

PROKURATURA I PRAWO



1 Prokuratura Krajowa
STYCZEŃ 2025

wydanie online

PROKURATURA I PRAWO



NUMER 1

PROKURATURA KRAJOWA
styczeń 2025

RADA PROGRAMOWA

Przewodniczący: Dariusz KORNELUK

Członkowie: Janina BŁACHUT, Katarzyna DUDKA, Lech GARDOCKI, Elżbieta HRYNIEWICZ-LACH, Wojciech JASIŃSKI, Piotr KŁADOCZNY, Grzegorz KUCA, Celina NOWAK, Hanna PALUSZKIEWICZ, Dobrosława SZUMILO-KULCZYCKA, Tadeusz TOMASZEWSKI, Włodzimierz WRÓBEL, Jarosław ZAGRODNIK

KOLEGIUM REDAKCYJNE

Przewodnicząca: Małgorzata SZEROCZYŃSKA

Członkowie: Jerzy DUŻY, Anna JASKUŁA, Krzysztof KARSZNICKI, Bogusław MICHAŁSKI, Michał MISTYGACZ, Alfred STASZAK

REDAKCJA

Redaktor Naczelny: Małgorzata SZEROCZYŃSKA

Zastępcy Redaktora Naczelnego: Krzysztof KARSZNICKI, Anna JASKUŁA

Sekretarz Redakcji: Marta CIEŚLIK

Redakcja merytoryczna: Katarzyna KOŁODZIEJ

Redakcja i korekta językowa: wizjonerzytekstu.pl Halina SADULAK

Okladka: Grzegorz KUCA

Skład i druk:

Wydawnictwo Diecezjalne i Drukarnia Sandomierz sp. z o.o.
27-600 Sandomierz, ul. Żeromskiego 6A
tel. 15 649 97 00
e-mail: marketing@wds.com.pl
www.wds.pl

WYDAWCA:

PROKURATURA KRAJOWA
02-676 Warszawa, ul. Postępu 3
Tel. 22 12 51 666
e-mail: redakcja.pk@prokuratura.gov.pl

nakład 800 egz.

ISSN 1233-2577
Wersja online: ISSN 2957-1065

Wersją referencyjną czasopisma jest wersja papierowa

Spis treści

Table of contents

Wykaz skrótów	5
Dariusz Korneluk	
Wstęp	10
<i>Introduction</i>	10
Wojciech Kotowski	
XXX lat działalności „Prokuratury i Prawa”	14
<i>30th Anniversary of “Prokuratura i Prawo”</i>	25
Artykuły/Articles	
Marcin Janusz Szewczyk	
Pośredni zakaz <i>reformationis in peius</i> a prawo sądu do modyfikacji opisu znamion czynu przypisanego wyrokiem w postępowaniu ponownym	26
<i>Indirect Prohibition of reformatio in peius Versus a Court’s Right to Modify a Description of Features of an Act Ascribed in a Judgment Issued in Re-examination Proceedings</i>	42
Przemysław Stolarski	
Media społecznościowe jako źródło materiału dowodowego w sprawach karnych skarbowych dotyczących niezgłoszonej do opodatkowania działalności gospodarczej	43
<i>Social Media as a Source of Evidence in Criminal Fiscal Cases Regarding Undeclared Business Activity</i>	77
Piotr Lewulis, Paweł Waszkiewicz	
Iluzje paranauk. Niedopuszczalność udziału „jasnowidza” w procesie karnym	79
<i>The Illusions of Pseudoscience: The Inadmissibility of a “Clairvoyant” in Criminal Proceedings</i>	106

Marcin Burdzik	
Przesłuchanie świadka w trybie art. 185e k.p.k.	107
<i>Examination of a witness under Article 185e of the Polish Code of Criminal Procedure</i>	143
Maciej Aleksander Kędzierski	
Subtelna zmiana w Ordynacji podatkowej a duże możliwości dla izby rozliczeniowej we wspieraniu instytucji obowiązanych w obszarze AML/CFT (Część 1)	144
<i>A Subtle Change in the Tax Ordinance and Great Opportunities for the Clearing House in Supporting Obligated Institutions in the AML/CFT Area (Part 1)</i>	165
Materiały szkoleniowe/Training material	
Marcin Jachimowicz	
Rozważania o warunkowym umorzeniu postępowania karnego. Uwagi <i>de lege lata</i> i <i>de lege ferenda</i> (Część 1)	167
<i>Considerations on the Conditional Discontinuation of Criminal Proceedings Remarks on “de lege lata” and “de lege ferenda” (Part 1)</i>	191
Komunikat	193

WYKAZ SKRÓTÓW

1. Źródła prawa

k.c.	ustawa z 23.04.1964 r. – Kodeks cywilny (tekst jedn. Dz.U. z 2024 r., poz. 1061 ze zm.)
k.k.	ustawa z 6.06.1997 r. – Kodeks karny (tekst jedn. Dz.U. z 2024 r., poz. 17 ze zm.)
k.k.s.	ustawa z 10.09.1999 r., - Kodeks karny skarbowy (tekst jedn. Dz.U. z 2024 r., poz. 628, ze zm.)
Konstytucja RP	Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej z 2.04.1997 r. (Dz.U. nr 78, poz. 483 ze zm.)
k.p.c.	ustawa z 17.11.1964 r. – Kodeks postępowania cywilnego (tekst jedn. Dz.U. z 2024 r., poz. 1568, ze zm.)
k.p.k.	ustawa z 6.06.1997 r. Kodeks postępowania karnego (tekst jedn. Dz.U. z 2024 r., poz. 37 ze zm.)
k.p.p.	Karta praw podstawowych Unii Europejskiej (Dz.Urz. UE C 202 z 2016 r., s. 389)
k.p.w.	ustawa z 24.08.2001 r. – Kodeks postępowania w sprawach o wykroczenia (tekst jedn. Dz.U. z 2024 r., poz. 977, ze zm.)
k.w.	ustawa z 20.05.1971 r. – Kodeks wykroczeń (tekst jedn. Dz.U. z 2023 r., poz. 2119 ze zm.)
o.p.	ustawa z 29.08.1997 r. Ordynacja podatkowa (tekst jedn. Dz.U. z 2023 r., poz. 2383, ze zm.)
p.p.p.f.t.	ustawa o przeciwdziałaniu praniu pieniędzy oraz finansowaniu terroryzmu (tekst jedn. Dz.U. z 2023 r., poz. 1124 ze zm.)
pr. bank.	ustawa z 29.08.1997 r. – Prawo bankowe (tekst jedn. Dz.U. z 2024 r., poz. 1646)
pr. prz.	ustawa z 6.03.2018 r. Prawo przedsiębiorców (tekst jedn. Dz.U. z 2024 r., poz. 236 ze zm.)
SInF	ustawa z 1.12.2022 r. o systemie informacji finansowej (Dz.U. z 2023 r., poz. 180)
świad.usł.elekt.	ustawa z 18.07.2002 r. o świadczeniu usług drogą elektroniczną (tekst jedn. Dz.U. z 2024 r., poz. 1513 ze zm.)

Wykaz skrótów

u.p.n.	ustawa z 29.07.2005 r. o przeciwdziałaniu narkomanii (tekst jedn. Dz.U. z 2023 r., poz. 1939 ze zm.)
u.o.z.p	ustawa z 19.08.1994 r. o ochronie zdrowia psychicznego (tekst jedn. Dz.U. z 2024 r. poz. 917).

