dalszym ciągu jako świadka, a w konsekwencji wyłącza możliwość przesłuchania takiej osoby w charakterze świadka. Przesłuchując osobę faktycznie podejrzaną w charakterze świadka, organ procesowy nie wykonuje jednocześnie obowiązku nakazanego mu art. 313 § 1 k.p.k., a tym samym dopuszcza się przynajmniej zwłoki w jego realizacji. Zgodnie z regułą instrumentalnego zakazu, jeżeli przepis prawa zakłada zaistnienie jakiegoś stanu, to należy przyjąć, iż wszystko to, co nie jest unormowane, ale ten stan unicestwia, jest zakazane⁹. Stąd zachowanie organu polegające na przesłuchaniu osoby faktycznie podejrzaną w charakterze świadka należy uznać za bezprawne. Pogląd odmienny byłby sprzeczny z *ratio legis* art. 313 § 1 k.p.k. oraz godziłby w regulację statuującą środek dowodowy w postaci wyjaśnień oskarżonego.

Trzeba mieć także na uwadze art. 7 konstytucji, stosownie do którego organy władzy publicznej działają na podstawie i w granicach prawa. W rezultacie organy procesowe mogą wykonywać czynności w postępowaniu karnym tylko w oparciu o określoną regulację prawną oraz wyłącznie w jej granicach. Jest im zakazane działanie poza granicami wyznaczonymi przez odpowiednie przepisy¹⁰. Z kolei przepis art. 31 ust. 2 konstytucji przewiduje, że nikogo nie wolno zmuszać do czynienia tego, czego prawo mu nie nakazuje. Oznacza to, że organy procesowe mogą ingerować w sferę praw i wolności innych uczestników postępowania, w tym wzywając ich do złożenia zeznań pod groźbą odpowiedzialności karnej, jedynie w oparciu o szczególną normę kompetencyjną. Nadto zachowanie takie w przypadku osoby zagrożonej odpowiedzialnością karną

⁹ Stąd nie ma racji L. Paprzycki (Głosa do uchwały SN z dnia 20 czerwca 1991 r., sygn. I KZP 12/91, Palestra 1992, nr 1–2, s. 95–96), twierdząc, że przesłuchanie takiej osoby w charakterze świadka nie jest zakazane, a jedynie bezcelowe.

¹⁰ Zob. P. Kardas, Problem granic legalności czynności uczestników postępowania karnego i konsekwencji ich przekroczenia, (w:) D. Gruszecka, J. Skorupka (red.), Granice procesu karnego. Legalność działań uczestników postępowania, Warszawa 2015, s. 23–27, 40–43, 47–48.

oznaczałoby także ograniczenie konstytucyjnego prawa do obrony w zakresie szerszym, niż to przewiduje regulacja ustawowa, a więc stanowiłoby czynność sprzeczną z art. 42 ust. 2 w zw. z art. 31 ust. 3 konstytucji. W podsumowaniu należy stwierdzić, że organ procesowy nie posiada kompetencji do przesłuchania osoby, o której mowa w art. 313 § 1 k.k., w charakterze świadka, a dokonanie takiej czynności byłoby sprzeczne z zakazem instrumentalnie wywodzonym z tego przepisu oraz normami konstytucyjnymi, a to: art. 7, art. 31 ust. 2 oraz art. 42 ust. 2 w zw. z art. 31 ust. 3.

Mając na uwadze powyższe, należy wskazać na to, że warunkiem karalności fałszywych zeznań jest (A) wymóg, by zeznanie miało stanowić dowód w postępowaniu sądowym lub innym prowadzonym na podstawie ustawy, oraz (B) istnienie ustawowej kompetencji organu odbierającego zeznanie do przesłuchania określonej osoby pod rygorem odpowiedzialności karnej.