2. Organy i instytucje

ABW	Agencja Bezpieczeństwa Wewnętrznego
EBA	<i>European Banking Authority</i>
IO	Instytucje obowiązane
IR	Izba rozliczeniowa
KAS	Krajowa Administracja Skarbowa
KIR	Krajowa Izba Rozliczeniowa
KRS	Krajowy Rejestr Sądowy
MS	Minister Sprawiedliwości
NBP	Narodowy Bank Polski
NSA	Naczelny Sąd Administracyjny
PAN	Polska Akademia Nauk
SA	Sąd Apelacyjny
SN	Sąd Najwyższy
SO	Sąd Okręgowy
SPA	<i>Sanus Per Aquam</i>
SR	Sąd Rejonowy
STIR	System Teleinformatyczny Izby Rozliczeniowej
TK	Trybunał Konstytucyjny
TS	Trybunał Sprawiedliwości
UE	Unia Europejska
UKNF	Urząd Komisji Nadzoru Finansowego
WSA	Wojewódzki Sąd Apelacyjny
WPiA	Wydział Prawa i Administracji
ZBP	Związek Banków Polskich

3. Publikatory i czasopisma

BIP	Biuletyn Informacji Publicznej
Biul.PK	Biuletyn Prawa Karnego
Biul. SN	Biuletyn Sądu Najwyższego
CBOSA	Centralna Baza Orzeczeń i Sądów Administracyjnych
CzPKiNP	Czasopismo Prawa Karnego i Nauk Penalnych
Dz.Urz.	Dziennik Urzędowy
Dz.U.	Dziennik Ustaw
GP	Gazeta Prawna
KZS	Krakowskie Zeszyty Sądowe
MoP	Monitor Prawniczy
MoPr	Monitor Prawa Pracy
M.P.	Monitor Polski
NP	Nowe Prawo
OSA	Orzecznictwo Sądów Apelacyjnych
OSN	Orzecznictwo Sądu Najwyższego
OSNwSK	Orzecznictwo Sądu Najwyższego w sprawach karnych
OSNC	Orzecznictwo Sądu Najwyższego. Izba Cywilna
OSP	Orzecznictwo Sądów Polskich
OSPika	Orzecznictwo Sądów Polskich i Komisji Arbitrażowych
OTK	Orzecznictwo Trybunału Konstytucyjnego
OTK-A	Orzecznictwo Trybunału Konstytucyjnego – Zbiór Urzędowy Seria A
OTK-B	Orzecznictwo Trybunału Konstytucyjnego – Zbiór Urzędowy Seria B
OwSG	Orzecznictwo w sprawach gospodarczych
Pal.	Palestra
PP	Przegląd Policyjny
PiP	Państwo i Prawo
PiZS	Praca i Zabezpieczenie Społeczne

Wykaz skrótów

Prok. i Pr.	Prokuratura i Prawo
Pr. Sp.	Prawo Spółek
PS	Przegląd Sądowy
REPiS	Ruch Ekonomiczny, Prawnicy i Socjologiczny
R.Pr.	Radca Prawny
Sł. Prac.	Służba Pracownicza
SP	Studia Prawnicze
SPE	Studia Prawno-Ekonomiczne
Wok.	Wokanda
ZNSA	Zeszyty Naukowe Sądownictwa Administracyjnego
ZNUGd	Zeszyty Naukowe Uniwersytetu Gdańskiego
ZNUJ	Zeszyty Naukowe Uniwersytetu Jagiellońskiego
ZNUSz	Zeszyty Naukowe Uniwersytetu Szczecińskiego

4. Inne skróty

art.	artykuł
cz.	część
dot.	dotyczy
ibidem	dzieło cytowane na tej samej stronie (tamże)
in fine	na końcu
itd.	i tak dalej
itp.	i tym podobne
lit.	litera
j.w.	jak wyżej
m.in.	między innymi
nast.	następny/a/e
nb	numer brzegowy
niepubl.	niepublikowany/a/e
np.	na przykład

Wykaz skrótów

nr	numer
orz.	orzeczenie
pkt	punkt
por.	porównaj
post.	postanowienie
poz.	pozycja
r.	rok
red.	redakcja
rozdz.	rozdział
s.	strona/y
t.	tom
tekst jedn.	tekst jednolity
tj.	to jest
tw.	tak zwany/a/e
uchw.	uchwała
ust.	ustęp
w zb.	w zbiegu
w zw.	w związku
zd.	zdanie
ze zm.	ze zmianami
zł	złoty
zob.	zobacz

Szanowni Państwo,

dokładnie trzydzieści lat temu ukazał się pierwszy numer czasopisma „Prokuratura i Prawo”. Były to zupełnie inne czasy dla prokuratury i dla praworządności w Polsce. Dopiero wdrażaliśmy zasadę państwa prawa. Świeżo przyjęliśmy Europejską Konwencję Ochrony Praw Człowieka i Podstawowych Wolności. Ledwie zaczynaliśmy marzyć o wejściu do Unii Europejskiej. Obowiązywała jeszcze „mała Konstytucja”, a prokurator stosował tymczasowe aresztowanie.

Przez te trzydzieści lat wiele się zmieniło i w prokuraturze, i w państwie. Przeszliśmy zmiany prawne i ekonomiczne. Staliśmy się pełnoprawnym państwem unijnym, a także członkiem NATO. Przyjęliśmy Konstytucję 1997 r. oraz nowe kodyfikacje karne. Wielokrotnie nowelizowaliśmy przepisy, w tym także ustrój prokuratury. Przeżyliśmy okres rozdzielenia stanowisk Ministra Sprawiedliwości i Prokuratora Generalnego, by po sześciu latach znowu powrócić do ich połączenia zgodnie z Prawem o prokuraturze. Przeszliśmy przez okres kryzysu praworządności w sądownictwie i prokuraturze. Dziś stoimy przed wyzwaniem, by skutki tego kryzysu naprawić i przywrócić niezawisłe sądownictwo oraz zbudować niezależną prokuraturę.

Czasopismo „Prokuratura i Prawo” towarzyszyło nam przez te wszystkie lata i te wszystkie, często dramatyczne, wydarzenia historyczne. Wydawane co miesiąc numery czasopisma były głosem nauki i praktyki w przedmiocie bieżących zmian prawa karnego – uczyły go, interpretowały, krytykowały, a także dawały wskazówki, jak je stosować na co dzień. Publikowali w nim najwięksi specjaliści polskiego prawa karnego, tak materialnego, jak i procesowego czy wykonawczego, ale także pierwsze kroki wydawnicze stawiali na jej łamach młodzi prawnicy, w tym młodzi prokuratorzy.

Od samego początku „Prokuratura i Prawo” stało się jednym z bardziej poczytnych i cytowanych czasopism prawniczych. Było tytułem, do którego regularnie zaglądali zarówno teoretycy, jak i praktycy, studenci i profesorowie, a przede wszystkim sami prokuratorzy.

Stanowi od zawsze jeden z filarów merytorycznej debaty prawniczej w Polsce, a jego znaczenie w środowisku wymiaru sprawiedliwości jest nieocenione. Przez dziesięciolecia było obecne w wersji papierowej w każdej najmniejszej prokuraturze w Polsce. Od lat jest też bezpłatnie dostępne, wraz z całą zawartością, na stronach internetowych Prokuratury Krajowej. Artykuły publikowane w „Prokuraturze i Prawie” znajdują się również w bazach Lex i Legalis. Od kilku miesięcy wychodzi wersja online naszego czasopisma, która jest rozsyłana mailowo wszystkim prokuratorom i pracownikom prokuratury, a także sądom, uczelniom prawniczym w Polsce i najważniejszym instytucjom państwowym.

Co prawda, nie da się ukryć, że przez ostatnie osiem lat poziom naszego czasopisma się obniżył, zmniejszył się również zasięg jego dostępności, a także miały miejsce pozamerytoryczne działania wobec niektórych osób, w tym także prokuratorów, które znacznie utrudniały im, a czasem wręcz uniemożliwiały, publikowanie tekstów w tym periodyku. Ten czas jednak się już skończył. Tak jak odbudowujemy aktywnie praworządność w Polsce, tak odbudowujemy i wznosimy na wyższy poziom profesjonalizmu „Prokaturę i Prawo”.

Zmieniona została redakcja, kolegium redakcyjne, rada programowa – zaproszono do pracy w tych organach wyłącznie najlepszych profesjonalistów, zarówno ze świata uniwersyteckiego, jak i spośród prokuratorów. Zaktualizowano i znacznie rozszerzono listę recenzentów, poprzez namówienie do współpracy wybitnych specjalistów z wielu różnych dziedzin prawa. Jedynym kryterium przyjmowania materiałów do publikacji stał się na powrót wyłącznie aspekt merytoryczny przedłożonych tekstów. Zatrudniono korektorów językowych i merytorycznych, by dbali o stronę formalną. Formę graficzną dostosowano do wymogów dostępności dla osób z różnymi potrzebami.

Dziś z wielką satysfakcją oddaję w Państwa ręce nową odsłonę czasopisma „Prokuratura i Prawo”. Przedstawiając Państwu to wydanie, wierzę, że uda nam się sprostać rosnącym oczekiwaniom i wyzwaniom, które wynikają z dynamicznego rozwoju prawa oraz ze zmieniających się realiów społecznych i gospodarczych. W czasach, gdy przepisy prawa podlegają ciągłym modyfikacjom, a debata nad jego przyszłością nieustannie ewoluuje, naszym zadaniem jest dostarczać nie tylko wiedzę, ale

i narzędzia do jej efektywnego wykorzystania w praktyce. Nowa odsłona „Prokuratury i Prawa”, której symbolem jest nowa okładka, to odpowiedź na te wyzwania. Jestem głęboko przekonany, że udało nam się stworzyć formułę, która zaspokoi potrzeby zarówno teoretyków, jak i praktyków.

Naszym celem na przyszłość jest zapewnienie Państwu dostępu do treści najwyższej jakości, tworzonych przez wybitnych ekspertów, których prace są uznawane w kraju i za granicą. To grono obejmuje czołowych przedstawicieli świata nauki, profesorów prawa, a także doświadczonych prokuratorów, sędziów i adwokatów, którzy na co dzień mierzą się z najbardziej skomplikowanymi wyzwaniami prawa i problemami jego stosowania we współczesnym świecie. Ich głos jest nie tylko wyrazem wiedzy, ale przede wszystkim praktycznego doświadczenia, które znajduje odzwierciedlenie w każdej publikacji. Zaprosiliśmy do współpracy autorów reprezentujących różnorodne środowiska, zarówno naukowe, jak i praktyczne, wierząc, że taka wielogłosowość przyczyni się do jeszcze bardziej wszechstronnych i wartościowych publikacji. Zależy nam na tym, aby każdy numer czasopisma stanowił kompleksowe źródło wiedzy, które odpowiada na aktualne potrzeby oraz problemy, z którymi na co dzień stykają się prokuratorzy i inni przedstawiciele wymiaru sprawiedliwości.

Czasopismo niezmiennie będzie poruszać najważniejsze kwestie związane z pracą prokuratora, omawiać bieżące orzecznictwo, które wpływa na codzienną praktykę stosowania prawa, oraz zawierać szczegółowe opracowania problemowe, które – mamy nadzieję – pomogą Państwu w rozwiązywaniu nawet najbardziej złożonych kwestii prawnych. Będziemy zwracać szczególną uwagę na najnowsze zmiany legislacyjne, które często stawiają przed prokuratorami nowe zagadnienia, wymagające szybkiej reakcji i głębokiej analizy. Nie sposób pominąć znaczenia współczesnych wyzwań, z jakimi mierzy się prokuratura – zarówno w kontekście nowych przestępstw związanych z cyberprzestępczością, zagrożeniami w obszarze prawa międzynarodowego, jak i wewnętrznymi reformami systemu prawnego w Polsce.

Chciałbym podkreślić, że „Prokuratura i Prawo” jest i pozostanie forum, na którym mogą się ścierać różne punkty widzenia, a debata prawnicza będzie się toczyć na najwyższym poziomie. Jestem przekonany, że dzięki zaangażowaniu wybitnych autorów i redakcji, „Pro-

kuratura i Prawo” w nowej odsłonie stanie się jeszcze bardziej wartościowym narzędziem dla każdego, kto poszukuje rzetelnej, aktualnej i głębokiej analizy problemów prawnych. Zachęcam Państwa do regularnej lektury oraz do aktywnego udziału w tworzeniu kolejnych numerów czasopisma. Aby „Prokuratura i Prawo” stała się prawdziwym głosem środowiska, potrzebujemy od Państwa artykułów, które będziemy w nim publikować. Oby przez kolejne trzydzieści lat!

Korzystając z tej doniosłej rocznicy, chciałbym podziękować wszystkim dotychczasowym współtwórcom „Prokuratury i Prawa”, bez których czasopismo to nie mogłoby ani zaistnieć, ani tyle lat przetrwać. Dziękuję autorom, że zechcieli publikować na naszych łamach. Dziękuję recenzentom za ich trud w ocenie przysyłanych tekstów. Dziękuję firmom wydawniczym, składowi, tłumaczom, korektorom, a także personelowi pomocniczemu, który brał udział w procesie wydawniczym i dystrybucji naszego periodyku przez ostatnie trzydzieści lat. Przede wszystkim dziękuję za ogromny wkład pracy panu Wojciechowi Kotowskiemu, który przez cały dotychczasowy okres istnienia „Prokuratury i Prawa” jako sekretarz redakcji wziął na siebie trud zapewnienia sprawnej współpracy między tymi wszystkimi podmiotami i służył wsparciem merytorycznym i technicznym kolejnym redaktorom naczelnym.

Jednocześnie życzę nowym organom „Prokuratury i Prawa”, w tym jej nowemu sekretarzowi redakcji, ale przede wszystkim życzę sobie i Państwu, żeby nasze czasopismo stawało się coraz lepsze, poczytniejsze i opiniotwórcze, aby było prawdziwą platformą merytorycznej debaty prokuratorskiej. Jestem pewien, że wspólnie możemy stworzyć przestrzeń, w której wiedza i doświadczenie łączą się w służbie doskonalenia polskiego prawa i pracy prokuratora. Niech rozświetlona w prokuratorskiej czerwieni Temida z nowej okładki „Prokuratury i Prawa” stanie się symbolem naszej wspólnej pracy na rzecz niezależnej i skutecznej prokuratury.

*Przewodniczący Rady Programowej
czasopisma „Prokuratura i Prawo”
Prokurator Krajowy
Dariusz Korneluk*

XXX lat działalności „Prokuratury i Prawa”

Grudzień 2024 r. dopełnił trzydziestolecie funkcjonowania miesięcznika „Prokuratura i Prawo”. Jubileusz to dzień szczególnego znaczenia, który jest doskonałą okazją do refleksji nad stanem realizacji powinności, próbą uświadomienia, czy dobrze wypełniony obowiązek idzie w parze z oczekiwaniami prokuratorów, wszak z myślą o nich pismo zostało powołane, ale również dla sędziów, adwokatów i innych Czytelników zainteresowanych poruszaną problematyką.

Dzisiaj można śmiało stwierdzić, że „Prokuratura i Prawo” spełniała istotną rolę w upowszechnianiu dorobku doktryny, co było zasługą nie tylko pomysłodawców i osób zasiadających w kolejnych składach Kolegium Redakcyjnego, Rady Programowej/Rady Naukowej oraz Redakcji, ale przede wszystkim autorów i recenzentów, których twórczy wkład wzniosł solidną konstrukcję, na której systematycznie podnoszono poziom merytoryczny, prezentując rozwiązania służące kształtowaniu właściwej praktyki.

„Prokuratorę i Prawo” powołano do życia w 1994 r. zarządzeniem Ministra Sprawiedliwości – Prokuratora Generalnego, natomiast pierwszy numer ukazał się w styczniu 1995 r. Początkowo pismo funkcjonowało jako organ Departamentu Prokuratury w Ministerstwie Sprawiedliwości, a następnie Prokuratury Krajowej.

Pierwszym redaktorem naczelnym miesięcznika i zarazem jego współtwórcą był Ryszard A. Stefański (1995–2005), kolejnym zaś Wincenty Grzeszczyk (2006–2010), który początkowo był członkiem Kolegium Redakcyjnego, a następnie zastępcą redaktora naczelnego.

¹ Prof. h.c. AP Wojciech Kotowski, były wieloletni sekretarz redakcji i redaktor odpowiedzialny miesięcznika „Prokuratura i Prawo”, ORCID: 0000–0001–5820–6077.

Pierwszym przewodniczącym Kolegium Redakcyjnego był Stanisław Iwanicki, a kolejnymi Tadeusz Stępień, Henryk Pracki (uprzednio był zastępcą redaktora naczelnego), Andrzej Kaucz, Karol Napierski, Janusz Kaczmarek, Przemysław Piątek, Marek Staszak i Edward Zalewski.

W kolejnych składach Kolegium Redakcyjnego zasiadali: Jerzy Bralczyk, Władysław Czapliński, Tadeusz Ereciński, Aleksander Głazek, Wincenty Grzeszczyk, Waldemar Grudziecki, Roman Hauser, Brunon Hołyst, Andrzej Leciak, Andrzej Marek, Zbigniew Młynarczyk, Lech K. Paprzycki, Ferdynand Rymarz, Andrzej Siemaszko, Krystyna Sitkowska, Zygfryd Siwik, Zofia Świda, Zbigniew Szczaska, Bogusław Sygit, Waldemar Smardzewski, Andrzej Ważny, Andrzej Wąsek, Andrzej Wróbel, Piotr Wiśniewski, Jerzy Zientek.

W pierwszych latach funkcjonowania pisma, poza dotychczasowymi rubrykami (artykuły, materiały szkoleniowe, glosy) były wyodrębnione jeszcze inne, a mianowicie: recenzje, zmiany legislacyjne, z orzecznictwa Europejskiego Trybunału Praw Człowieka w Strasburgu, odpowiedzi na pytania prawne, sprawozdania i informacje. Ustalono, że określone materiały mogą być, bez merytorycznych przeszkód, publikowane kolejno w ramach rubryk artykuły, glosy i materiały szkoleniowe. Od numeru 4 z 2021 r. w czasopiśmie „Prokuratura i Prawo” pojawiła się nowa rubryka „Z historii prokuratury”, której celem było przybliżenie wiedzy o funkcjonowaniu prokuratury w okresie od 1918 r. do 1945 r. oraz przywrócenie pamięci o prokuratorach, którzy w tym czasie, wypełniając swoje obowiązki służbowe, oddali swe siły i umiejętności, a często nawet i życie dla odbudowy wymiaru sprawiedliwości porzeczowej Polski.