(A) Pierwszy z ww. warunków ma zakotwiczenie w art. 233 § 1 k.k., zgodnie z którym to przepisem znamieniem omawianego występku jest złożenie przez sprawcę zeznania „mającego służyć za dowód w postępowaniu sądowym lub w innym postępowaniu prowadzonym na podstawie ustawy”. Moim zdaniem jest tu mowa o obiektywnej zdolności dowodowej zeznania, tj. możliwości jego wykorzystania jako dowodu w danym postępowaniu, przy czym chodzi tutaj o wykorzystanie depozycji świadka jako środka dowodowego w postaci jego zeznań w postępowaniu, w którym zostały one złożone¹¹, co nie oznacza jeszcze, że inkryminowane zeznanie będzie stanowiło podstawę ustaleń faktycznych. Organ procesowy może bowiem negatywnie ocenić prawdziwość zeznania i je pominąć przy dokonywaniu ustaleń faktycznych. Odnosząc zagadnienie do realiów postępowania karnego, chodzi o to, aby organ procesowy mógł ocenić wiarygodność określonego zeznania i w zależności od rezultatów tej oceny czynić w oparciu o to zeznanie ustalenia faktyczne. Jak wiadomo, w postępowaniu karnym podstawę faktyczną orzeczenia stanowi całokształt okoliczności ujawnionych w sprawie (art. 92 k.p.k.), a w przypadku wyrokowania – całokształt okoliczności ujawnionych w toku rozprawy głównej (art. 410 k.p.k.). Okolicznościami ujawnionymi w toku postępowania są okoliczności ustalone na podstawie przeprowadzonych w postępowaniu dowodów, tj. wynikające zarówno z dowodów ujawnionych na rozprawie, jak i z dowodów wprowadzonych do procesu karnego w jakikolwiek inny sposób, i to nie tylko w postępowaniu sądowym, ale

¹¹ Tak A. Herzog, (w:) R. A. Stefański (red.), *Kodeks karny. Komentarz*, Warszawa 2017, s. 1523–1524.

także w postępowaniu przygotowawczym¹². Należy jednak pamiętać, że do procesu nie można wprowadzać dowodów niedopuszczalnych w rozumieniu ustawy. Oznacza to, że okoliczność wynikająca z dowodu niedopuszczalnego nie może zostać uznana za „ujawnioną”, chociażby nawet taki dowód w toku postępowania został przeprowadzony wskutek błędu organu procesowego.

Powyższa konkluzja prowadzi nas zaś do art. 168a k.p.k., stanowiącego, że dowodu nie można uznać za niedopuszczalny wyłącznie na tej podstawie, że został uzyskany z naruszeniem przepisów postępowania lub za pomocą czynu zabronionego, o którym mowa w art. 1 § 1 k.k., chyba że dowód został uzyskany w związku z pełnieniem przez funkcjonariusza publicznego obowiązków służbowych, w wyniku: zabójstwa, umyślnego spowodowania uszczerbku na zdrowiu lub pozbawienia wolności. Wskazany przepis jest rozumiany w literaturze jako wprowadzający generalną zasadę dopuszczalności dowodu uzyskanego z naruszeniem przepisów postępowania lub za pomocą czynu zabronionego oraz statuujący wyjątki od tej zasady. Przyjmuje się, że dowód objęty wyjątkiem określonym w tym przepisie jest niedopuszczalny. Oznacza to, że organ procesowy nie może takiego dowodu przeprowadzić, a gdyby do tego doszło, jest zobowiązany pominąć go przy dokonywaniu ustaleń faktycznych. W literaturze i orzecznictwie różnie wyklada się ten fragment przepisu, który ustanawia wyjątki od reguły dopuszczalności. I tak wskazuje się, że dowód jest niedopuszczalny w każdym wypadku, gdy został uzyskany z naruszeniem przepisów postępowania lub za pomocą czynu zabronionego przez funkcjonariusza publicznego w związku z pełnieniem obowiązków służbowych¹³. Według poglądu konkurencyjnego również w takim wypadku dowód jest niedopuszczalny tylko wówczas, gdy został uzyskany w wyniku zabójstwa, umyślnego spowodowania uszczerbku na zdrowiu lub pozbawienia wolności, jednakże omawiana zasada ogólnej dopuszczalności dowodów wadliwie uzyskanych nie ma zastosowania, gdy obok naruszenia przepisów postępowania lub realizacji znamion czynu zabronionego wystąpią inne uchybienia, w szczególności zaś naruszenie gwarancji konstytucyjnych i prawnomiędzynarodowych¹⁴. Istot-

¹² Zob. P. Hofmański, E. Sadzik, K. Zgryzek, Kodeks postępowania karnego. Tom I. Komentarz do art. 1–296, Warszawa 2011, s. 618.