W toku realizacji zadań związanych z tworzeniem pisma (1995-2009) Kolegium Redakcyjne podjęło blisko sześćdziesiąt uchwał. Miały one istotne znaczenie nie tylko w kwestii wypracowania i utrzymania zamierzonego poziomu merytorycznego miesięcznika, ale również jego kształtu w przyszłości, w szczególności dotyczyły warunków rozwoju czasopisma. W tym celu uchwalono (9 lutego 1996 r.) zwyczaj organizowania spotkań z Czytelnikami w prokuraturach apelacyjnych, w których uczestniczyli wytypowani członkowie Kolegium Redakcyjnego. Ideą

spotkań było zbieranie wiarygodnych opinii w kwestii przydatności merytorycznej pisma oraz propozycji dotyczących jego przyszłego kształtu, odpowiadającego wymaganiom praktyki prokuratorskiej. W styczniu 2006 r. postanowiono zmodyfikować formułę czasopisma, przyjmując ostatecznie podział na rubryki, który funkcjonuje nadal. Jednocześnie ustalono, że poszczególnych rubryk nie należy traktować jako stałych, lecz ich istnienie ma być uzależnione od potrzeb i posiadanych materiałów oraz możliwości ich pozyskania. Ponadto, począwszy od numeru 4 z 2006 r. zrezygnowano z tzw. „ścianek działowych” (przekładek) z nazwą rubryki, której przypisano cyfrą rzymską stały numer, wprowadzając równocześnie system drukowania tekstów w jednym ciągu (bez wakatów), przy czym pozostawiono dotychczasową zasadę, że każdy artykuł rozpoczyna się od nowej strony. Nową rubrykę, którą sygnalizował jej tytuł, drukowano wyróżniającą się czcionką, a mogła ona rozpoczynać się zarówno od strony nieparzystej, jak i parzystej, w zależności od strony kończącej poprzednią rubrykę. Tym sposobem nieprzerwanie publikowaliśmy w jednym numerze o dwa lub trzy materiały więcej, ponieważ zyskano od 12 do 18 stron druku. Ważnym posunięciem organizacyjnym, zaakceptowanym przez Kolegium Redakcyjne, była rezygnacja od 1 stycznia 2005 r. z udostępniania miesięcznika w prenumeracie. Decyzja ta była spowodowana koniecznością. Wynikała ona przede wszystkim z faktu, że liczba prenumeratorów w każdym miesiącu mogła być różna, natomiast nakład miesięcznika w ciągu trzech lat (warunki umowy przetargowej) nie mógł ulegać zmianie. Kierując się zatem potrzebami odbiorców, redakcja udostępniła (co czyni nadal) nieodpłatnie pełne teksty, opublikowane we wszystkich numerach (od numeru 1 z 1995 r.), na stronie internetowej kolejno: Ministerstwa Sprawiedliwości, Prokuratury Generalnej, a obecnie Prokuratury Krajowej. W ubiegłych latach (do 2016 r.) treść publikacji można też było odczytywać programem Acrobat Reader 6 na stronie Instytutu Ekspertyz Sądowych im. Prof. dra Jana Sehna w Krakowie.

W 2010 r., po rozdzieleniu funkcji Ministra Sprawiedliwości i Prokuratora Generalnego, miesięcznik usytuowano jako organ Prokuratury Generalnej. Decyzją kierownictwa wprowadzono zmiany organizacyjne, mianowicie powołano Radę Programową miesięcznika, której prze-

wodniczącym został Prokurator Generalny Andrzej Seremet. Do składu Rady weszli: Jerzy Bralczyk, Władysław Czapliński, Tadeusz Ereciński, Andrzej Marek, Lech K. Paprzycki, Zygfryd Siwik, Bogusław Sygit, Zbigniew Szcząska, Zofia Świda, Andrzej Ważny, Piotr Wiśniewski, Andrzej Wróbel, a następnie dołączył Włodzimierz Wróbel. Podstawowym zadaniem Rady było wytyczanie linii programowej. Drugim ciałem, któremu powierzono zadanie czuwania nad realizacją owej linii programowej oraz omawianie bieżących spraw związanych z funkcjonowaniem naszego periodyku, było Kolegium Redakcyjne. Jego przewodniczącym i redaktorem naczelnym został Andrzej Stankowski, członkami zaś Aleksander Herzog, Krzysztof Karsznicki, Beata Mik i Andrzej Niewielski. W 2014 r. funkcję przewodniczącego Kolegium Redakcyjnego i redaktora naczelnego Prokurator Generalny powierzył Bogusławowi Michalskiemu, który funkcję tę pełnił do chwili przejścia w stan spoczynku (2016 r.). Równocześnie sekretarza redakcji uczyniono redaktorem odpowiedzialnym w trybie art. 49a ustawy Prawo prasowe. Kolejnym redaktorem naczelnym został Dariusz Kuberski (był nim zaledwie dwa miesiące).

Ostatecznie, po połączeniu funkcji Ministra Sprawiedliwości i Prokuratora Generalnego, redaktorem naczelnym został Marek Sadowski, zastępcą redaktora naczelnego – Anna Wdowiarz-Pelc, a sekretarzem opisujący te wydarzenia.

Zgodnie z zarządzeniem Prokuratora Krajowego z dnia 29 listopada 2016 r. od 1 stycznia 2017 r. działała Rada Naukowa czasopisma będąca organem opiniodawczo-doradczym. Przewodniczącym Rady został Prokurator Krajowy Bogdan Święczkowski, a zasiadali w niej: Janina Błachut, Władysław Czapliński, Romuald Kmiecik, Małgorzata Manowska, Lech K. Paprzycki, Emil Pływaczewski, Zygfryd Siwik, Sławomir Steinborn, Bogusław Sygit, Zbigniew Szcząska, Włodzimierz Wróbel i Andrzej Zybertowicz. W strukturze organizacyjnej redakcji nadal funkcjonowało Kolegium Redakcyjne, czuwające nad utrzymaniem odpowiedniego poziomu naukowego pisma oraz publikacją materiałów służących szeroko rozumianej praktyce prokuratorskiej, w którym pod przewodnictwem redaktora naczelnego Marka Sadowskiego zasiadali: Małgorzata Kozłowska,

Jacek Motawski, Tomasz Szafrąński, Anna Wdowiarz-Pelc, Marek Woźniak i Krzysztof Wójcik.

W maju 2024 r. Prokurator Krajowy Dariusz Korneluk powołał nowy skład redakcji. Funkcję redaktor naczelnej powierzył Małgorzacie Szeroczyńskiej, zastępców Krzysztofowi Karsznickiemu i Annie Jaskule, pozostawił również dotychczasowego sekretarza redakcji. Przy redakcji działa nowe Kolegium Redakcyjne: przewodnicząca – Małgorzata Szeroczyńska, członkowie – Jerzy Duży, Anna Jaskuła, Krzysztof Karsznicki, Bogusław Michalski, Michał Mistygacz, Alfred Staszak. W czerwcu 2024 r. Prokurator Krajowy powołał nową Radę Programową, której członkami zostali: Janina Błachut, Katarzyna Dudka, Lech Gardocki, Elżbieta Hryniewicz-Lach, Wojciech Jasiński, Piotr Kładoczny, Grzegorz Kuca, Celina Nowak, Hanna Paluszkiiewicz, Dobrosława Szumiło-Kulczycka, Tadeusz Tomaszewski, Włodzimierz Wróbel, Jarosław Zagrodnik.