¹³ K. T. Boratyńska, M. Królikowski, (w:) A. Sakowicz (red.), Kodeks postępowania karnego, Warszawa 2016, s. 435; D. Gruszecka, (w:) J. Skorupka (red.), Kodeks postępowania karnego. Komentarz, Warszawa 2018, s. 341.

¹⁴ Zob. wyrok SA we Wrocławiu z dnia 27 kwietnia 2017 r., sygn. II AKa 213/16, Legalis nr 1604275. W tym kierunku także SN w postanowieniu z dnia 26 czerwca 2019 r., sygn. IV KK 328/18, Legalis nr 1958673: „Art. 168a k.p.k. nie może stanowić podstawy

ne jest to, że niezależnie od przyjętej interpretacji art. 168a k.p.k. zeznania osoby, o której mowa w art. 313 § 1 k.p.k., złożone podczas przesłuchania w charakterze świadka stanowią w postępowaniu karnym dowód niedopuszczalny przez ustawę. W oparciu o taki dowód nie wolno organom procesowym czynić żadnych ustaleń faktycznych. W związku z powyższym takie zeznanie nie może służyć za dowód w postępowaniu, w którym zostało złożone. W konsekwencji w takim wypadku zachowanie świadka nie realizuje znamion określonych w art. 233 § 1 i 1a k.k.

Z powyższym wywodem konweniuj także brak możliwości odczytania oskarżonemu na rozprawie złożonych przez niego uprzednio depozycji, gdy był słuchany w charakterze świadka (zob. art. 389 § 1 k.p.k.). *Notabene* przedmiotowy przepis pozwala także racjonalnie rozważyć, czy nie pozostaje nadal aktualna uchwała SN z dnia 20 czerwca 1991 r., sygn. I KZP 12/91, w szczególności jeżeli za trafne zostanie uznane założenie, że w art. 233 § 1 k.k. chodzi o możliwość wykorzystania depozycji świadka w postępowaniu, w którym zostały one złożone. W przypadku postawienia danej osobie zarzutów zeznania złożone przez nią uprzednio w postępowaniu karnym w charakterze świadka tracą przedmiotową właściwość¹⁵.

(B) Jeżeli chodzi o drugi z ww. wymogów odpowiedzialności karnej za fałszywe zeznania, to wynika on z art. 233 § 2 k.k. Zgodnie z tym przepisem warunkiem *sine qua non* odpowiedzialności karnej za fałszywe zeznanie jest, aby przyjmujący zeznanie, działając w zakresie swoich

prawnej przeprowadzenia dowodu uzyskanego z naruszeniem przepisów postępowania lub za pomocą czynu zabronionego, jeżeli przeprowadzenie takiego dowodu czyniłoby proces nierzetelnym w rozumieniu art. 6 ust. 1 Konwencji o Ochronie Praw Człowieka i Podstawowych Wolności”.

¹⁵ W tym kierunku D. Gruszecka. Zdaniem tej autorki świadek może antycypować swoją późniejszą rolę procesową i złożyć zeznania, działając z przekonaniem, że nie będą one mogły następnie zostać dowodowo wykorzystane. Jeżeli przeświadczenie świadka w rzeczywistości się zmaterializuje, złożone zeznania nie będą miały wartości dowodowej, a tym samym nie zostaną wyczerpane przedmiotowe znamiona występku fałszywych zeznań; jeżeli zaś świadek się omyli, będzie on działał pod wpływem błędu co do okoliczności stanowiącej znamię tego występku, który wyłączy umyślność. Zob. D. Gruszecka, Zasięg prawa do obrony w kontekście odpowiedzialności za fałszywe zeznania, *Czasopismo Prawa Karnego i Nauk Penalnych* 2010, nr 2, s. 153–154. Moje zastrzeżenia do tego stanowiska zob. A. Jezusek, *Możliwość dezinformowania...*, s. 151–152. W skrócie: fakt, że świadek uzyskał następnie status oskarżonego, ma znaczenie dla realizacji znamion przedmiotowych występku z art. 233 § 1a k.k. tylko wówczas, gdy sąd ustali, iż w okolicznościach danej sprawy, a więc *in concreto*, wykluczonym było ich dowodowe wykorzystanie w postępowaniu karnym, np. w sytuacji, w której świadek przyznaje się do winy i jednocześnie kłamie w zakresie okoliczności obciążających mogących prowadzić do odpowiedzialności za typ kwalifikowany lub uzasadnić surowszy wymiar kary.