Kolegium Redakcyjne było zawsze dzielnie wspierane przez grono znanych recenzentów, wśród których byli: Dariusz Drajewicz, Anna Dumas, Anna Dziergawka, Dariusz Furdzik, Bożena Gronowska, Agnieszka Gryszczyńska, Wincenty Grzeszczyk, Józef Gurgul, Aleksander Herzog, Jolanta Jaworska, Dariusz Kala, Kazimierz Klugiewicz, Czesław Kłak, Wojciech Kosior, Piotr Kosmaty, Wojciech Kotowski, Dariusz Kuberski, Bolesław Kurzępa, Marek Leśniak, Beata Mik, Grzegorz Ocieczek, Lech K. Paprzycki, Emil Pływaczewski, Kazimierz Postulski, Wojciech Radecki, Tomasz Razowski, Piotr Rogoziński, Ryszard A. Stefański, Bogusław Sygit, Bartłomiej Szyprowski, Janusz Śliwa, Rafał Teluk, Andrzej Ważny, Damian Wąsik, Marcin Wielec, Rafał Wielki, Jan Wojtasik, Krzysztof Wójcik, Monika Wolińska. Od czerwca 2024 r. stałymi recenzentami zostali: Magdalena Błaszczuk, Barbara Błońska, Monika Całkiewicz, Piotr Czarnecki, Michał Gabriel-Węglowski, Joanna Garus, Katarzyna Girdwoyń, Violetta Konarska-Wrzosek, Sebastian Kowalski, Karolina Kremens, Dariusz Kuberski, Jarosław Kuczer, Piotr Lewulis, Marek Mozgawa, Barbara Namysłowska-Gabrysiak, Celina Nowak, Hanna Paluszkiiewicz, Kazimierz Pawelec, Wojciech Radecki, Janusz Raglewski, Tomasz Razowski, Ryszard Stefański, Bartłomiej Szyprowski, Olaf Włodkowski, Mateusz Woiński, Stanisław Zabłocki,

Anna Zientara. Następnie wymienionych recenzentów zasili: Janina Błachut, Katarzyna Dudka, Marcin Gołębiewicz, Agnieszka Gryszczyńska, Elżbieta Hryniewicz-Lach, Wojciech Jasiński, Piotr Kładoczny, Grzegorz Kuca, Tomasz Oczkowski, Andrzej Sakowicz, Grażyna Stornikowska, Aleksandra Surma-Buczek, Dobrosława Szumiło-Kulczycka, Piotr Tuleja, Krzysztof Wójcik, Jarosław Zagrodnik.

Nie budzi najmniejszych wątpliwości, że rola stałych recenzentów jest uniwersalna, bowiem dbając o kondycję naukową autorów, sprzyjają utrzymaniu właściwego poziomu merytorycznego periodyku.

W trakcie funkcjonowania pisma pożegnaliśmy na wieczne odpoczywanie członków Kolegium Redakcyjnego/Rady Programowej: Aleksandra Głazka, Zbigniewa Młynarczyka, Andrzeja Marka, Henryka Prackiego, Zofię Świdę, Andrzeja Wąska i Lecha K. Paprzyckiego.

Miesięcznik „Prokuratura i Prawo” już 30 lat służy kształtowaniu właściwej praktyki, prezentując zagadnienia prawa, jego wykładni i stosowania oraz publikując w formie dodatku orzecznictwo Sądu Najwyższego w sprawach karnych, cywilnych oraz pracy i ubezpieczeń społecznych, sądów apelacyjnych, Naczelnego Sądu Administracyjnego i Trybunału Konstytucyjnego, które w 2024 r. wzbogacono rozstrzygnięciami Trybunału Sprawiedliwości. Stanowi platformę wymiany poglądów i doświadczeń, mającą na celu podnoszenie kwalifikacji zawodowych i doskonalenie pracy prokuratorów. Jest częścią warsztatu zawodowego nie tylko prokuratora, ale także osób wykonujących inne zawody prawnicze.

Wspomniany okres zaowocował liczbą ponad 4000 publikacji, przygotowanych przez grono tysiąca ośmiuset Autorów. Wśród nich są w znacznej liczbie wybitni naukowcy, ale łamy czasopisma udostępniane są również młodym adeptom sztuki prawniczej – doktorantom, aplikantom, a także studentom.

Dla ułatwienia dotarcia do konkretnego tekstu przygotowano sześć kompletów skorowidzów przedmiotowych i alfabetycznych za lata 1995-1999, 2000-2004, 2005-2009, 2010-2014, 2015-2019 i 2020-2024.

Z okazji jubileuszu XV-lecia funkcjonowania miesięcznika, redakcja podjęła inicjatywę podkreślenia tego faktu przez wydanie nume-

ru podwójnego 1-2 z 2010 r. Do udziału w przygotowaniu tego numeru zostało zaproszonych ponad 20 wybitnych Autorów, zajmujących się przede wszystkim problematyką szeroko rozumianego prawa karnego oraz nauk pokrewnych, wśród których materiały przygotowali (wymienieni w kolejności publikacji): Bożena Gronowska, Tomasz Grzegorczyk, Wincenty Grzeszczyk, Brunon Hołyst, Piotr Kardas, Romuald Kmiecik, Andrzej Marek, Kazimierz Marszał, Jacek Mąka, Emil W. Pływaczewski (współautorzy: Katarzyna Laskowska, Grażyna B. Szczygieł, Wojciech Filipkowski, Ewa M. Guzik-Makaruk i Elżbieta Zatyka), Kazimierz Postulski, Wojciech Radecki, Maria Rogacka-Rzewnicka, Jerzy Skorupka, Ryszard A. Stefański, Bogusław Sygit i Grażyna Urbania (współautorka Monika Górską).

Jubileusz XX-lecia funkcjonowania miesięcznika zbiegł się z możliwością prezentacji przemysłów znanych i cenionych procesualistów na temat: 1) Rola i zadania prokuratorów w znowelizowanej procedurze karnej: Romuald Kmiecik, Tomasz Grzegorczyk, Maciej Rogalski, Katarzyna Dudka, Jerzy Skorupka, Piotr Hofmański (współautor Janusz Śliwa), Ryszard A. Stefański, Monika Klejnowska, Arkadiusz Lach i Sławomir Steinborn; 2) Prokuratura a kontradyktoryjny model postępowania sądowego. Wyzwania i możliwe zagrożenia (konferencja z 23 kwietnia 2014 r.): Andrzej Seremet, Lech K. Paprzycki, Piotr Hofmański, Stanisław Waltoś, Stanisław Zabłocki, Aleksander Herzog, Dorota Wacławowicz, Michał Laskowski, Piotr Kardas, Janusz A. Śliwa, Sławomir Posmyk i Zdzisław Brodzisz (wymienieni w kolejności rejestrowanej wypowiedzi). Wskazanym zagadnieniom poświęcono jubileuszowe wydanie specjalne w postaci nr 1-2 z 2015 r., który ukazał się drukiem w nowej oprawie graficznej.

Jubileusz XXV-lecia zaakcentował nr 11-12 z 2019 r. „Prokuratury i Prawa”, w którym utrwalili wartościowe przemyslenia znani i ceni autorzy. Byli nimi: Romuald Kmiecik, Piotr Kardas, Jacek Giezek, Grzegorz Maroń, Bogusław Sygit (współautorzy: Natalia Wąsik i Damian Wąsik), Katarzyna Banasik, Katarzyna Wlaźlak, Józef Gurgul (wymienieni w kolejności publikacji).

Pod auspicjami redakcji ukazały się drukiem następujące wydania specjalne:

1. Andrzej Reczka, *Prawo o prokuraturze. Komentarz* (2017);
2. Paweł Kołodziejski, Jerzy Duży, *Śledztwa w sprawach nadużyć w podatku od towarów i usług* (2017);
3. Violetta Kowalska, Beata Wojdak, Agnieszka Zawajska, Andrzej Jeżyński, Dorota Kaniak, Elżbieta Orzeł, Joanna Rajczyk, Lucyna Szewczykowska, Maksymilian Wesołowski, Beata Wiraszka-Bereza, Jolanta Chrzanowska, Małgorzata Faryna, Grzegorz Gręda, Adam Cieślak, Krzysztof Kot, Jacek Sztandar, Damian Hacia, Arkadiusz Olejnik (autorzy wspierający: Wojciech Buchajczuk, Jacek Charatynowicz, Paulina Dłubisz, Janusz Grzyb, Jakub Iwaniec, Tomasz Iwanowski, Wińczysław Jastrzębski, Waldemar Kawalec, Piotr Leśniewski, Edmund Manczur, Andrzej Massalski, Paweł Opitek, Igor Pielewicz, Andrzej Skowron, Wojciech Szelański, Piotr Trzciniński, Marek Tołwiński, Mariusz Wojtuś), *Metodyka zabezpieczeń majątkowych* (2018);
4. Paweł Opitek, *Cyberprzestępczość w pracy prokuratora* (2018);
5. Wojciech Radecki, *Prawna ochrona środowiska w Polsce, Czechach, Słowacji, Czechach i Słowacji* (2020);
6. Daria Danecka, Dariusz Gabrel, Agnieszka Gryszczyńska, Jacek Kitliński, Adam Klawikowski, Czesław P. Kłak, Romuald Kmiecik, Piotr J. Kowalczyk, Katarzyna Lenczowska-Soboń, Patrycja Małaszczek, Jan Michałak, Lidia Piotrowska, Jędrzej D. Pogorzelski, Wojciech Radecki, Bogusław Sygit, Bartłomiej Szyprowski, Bartłomiej Świercz, Mikołaj Turzyński, Damian Wąsik, Natalia Wąsik, Roman Wojtuszek, Adam Zbieranek, Dariusz Zuba, *Prokuratura w służbie Państwu i społeczeństwu* (2022);
7. Katarzyna Galla-Podsiadło, Witold Jakimko, Justyna Jambor, Damian Jaworski, Janusz Konecki, Michał Kurowski, Małgorzata Markarska, Monika Matyjewicz, Tomasz Nowak, *Handel ludźmi. Praktyczne aspekty prowadzenia postępowań. Podręcznik dla organów ścigania i wymiaru sprawiedliwości* (2022);
8. Bogusław Sygit, *Zachowania przestępcze on-line. Technologia i rozpoznawanie ich w praktyce śledczej* (2023).