uprawnień, uprzedził zeznającego o odpowiedzialności karnej za fałszywe zeznanie lub odebrał od niego przyrzeczenie. Co niezwykle istotne Sąd Najwyższy w uzasadnieniu głosowanego orzeczenia wyraźnie zaznaczył, uwzględniając redakcję i usystematyzowanie poszczególnych paragrafów art. 233 k.k., że pouczenie, o którym mowa w art. 233 § 2 k.k. powinno obejmować zarówno treść § 1, jak i § 1a – art. 233 k.k.

Ustawowa kompetencja osoby przeprowadzającej czynność do odebrania zeznania pod rygorem odpowiedzialności karnej stanowi obiektywny warunek odpowiedzialności za występki statutowany w art. 233 § 1 lub 1a k.k.¹⁶ Stąd „nie jest przestępne takie fałszywe zeznanie, którego odebranie było bezprawne (przyjmujący zeznanie działał poza zakresem swoich uprawnień)”¹⁷. Stanisław Śliwiński dalej wyjaśnia, że czynność organu odbierającego zeznanie musi być „prawna”, co ma miejsce wówczas, gdy organ zachowuje przepisy o właściwości rzeczowej, miejscowej i inne przepisy istotne dla danej czynności¹⁸. Sceptycznie do takiego ujęcia problemu „prawności” czynności dokonanych w postępowaniu sądowym odniósł się Z. Młynarczyk. Wedle tego autora brak właściwości miejscowej sądu nie powinien wpływać na obowiązek mówienia prawdy przez świadka. W rezultacie brak karalności za fałszywe zeznania miałyby zachodzić tylko wówczas, gdyby czynność ta była obarczona wadami istotnymi, tj. prowadzącymi do jej bezskuteczności. Wada istotna czynności zachodzi, gdy jej przeprowadzenie nie jest uprawnieniem osoby przyjmującej zeznanie lub nie mieści się „w ogólnych ramach dopuszczonego przez ustawę postępowania”¹⁹. Przy czym badacz ten zgadza się, że „sformułowanie ustawy «w zakresie swoich uprawnień» istotnie można tłumaczyć w ten sposób, że przedstawiciel organu musi mieć nie tylko prawo do odbierania zeznań w określonym postępowaniu (karnym, cywilnym, administracyjnym), ale również musi przestrzegać wszystkich przepisów wytyczających granicę jego uprawnień”²⁰.

W mojej opinii w art. 233 § 2 k.k. chodzi o upoważnienie do odebrania zeznania pod rygorem odpowiedzialności karnej od określonej osoby w danym konkretnym postępowaniu, a nie o generalne upoważnienie do przeprowadzenia dowodu z zeznań świadka w danym rodzaju postępo-

¹⁶ Zob. W. Wróbel, A. Wojtaszczyk, W. Zontek, Fałszywe zeznanie, opinia, tłumaczenie lub oświadczenie, (w:) L. Gardocki (red.), System Prawa Karnego. Tom VIII. Przestępstwa przeciwko państwu lub dobrom zbiorowym, Warszawa 2013, s. 629.

¹⁷ S. Śliwiński, Prawo karne materialne. Część szczególna, Warszawa 1948, s. 34.

¹⁸ Zob. S. Śliwiński, Prawo..., s. 34.

¹⁹ Zob. Z. Młynarczyk, Fałszywe zeznania w polskim prawie karnym, Warszawa 1971, s. 37–38.

²⁰ Z. Młynarczyk, Fałszywe..., s. 36.

wania. W art. 233 § 2 k.k. mowa przecież wyraźnie o „działaniu w zakresie uprawnień” przez organ przyjmujący zeznanie. Oznacza to, że warunek określony w tym przepisie nie jest spełniony zarówno wówczas, gdy dany organ w określonym rodzaju postępowania w ogóle nie jest uprawniony do słuchania świadków pod rygorem odpowiedzialności karnej, jak i gdy takie upoważnienie posiada, lecz w danym konkretnym przypadku działa poza jego granicami. W odmiennym wypadku należałoby bowiem uznać za „działanie w zakresie uprawnień” przesłuchanie przez sąd oskarżonego w charakterze świadka na rozprawie głównej czy też ostrzeżenie strony postępowania cywilnego o odpowiedzialności karnej już przy jej pierwszym przesłuchaniu. Nadto niewątpliwie przesłuchanie w charakterze świadka osoby, w stosunku do której zaktualizowały się okoliczności określone w art. 313 § 1 k.k., stanowi wadę istotną tej czynności, która powinna pozbawić ją „prawności”. Wskutek przekroczenia przez organ procesowy przysługujących mu uprawnień, ewentualne pouczenie świadka o odpowiedzialności karnej nie realizuje wymogu z art. 233 § 2 k.k., a w konsekwencji brak jest możliwości pociągnięcia takiego świadka do odpowiedzialności za fałszywe zeznania.

3. Z wyżej wskazanych powodów także w nowym stanie prawnym zachowała swoją aktualność uchwała z dnia 26 kwietnia 2007 r., sygn. I KZP 4/07, jakkolwiek ze względu na inne argumenty niż przedstawione przez Sąd Najwyższy w jej uzasadnieniu. Natomiast pozostając wyłącznie w płaszczyźnie przepisów ustawowych nie da się bronić poglądu o wyłączeniu odpowiedzialności za fałszywe zeznania świadka działającego z obawy przed poniesieniem odpowiedzialności karnej w zakresie wynikającym z uchwały z dnia 20 września 2007 r., sygn. I KZP 26/07. Jednakże nie oznacza to, że sytuacja prawna takiej osoby jest jednoznaczna, bowiem daleko posunięte wątpliwości budzi zgodność rozwiązań przyjętych przez ustawodawcę z regulacją konstytucyjną.

Polska tradycja prawna, uwzględniając kształt polskiego postępowania karnego oraz miejscowe warunki, w szczególności zaś możliwość dopuszczenia się nadużyć przez organy postępowania, wypracowała szerokie rozumienie zasady *nemo se ipsum accusare tenetur*, stanowiącej integralny składnik prawa do obrony. Zawężenie zakresu uprawnień wynikającej z tej zasady nie jest uzasadnione²¹, w szczególności wbrew opinii Sądu Najwyższego za dopuszczalnością takiego postąpienia nie przemawia fakt, że ustawodawca dopuścił wobec osób podejrzanych, a nie tylko podejrzanych lub oskarżonych, stosowanie nawet siły fizycz-

²¹ Zob. szerzej A. Jez u s e k, *Możliwość dezinformowania...*, s. 121–137.

nej lub środków technicznych służących obezwładnieniu, w zakresie niezbędnym np. do pobrania krwi, odcisków, włosów, wymazu ze śluzówki policzków lub innych wydzielin organizmu (art. 74 § 3a k.p.k.). Sąd Najwyższy nie dostrzegł, że wskazana regulacja prawna odnosi się do osoby, w stosunku do której istnieje podejrzenie organów ścigania, że popełniła czyn zabroniony. W zupełnie odmiennej sytuacji znajduje się świadek składający fałszywe zeznania w obawie przed odpowiedzialnością karną; w wielu przypadkach organ przesłuchujący nie podejrzewa jeszcze takiej osoby o popełnienie przestępstwa. Z tego powodu jej sytuacja prawna jest w miarę bezpieczna, a skorzystanie z jednej z opcji oferowanych przez alternatywę „mów prawdę albo milcz” doprowadziłoby do jej radykalnej zmiany. Nadto wskazane w art. 74 § 3–3a k.p.k. ograniczenia prawa do obrony polegają na nałożeniu obowiązku znoszenia przez osobę podejrzaną określonych działań organów ścigania, na przykład na umożliwieniu sporządzenia fotografii, pobrania odcisków czy krwi. Osoba, o której mowa w tym przepisie, nie jest zobowiązana do aktywnej współpracy z organami ścigania, na przykład nie ma obowiązku przekazania informacji w kwestii sprawstwa czynu zabronionego, jak to ma miejsce w przypadku skorzystania jednej z opcji przewidzianych przez alternatywę „mów prawdę albo milcz”. To organy ścigania muszą wykazać się aktywnością w zbieraniu informacji i danych mających znaczenie dla postępowania karnego, a od określonej osoby oczekuje się, że tych działań nie udaremní. Pod tym względem czynności wymienione w art. 74 § 3–3a k.p.k. są podobne na przykład do przeszukania osoby lub pomieszczenia: również w wypadku tych czynności osoba zagrożona poniesieniem odpowiedzialności karnej nie może sprzeciwić się ich przeprowadzeniu, a także musi pogodzić się z ewentualnym ujawnieniem w ich trakcie dowodów wskazujących na jej odpowiedzialność karną. W końcu efektem przeprowadzenia czynności określonych w art. 74 § 2–3 k.p.k. będzie co najwyżej ujawnienie poszlak (dowodów pośrednich), które co prawda mogą uprawdopodobnić winę określonej osoby, ale zazwyczaj nie wykluczają jeszcze alternatywnej wersji przebiegu zdarzenia i nie przesądzają kwestii odpowiedzialności karnej. Tymczasem skorzystanie z jednej z opcji oferowanych przez alternatywę „mów prawdę albo milcz” dostarcza organom postępowania informacji wprost odnoszącej się do sprawstwa czynu zabronionego, a powołanie się na prawo do milczenia stanowi swoiste nieformalne przyznanie się do winy. Z powyższych względów mamy tutaj do