Czas na słowa serdecznego podziękowania wybitnym przedstawicielom nauki, którzy przygotowując wartościowe dla rozwoju praktyki

prawniczej materiały do publikacji, wyrazili w ten sposób szacunek dla pisma i jego naukowych dokonań.

Na przestrzeni lat wzrastała liczba punktów, które autorzy otrzymywali za publikację materiałów naukowych, od 5 do 70 w 2023 r., a od 5 stycznia 2024 r. mamy ich 40. Nie może budzić wątpliwości, że wskazana liczba punktów nie odzwierciedla rzeczywistego znaczenia naszego wydawnictwa oraz jego pozycji wśród innych czasopism o problematyce prawniczej. Wystarczy wspomnieć, że w 2015 r. byliśmy tylko w zakresie działalności orzeczniczej sądów cytowani 301 razy, w tym przez Sąd Najwyższy 71 razy, przez sądy apelacyjne aż 186 razy oraz przez wojewódzkie sądy administracyjne 36 razy. Podkreślenia wymaga, że każdy z sądów apelacyjnych dysponuje własnym portalem internetowym, w którym publikuje orzeczenia, Sąd Najwyższy umieszcza je w Biuletynie Sądu Najwyższego. Fakt wykorzystywania naszego wydawnictwa w działalności orzeczniczej najwyższej instancji sądowniczej jest najlepszą rekomendacją wysokiego poziomu merytorycznego publikacji zawartych w miesięczniku „Prokuratura i Prawo”. We wskazanym czasie byliśmy również cytowani przez czasopisma *on-line*: „Państwo i Prawo”, „Przegląd Legislacyjny”, „Ius Novum”, „Nowy Przegląd Notarialny”. W bazie Polskiej Bibliografii Naukowej jesteśmy uwidocznieni w 206 pozycjach. Z tego też powodu, a także z punktu widzenia ogólnej oceny wartości merytorycznej naszego czasopisma, nie powinna budzić wątpliwości kwestia najistotniejsza. Chodzi mianowicie o to, że jesteśmy w czołówce krajowej pod względem popularności (liczba cytowań systematycznie rośnie) profesjonalnych wydawnictw prawniczych. Wymaga podkreślenia, że stopień dostępności czasopisma ulega ciągłemu zwiększeniu z uwagi na postępujący dostęp do Internetu, a także przypomnienia, iż poszczególne pozycje miesięcznika dostępne są na stronie internetowej Prokuratury Krajowej. Stopień popularności – w rzeczy samej – nie jest jedynym wyznacznikiem naszej aktywności, gdyż miarą wartości wydawnictwa nie jest stopień dostępności, lecz merytoryczny poziom treści i ich przydatność dla wymiaru sprawiedliwości. Konsekwentnie zatem realizujemy wymianę doświadczeń z udziałem wybitnych autorytetów różnych gałęzi prawa. Czynimy także wszystko, na miarę

możliwości, aby przybliżając problematykę prawa i nauk pokrewnych, wzmocnić świadomość prawną społeczeństwa. Założenie to jest realizowane przez należyte – co oczywiste – upowszechnianie przyjmowanych rozwiązań prawnych oraz ich wykładni.

I jeszcze jedna bardzo istotna kwestia. Otóż przez punktację wyrażany jest szacunek dla dociekań w sferze prawnej Autorów oraz dbałość – co z natury rzeczy jest im należne – o ich kondycję naukową. Mamy niewątpliwy wpływ na poziom merytoryczny miesięcznika, lecz oczekiwalibyśmy, aby punktacja była rzeczywistym odzwierciedleniem wysiłku intelektualnego Autorów.

Pisząc o osiągnięciach pisma, nie można pominąć znaczącego wkładu pracowników Instytutu Ekspertyz Sądowych im. Prof. J. Sehna w Krakowie. Maciej Świątek od wielu lat składa teksty zakwalifikowane do druku, a czyni to profesjonalnie, szybko i terminowo. Hubert Hładij wiele lat przeprowadzał korektę tekstów, wnikliwie, terminowo i bezbłędnie eliminował wszelkie braki, pracował do ostatniego tchnienia życia, zmarł na posterunku. Jego czynności obecnie wykonuje Tomasz Dziedzic, który od samego początku wykazuje zaangażowanie, jest dokładny i terminowy.

Regularność i terminowość wydawania miesięcznika na oczekiwanym poziomie wizualnym zawdzięczamy obecnie Wydawnictwu Diecezjalnemu i Drukarni w Sandomierzu, która doręcza prokuratorom w całym kraju egzemplarze w preferencyjnej wersji papierowej (poprzednio z redakcją współpracowały drukarnie Zakonu Pijarów w Krakowie, NajComp w Warszawie, Steskal w Nowym Targu, Heldruk w Malborku). Wymaga podkreślenia, że profesjonalizm i zaangażowanie Wydawnictwa zaowocowały zarówno regularnością dostawy, jak i wysoką jakością techniczną doręczanych egzemplarzy. Doświadczenia wynikające ze współpracy, która trwa już 12 lat, pozwalają na pełną rekomendację tego podmiotu jako rzetelnego dostawcy usług poligraficznych z zakresu druku i dostawy periodyków.

O stronę graficzną miesięcznika dbał Bogusław Stroszejn, który współpracował z nami od początku tworzenia pisma do czasu decyzji o zmianie szaty graficznej okładek (1995–2010).

Należy szacunek powinniśmy skierować pod adresem osób, którym powierzono ważny obszar biurowy pisma. Współpracującymi z pismem były Agnieszka Krakowiak, Izabela Jarosz, Anna Tombek-Knigawka, Katarzyna Zawada i Kinga Majkowska. Ostatnio rolę tę sprawowała Justyna Krakowiak.

Cieszy, a równocześnie nie dziwi, że miesięcznik swoją obecność trwale odcisnął w środowiskach zarówno naukowych, jak i wydawniczych. Należy wyrazić pogląd, że jest to wynik właściwie wyważonej proporcji między obowiązkami wobec praktyki prawniczej i nauki. Oczywiście jest, że praktyce potrzebna jest teoria, która z kolei nie powinna odrywać się od praktyki. Tak więc stopniowo i jednocześnie systematycznie miesięcznik stawał się pismem ogólnoprawniczym, wychodzącym poza środowisko prokuratorskie i pretendującym do ambitnego profilu naukowego.

Taki model czasopisma wymaga dalszego doskonalenia, na tej zasadzie, że nigdy nie jest dosyć podnoszenia poziomu rozwiązań prawnych i organizacyjnych. Wielką satysfakcją dla realizatorów przedsięwzięcia jest sympatyczna ocena rezultatów twórczych ze strony Czytelników reprezentujących środowiska prawnicze, zarówno przedstawicieli nauki, jak i praktyki. Za wsparcie i pomoc w redagowaniu pisma Autorom i Recenzentom należą się słowa szczególnego podziękowania.

Umocnieniem satysfakcji z należycie spełnionego obowiązku była wysoka ocena przydatności pisma, dokonana w Prokuraturze Generalnej we wrześniu 2010 r. Należy wyrazić nadzieję, że dzisiaj w Prokuraturze Krajowej przydatność ta utrzymuje się na podobnym poziomie.

Obecny jubileusz pisma jest przedmiotem dumy dla relacjonującego te wydarzenia, ponieważ jest jego współtwórcą i aktywnie uczestniczył w narodzinach, a następnie przez te wszystkie lata towarzyszył trzydziestolatkowi.

30th Anniversary of “Prokuratura i Prawo”

Abstract

The paper describes the history of the magazine “Prokuratura i Prawo” “The Prosecutors’ Office and The Law”. The Author, who has been for thirty years its editorial secretary, presents in details every day of this journal from its beginnings. He also pays honor to people who actively have worked for its success.

ARTYKUŁY

Marcin Janusz Szewczyk¹

Pośredni zakaz *reformationis in peius* a prawo sądu do modyfikacji opisu znamion czynu przypisanego wyrokiem w postępowaniu ponownym

Streszczenie. Artykuł dotyczy instytucji pośredniego zakazu *reformationis in peius*. Autor wyraża zapatrywanie, iż wbrew niektórym głosom przedstawicieli doktryny art. 443 k.p.k. sformułowany jest prawidłowo, a jego interpretacja dokonywana przez sądy jest trafna. W artykule zawarto również sugestie dotyczące rozwiązań, które powinny zapobiegać sytuacjom, w których błąd formalny w orzeczeniu sądu w postaci niewłaściwego opisu czynu zabronionego skutkuje koniecznością wydania wyroku uniewinniającego.

Słowa kluczowe: pośredni zakaz *reformationis in peius*, uzupełnienie przez sąd znamion czynu przypisanego w wyroku

Uwagi wstępne

W literaturze przedmiotu wypracowano podział zakazu *reformationis in peius* na zakaz „bezpośredni” – zlokalizowany w treści art. 434 k.p.k. i „pośredni” – ujęty w przepisie 443 k.p.k. Adresatem pierwszego z nich

¹ Doktor nauk prawnych, sędzia, Przewodniczący Wydziału Karnego w Sądzie Rejonowym w Skarżysku-Kamiennej.

jest sąd odwoławczy, a drugi wiąże każdy sąd lub inny organ (np. prokuratora), który rozpoznaje sprawę po raz kolejny po uchyleniu wyroku, aż do czasu jej prawomocnego zakończenia². Orzekanie w warunkach obowiązywania zakazu oznacza, że zarówno sąd odwoławczy, jak i sąd, który rozpoznaje sprawę po jej uchyleniu, na skutek środka odwoławczego wniesionego na korzyść oskarżonego, nie może wydać orzeczenia surowszego względem tego, które zapadło uprzednio. Takie ukształtowanie regulacji zakazu *reformationis in peius* powoduje, że w sytuacji, w której opis czynu nie zawierał wszystkich ustawowych znamion przestępstwa, a oskarżyciel nie dostrzegł tego uchybienia i nie wywiódł w tym zakresie apelacji, sąd odwoławczy będzie zobligowany do wydania wyroku uniewinniającego, choćby z materiału dowodowego wynikało, że oskarżony swoim zachowaniem wypełnił znamię, które pominięto w opisie czynu³. Wystąpienie wymienionej sytuacji procesowej jest wysoce niepożądane, gdyż skutkuje brakiem odpowiedzialności osoby winnej popełnienia przestępstwa, co w odbiorze społecznym wywołuje poczucie, iż wymiar sprawiedliwości funkcjonuje nieprawidłowo. Z tego względu w literaturze przedmiotu zaproponowano określone środki zaradcze, które mają zapobiegać wystąpieniu tego rodzaju sytuacji procesowych. W dalszej części artykułu zostaną przedstawione spostrzeżenia co do trafności zaproponowanych rozwiązań.

Reinterpretacja przepisu art. 443 k.p.k.

W celu wyeliminowania niepożądanych skutków funkcjonowania pośredniego zakazu *reformatio in peius* w pierwszym rzędzie podjęto próbę ponownej wykładni przepisu art. 443 k.p.k. Stwierdzono, że jego interpretacja gramatyczna nie daje jednoznacznego rezultatu w zakresie rozumienia pojęcia „orzeczenia surowszego”, gdyż poza ogólnym stwierdzeniem, że sąd odwoławczy w świetle art. 443 k.p.k. nie może w żaden sposób pogorszyć sytuacji oskarżonego w stosunku do roz-

² Szerzej zob. M.J. Szewczyk, *Zakaz reformationis in peius w polskim procesie karnym*, Warszawa 2015, s. 18 i nast.

³ Zob. wyroki SN: z 23.08.2007 r., IV KK 210/07, LEX nr 307765; z 15.10.2008 r., II KK 220/08, OSNwSK 2008, nr 1, poz. 2019; z 19.08.2009 r., V KK 157/09, LEX nr 519634; postanowienie SN z 6.06.2013 r., IV KK 402/12, OSNKW 2013, nr 9, poz. 81.

strzygnięć zawartych w zaskarżonym orzeczeniu, wymieniony przepis nie określa, co należy rozumieć przez pojęcie orzeczenia surowszego. Dlatego też, na tle rozpatrywanego problemu – czy sąd w postępowaniu ponownym ma prawo zmodyfikować opis czynu w zakresie uzupełnienia znamion ustawowych typu czynu zabronionego w sytuacji niezaskarżenia wadliwego w tym zakresie wyroku przez oskarżyciela – ta ogólna formuła nie daje jednoznacznej odpowiedzi. Zdaniem J. Dużego, wynika to z oczywistego faktu, że gdyby oskarżony wyroku nie zaskarżył, to wyrok ostałby się w wadliwej postaci i oskarżonego spotkałyby określone w nim konsekwencje prawne⁴.

Wyrażone zapatrywanie nie jest przekonujące. Orzeczenie surowsze to takie, które jest bardziej dolegliwe dla oskarżonego niż to, które zostało wydane uprzednio. W taki też sposób art. 443 k.p.k. jest interpretowany przez Sąd Najwyższy, który trafnie uznaje, że zakaz orzekania na niekorzyść oskarżonego oznacza, iż w wypadku braku środka odwoławczego wniesionego w tym kierunku, jego sytuacja w postępowaniu odwoławczym nie może ulec pogorszeniu w żadnym zakresie – w tym również w sferze ustaleń faktycznych – powodujących lub tylko mogących powodować negatywne skutki w sytuacji prawnej oskarżonego⁵. Co więcej, jeżeli wyrok, w którym pominięto znamię przestępstwa, uprawomocni się bez jego zaskarżenia, nie oznacza to, że oskarżony w każdym wypadku poniesie konsekwencje prawne przewidziane w treści wydanego orzeczenia. Zgodnie z zasadą *nullum crimen sine lege certa* nikt nie może ponosić odpowiedzialności karnej, jeżeli popełniony czyn nie był zabroniony pod groźbą kary przez ustawę obowiązującą w czasie jego popełnienia (por. art. 42 Konstytucji RP). Jest to jedna z najważniejszych reguł współczesnego prawa karnego i stanowi ważny składnik koncepcji państwa prawa⁶. Art. 115 § 1 k.k. przewiduje, że czyn zabroniony to za-

⁴ J. Duży, *Pośredni zakaz reformationis in peius a prawo sądu do modyfikacji opisu znamion czynu przypisanego wyrokiem w postępowaniu ponownym – uwagi na tle wykładni art. 443 k.p.k.*, Prok. i Pr. 2021, nr 5, s. 7-8.

⁵ Zob. wyroki SN: z 4.02.2000 r., V KKN 137/99, OSNKW 2000, nr 3-4, poz. 31; z 20.06.2023 r., III KK 100/23, LEX nr 3574111; postanowienie SN z 16.05.2018 r., II KK 8/18, LEX nr 2552680.

⁶ L. Gardocki, *Zasada nullum crimen sine lege certa we współczesnym polskim prawie karnym* [w:] A. Dębiński, M. Gałązka, R.G. Hałas, K. Wiak (red.), *Hominum causa*

chowanie o znamionach określonych w ustawie karnej. Uznanie oskarżonego za winnego popełnienia zarzucanego czynu przesądza o tym, że wypełnił on swoim zachowaniem wszystkie znamiona przestępstwa określonego w ustawie karnej. Jeżeli w opisie czynu brakuje któregośkolwiek ze znamion, oznacza to *de facto*, że czyn, który przypisano oskarżonemu, nie jest zabroniony. Takie uchybienie może wynikać zarówno z niewłaściwego opisu przestępstwa, jak i być spowodowane tym, że oskarżyciel nie udowodnił, że oskarżony wypełnił swoim zachowaniem wszystkie znamiona czynu zabronionego, a sąd pomimo braków dowodowych wydał wyrok skazujący. Z uwagi na gwarancyjny charakter orzeczenia, jakim jest wyrok sądu, skutki tego rodzaju uchybienia, bez względu na jego źródło, muszą być oceniane w tożsamy sposób. Taka konkluzja wynika również z tego, że żaden inny organ, poza sądami rozpoznającymi sprawę w głównym nurcie postępowania, nie jest uprawniony do formułowania wiążących ocen w przedmiocie wypełnienia przez oskarżonego znamion zarzucanego mu czynu. Dlatego też, jeżeli na etapie wykonywania orzeczenia strony postępowania lub organy wykonujące wyrok dostrzegą, iż opis przestępstwa nie zawiera ustawowych znamion, niezbędne będzie wzruszenie prawomocnego orzeczenia w trybie nadzwyczajnych środków zaskarżenia. Zaznaczyć trzeba, że w sytuacji, gdy wadliwość orzeczenia jest wynikiem niewłaściwego opisu czynu, wówczas należałoby je zaskarżyć w trybie kasacji na niekorzyść oskarżonego – z powodu rażącego naruszenia art. 413 § 2 pkt 1 k.p.k. Niemniej korekta wyroku nie zawsze będzie możliwa. Zgodnie bowiem z treścią art. 524 § 3 k.p.k. niedopuszczalne jest uwzględnienie kasacji na niekorzyść oskarżonego wniesionej po upływie roku od daty uprawomocnienia się orzeczenia. Jeżeli zachowanie oskarżonego opisane w wyroku skazującym nie wypełnia jednocześnie znamion innego przestępstwa, przekroczenie wymienionego terminu spowoduje konieczność przełamania kierunku kasacji (por. art. 434 § 2 k.p.k.) i wydanie orzeczenia na korzyść oskarżonego poprzez jego uniewinnienie od popełnienia zarzucanego czynu.