czynienia z jakościową różnicą, a stopień ingerencji w prawo do obrony w obu omawianych przypadkach nie jest porównywalny²².

Stąd za wysoce niefortunny należy uznać ten fragment uzasadnienia głosowanego postanowienia, w którym Sąd Najwyższy wskazał, że „Ustawodawca niewątpliwie bowiem miał uprawnienia do tego, aby prawo do obrony – jeśli przynajmniej chodzi o świadka – dookreślić «prawem do milczenia», ale już nie «prawem do kłamstwa»”. Niewątpliwie zawężenia takie w płaszczyźnie przepisów ustawowych nastąpiło, nie oznacza to jednak, że ustawodawca działał *lega artis*. Za niewystarczające z punktu widzenia prawa do obrony należy uznać rozwiązanie polegające na upoważnieniu sądu rozpoznającego sprawę do zbadania, czy ochrona przysługująca przesłuchiwanemu świadkowi na gruncie art. 183 k.p.k. nie była w konkretnej sprawie ochroną iluzoryczną i ustalenia przyczyn takiego stanu rzeczy. Pomijając już problem ze wskazaniem konsekwencji, które miałyby płynąć z ustalenia, iż w konkretnej sprawie ochrona wynikająca z art. 183 k.p.k. miała charakter iluzoryczny, zaproponowane rozwiązanie nie uwzględnia gwarancyjnego charakteru prawa do obrony. Świadek składający zeznania w chwili dokonywania tej czynności musi mieć pewność co do konsekwencji mówienia nieprawdy. W przeciwnym wypadku nie byłby w stanie racjonalnie ukierunkować swojego postępowania zgodnie z swoim interesem procesowym. Jeżeli karalność fałszywych zeznań jest uwarunkowana od oceny sądu dokonanej *ex post*, niewykluczone że przy uwzględnieniu okoliczności nieznanych świadkowi w chwili składania zeznań, racjonalny świadek powinien założyć niekorzystne dla siebie rozstrzygnięcie sądu, a tym samym liczyć się z możliwością pociągnięciem do odpowiedzialności w razie podania nieprawdy w zakresie okoliczności mających znaczenie dla jego odpowiedzialności karnej. Z tego powodu podanie nieprawdy w celu uniknięcia samooskarżenia zawsze będzie oznaczać utratę bezpieczeństwa prawnego. W rezultacie zaproponowane rozwiązanie nie może pełnić roli gwarancji procesowej i nie może być poczytane za element zapewniający poszanowanie zasady *nemo tenetur*. Nadto trudno byłoby twierdzić, że osoba składająca fałszywe zeznania pod groźbą odpowiedzialności karnej czyni użytek z prawa podmiotowego (prawa do obrony), nawet jeżeli w ostatecznym rozrachunku sąd oceniający jej zachowanie doszedłby do wniosku, że zachodziły szczególne okoliczności przemawiające za bezkarnością jej czynu.

²² Zob. w tej materii w odniesieniu do art. 74 § 2 i art. 192a § 1 k.p.k. A. Jezusek, *Możliwość dezinformowania...*, s. 136–137.

Sąd Najwyższy w uzasadnieniu głosowanego orzeczenia nie zauważył także innego istotnego problemu konstytucyjnego. Mianowicie polska regulacja prawna ukształtowana wskutek ustawy nowelizującej jest niespójna, ponieważ różnicuje zakres uprawnień osoby zagrożonej odpowiedzialnością karną w zależności od jej statusu procesowego. Osoba, której przyznano status oskarżonego, nie tylko może odmówić składania wyjaśnień lub udzielenia odpowiedzi na poszczególne pytania, lecz także może fałszywie wyjaśniać, co nie będzie rodzić dla niej żadnych negatywnych konsekwencji. Z kolei osoba zagrożona odpowiedzialnością karną słuchana jako świadek mogłaby jedynie skorzystać z jednej z opcji oferowanych przez alternatywę „mów prawdę albo milcz”, zaś złożenie fałszywych zeznań wyczerpywałoby znamiona występkę z art. 233 § 1a k.k. Omówione rozwiązanie rażąco narusza zasadę równości wobec prawa, gdyż różnicuje zakres przywilejów wynikających z prawa do obrony w stosunku do osób znajdujących się w tej samej sytuacji, tj. zagrożonych poniesieniem odpowiedzialności karnej²³. Czynność przedstawienia zarzutów ma charakter formalny w tym sensie, że jej przeprowadzenie samo przez się nie zwiększa ryzyka pociągnięcia do odpowiedzialności karnej, to bowiem zależy od zgromadzonego przez organ materiału dowodowego. Nadto czas jej dokonania zależy od oceny tego materiału przez organ postępowania przygotowawczego, przy czym decyzja w tym zakresie ma w praktyce charakter arbitralny. Co więcej, brak jest racjonalnych powodów, dla których zebranie materiału obciążającego daną osobę miałoby prowadzić do przyznania tej osobie przywileju bezkarności za fałszywe depozycje. Z punktu widzenia interesu osoby zagrożonej odpowiedzialnością karną, której służy prawo do obrony, złożenie fałszywych depozycji ma istotne znaczenie, gdy organy postępowania nie wiedzą jeszcze o jej udziale w popełnieniu przestępstwa. Jeżeli wiązać przywilej bezkarności za fałszywe zeznania z zasadą *nemo tenetur*, to racjonalnym byłoby jego przyznanie na wczesnym etapie postępowania karnego, a nie wówczas, gdy organ postępowania zgromadził już obciążający daną osobę materiał dowodowy, a ewentualne zaprzeczenia takiej osoby nie mają już dużego znaczenia dla rozstrzygnięć organów procesowych, które przecież mogą je z łatwością zakwestionować w oparciu o zebrane dowody. Z tych wszystkich powodów moment przedstawienia zarzutów nie stanowi relewantnego kryterium uzasadniającego zróżnicowanie sytuacji prawnej uczestników postępowania w zakresie możliwości korzystania z przywileju bezkarności za fałszywe depozycje złożone w postępowaniu karnym²⁴.

²³ Zob. S. Tarapata, P. Zakrzewski, Czy to..., s. 407.

²⁴ Zob. szerzej A. Jezusek, Możliwość dezinformowania..., s. 137–138.

Commentary to the Supreme Court decision of 15 January 2020, ref. no. I KZP 10/19

Abstract

The commentator disagrees with such interpretation of Article 233(1a) of the Penal Code that limits the applicability of the said provision to persons giving false testimony because of their fear of exposing their next of kin to criminal liability, or to situations where a witness' fear of criminal liability is purely subjective. The point is that such interpretation would allow no situation where true testimony given by a witness may objectively expose him to possible criminal liability.

Wiadomości dla Autorów i Czytelników

Redakcja uprzejmie zawiadamia, że – zgodnie z § 32 rozporządzenia Ministra Nauki i Szkolnictwa Wyższego z dnia 12 grudnia 2016 r. w sprawie przyznawania kategorii naukowej jednostkom naukowym i uczelniom, w których zgodnie z ich statutami nie wyodrębniono podstawowych jednostek organizacyjnych (Dz. U. z 2016 r., poz. 2154) – został opracowany i ogłoszony w formie komunikatu Ministra Nauki i Szkolnictwa Wyższego z dnia 26 stycznia 2017 r., składający się z 3 części (A., B., C.), wykaz czasopism naukowych, zawierający historię czasopisma z publikowanych wykazów za lata 2013–2016.

Za publikacje naukowe w każdym z tych czasopism przyznano najwyższą liczbę punktów spośród określonych w poszczególnych wykazach z okresu 2013–2016.

Czasopismo „Prokuratura i Prawo” zamieszczone zostało w części B., pod pozycją 2045, a za publikację na jego łamach przyznano najwyższą liczbę **6 punktów**.

Z uwagi na zmianę w procesie ewaluacji czasopism naukowych prowadzonej przez Ministerstwo Nauki i Szkolnictwa Wyższego Redakcja czasopisma uprzejmie informuje, że za publikację artykułów w czasopiśmie „Prokuratura i Prawo” w latach 2017–2018 autorom przysługuje 6 punktów. Natomiast, za publikację artykułów w latach 2019 i 2020 przysługuje 5 punktów

Analiza wydań czasopisma sprawiła, że Zespół Ekspertów Index Copernicus wyznaczył wartość wskaźnika w wysokości **ICV 2018 = 38.15**. Wyznaczona ocena ICV za rok 2018 jest widoczna na liście czasopism indeksowanych w bazie ICI Journals Master List 2018 oraz w **Paszporcie** naszego czasopisma, który dostępny jest pod linkiem <https://journals.indexcopernicus.com/search/details?id=4169>.

Nasze czasopismo od stycznia 2005 r. nie jest dostępne w prenumeracie. Równocześnie na stronie internetowej Prokuratury Krajowej pod adresem www.pk.gov.pl, w zakładce „Prokuratura i Prawo/opublikowane numery”, udostępniliśmy pełne teksty miesięcznika od początku jego istnienia, to znaczy od stycznia 1995 r. do chwili obecnej.

Warunki publikacji

Redakcja prosi o nadsyłanie artykułów i innych materiałów przeznaczonych do publikacji wyłącznie w formie elektronicznej w edytorze Word 97, dla następujących ustawień: strona niestandardowa (szerokość 17 cm, wysokość 24 cm), marginesy: górny 2 cm, boczne (lewy i prawy) 2,5 cm i dolny 1,5 cm, czcionka Times New Roman w rozmiarze 11 (dla przypisów dolnych 9) oraz pojedynczy odstęp między wierszami. Jednocześnie informujemy, że ramy artykułu nie powinny przekraczać 30 stron znormalizowanego tekstu, a pozostałych opracowań – 20 stron.

Na pierwszej stronie należy zamieścić: imię i nazwisko autora (autorów), tytuł pracy, krótkie (kilkudzaniowe) streszczenie ujmujące główne tezy opracowania. Na końcu pracy należy podać: adres (adresy) autora (autorów), nr telefonu, adres e-mail, a także informacje o statusie profesjonalnym autora (autorów), z wyszczególnieniem posiadanych tytułów naukowych, nazwy instytucji zatrudniającej oraz zajmowanego stanowiska. Od doktorantów i aplikantów wymagana jest opinia dotycząca wartości merytorycznej przedstawionego artykułu (głosy) – rekomendacja opiekuna naukowego i odpowiednio zawodowego. W przypadku asesora oraz asystenta prokuratora oczekuje się rekomendacji kierownika jednostki organizacyjnej, a asystenta sędziego – przewodniczącego wydziału.

Materiały należy przysyłać na adresy e-mail: redakcja@pk.gov.pl lub wojciechkotowski@poczta.onet.pl.

Redakcja zastrzega sobie prawo dokonywania w nadesłanych materiałach zmian tytułów, skrótów, poprawek stylistyczno-językowych oraz innych przeróbek technicznych. Redakcja przyjmuje prace dotyczących niedrukowane.

Zgodnie z decyzją Kolegium Redakcyjnego od nr 6/16 nie publikujemy na naszych łamach recenzji książek oraz sprawozdań z konferencji.

Lista recenzentów opiniujących materiały opublikowane w 2020 roku

Aleksander Herzog, Jolanta Jaworska, Kazimierz Klugiewicz, Wojciech Kotowski, Bolesław Kurzępa, Piotr Rogoziński, Ryszard A. Stefański, Bogusław Sygít, Damian Wąsik.