W literaturze przedmiotu stwierdzono również, że szerokie rozumienie pośredniego zakazu *reformationis in peius* nie pozwala na skory-

omne ius constitutum est. Księga jubileuszowa ku czci Profesor Alicji Grześkowiak, Lublin 2006, s. 71.

gowanie niekompletnego opisu czynu w postępowaniu ponownym. Tworzy zatem ekstraprzywilej, stanowiący swoistą klauzulę bezkarności, co stanowi przykład niedopuszczalnego tworzenia prawa pod pozorem jego wykładni⁷.

Zauważyć trzeba, że choć w postępowaniu karnym sąd może wykonywać określone czynności z urzędu, to co do zasady ma ono charakter kontrydiktoryjny. Co więcej, w postępowaniu jurysdykcyjnym – zgodnie z regułą dyspozycyjności – sąd w określonym zakresie związany jest żądaniami i wnioskami stron. W przypadku wydania nieprawidłowego orzeczenia na prokuratorze ciąży obowiązek jego zaskarżenia. Brak stosownej reakcji tego podmiotu wywołuje określone skutki procesowe, które nie mogą być skorygowane *ex officio*. W doktrynie słusznie dostrzeżono, że zasada dyspozycyjności na etapie postępowania odwoławczego jest w istocie refleksem zasady skargowości⁸.

Nadmienić trzeba, że sytuacja, w której w opisie czynu nie zawarto wszystkich znamion przestępstwa, nie odbiega od innych wypadków, w których wyrok sądu, z uwagi na zawarte w nim uchybienia, wymaga wniesienia apelacji na niekorzyść oskarżonego. Przykładowo, jeżeli oskarżyciel nie zaskarży orzeczenia, na mocy którego niesłusznie uniewinniono oskarżonego, wówczas również – wbrew zasadzie prawdy materialnej – nie poniesienie on odpowiedzialności karnej. Podobnie jest w przypadku, gdy opis czynu zawarty w wyroku skazującym nie zawiera znamion przestępstwa. Wówczas, jeżeli wyrok został zaskarżony jedynie przez oskarżonego, w omawianym układzie procesowym może zostać on uniewinniony. Mając na uwadze powyższe spostrzeżenia, trudno uznać, że zakaz *reformationis in peius* stanowi jakiś szczególnie rodzaj przywileju dla oskarżonego. Poniesienie odpowiedzialności, tak jak w całym toku postępowania, począwszy od jego wstępnego etapu, aż po uprawomocnienie wyroku, zależy od podjęcia przewidzianych prawem czynności procesowych przez oskarżyciela.

Konieczność wydania orzeczenia uniewinniającego w sytuacji niewłaściwego opisu czynu przypisanego oskarżonemu – w przypadku

⁷ J. Duży, *Pośredni...*, s. 10.

⁸ S. Zabłocki, *Komentarz do art. 433 [w:] R.A. Stefański, S. Zabłocki (red.), Kodeks postępowania karnego. t. IV. Komentarz do art. 425–467*, Warszawa 2021, teza 11.

obowiązywania zakazu *reformationis in peius* – nie wynika, jak wskazano w literaturze, z antycypacji przez sąd odwoławczy tego, co mógłby ustalić sąd pierwszej instancji w ponowionym procesie⁹, lecz z faktu, że bez względu na to, jakie ustalenia by poczyniono – nie jest dopuszczalne uzupełnienie brakującego znamienia czynu zabronionego. Zauważyć trzeba, że źródeł takiej konstatacji nie należy upatrywać w błędnej wykładni przepisów. Jest ona bowiem skutkiem rygorystycznego ukształtowania zakazu *reformationis in peius* w aktualnie obowiązującej ustawie procesowej. Wskazać należy, że w Kodeksie postępowania karnego z 1969 r. regulacja pośredniego zakazu *reformationis in peius* była odmienna. Art. 408 k.p.k. z 1969 r. przewidywał, że w razie przekazania sprawy do ponownego rozpoznania, sąd w dalszym postępowaniu mógł orzec karę surowszą niż orzeczona w uchylonym wyroku tylko wtedy, gdy wyrok ten był zaskarżony na niekorzyść oskarżonego. Takie unormowanie zakazu pośredniego powodowało, że w sytuacji wniesienia apelacji na korzyść oskarżonego, sąd odwoławczy, chcąc dokonać modyfikacji orzeczenia w przeciwnym kierunku, uchylał zaskarżony wyrok. Sąd rozpoznający sprawę w pierwszej instancji mógł wówczas swobodnie korygować uchylone orzeczenie, byleby tylko wymierzona sankcja nie przekraczała orzeczonej poprzednio¹⁰. Wskazać należy, że w literaturze regulacja normatywna zawężająca zakaz *reformationis in peius* do rozstrzygnięcia w zakresie kary była słusznie krytykowana przez przedstawicieli doktryny¹¹, gdyż bezpośredni zakaz *reformationis in peius* łatwo można było ominąć poprzez uchylenie orzeczenia do ponownego rozpoznania.

W literaturze wyrażono również zapatrywanie, że możliwe jest uzupełnienie opisu czynu o brakujące znamię w sytuacji funkcjonowania zakazu *reformationis in peius*, jeżeli ewentualna przyszła modyfi-

⁹ J. Duży, *Pośredni...*, s. 10.

¹⁰ Zob. wyrok SN z 13.04.1983 r., Rw 226/83, LEX nr 1978, wraz z glosami S. Cory, NP 1985, nr 5, s. 11; A. Kaftala, Pal.1984, nr 5-6, s. 96 oraz K. Marszał, OSP 1985, z. 7-8, poz. 138; zob. również F. Prusak, *Przegląd orzecznictwa Sądu Najwyższego*, NP 1984, nr 5, s. 81, oraz wyrok SA w Łodzi z 25.04.1996 r., II AKa 43/96, LEX nr 26308; wyrok SN z 3.01.2002 r., IV KKN 608/97, LEX nr 53001.

¹¹ Zob. np. W. Makar, *Glosa do wyroku SN z 23.01.1990 r.*, WR 578/89, OSP 1991, z. 10, s. 247.

kacja wyroku nie prowadziłaby do naruszenia tożsamości czynu¹². Wskazać trzeba, że zasada skargowości¹³ i zakaz *reformationis in peius* są to dwie odmienne, niezależnie funkcjonujące instytucje procesowe, a ich naruszenie wywołuje różne skutki. O ile złamanie zakazu przewidzianego w art. 434 § 1 k.p.k. i w art. 443 k.p.k., kwalifikuje się jako względny powód odwoławczy¹⁴, o tyle uchybienie normie z art. 14 § 1 k.p.k., stanowi poważniejsze naruszenie zasad postępowania, skutkujące zaistnieniem bezwzględnej przyczyny odwoławczej¹⁵.

Instytucja zakazu *reformationis in peius* ma na celu zabezpieczenie swobody zaskarżania orzeczeń przez oskarżonego poprzez zapewnienie mu warunków do powzięcia nieskrępowanej decyzji woli co do poddania orzeczenia kontroli instancyjnej¹⁶. Unormowanie z art. 14 § 1 k.p.k. określa natomiast granice podmiotowe i przedmiotowe rozpoznania sprawy w danym postępowaniu. Wyznacza je, jak słusznie zauważył Sąd Najwyższy, nie tylko opis czynu zawarty w akcie oskarżenia, czy też przyjęta przez uprawnionego do wystąpienia z wnioskiem o rozpoznanie sprawy kwalifikacja prawna, lecz przede wszystkim zdarzenie w znaczeniu historycznym¹⁷.

Zachowanie granic tożsamości czynu nie gwarantuje, iż przeprowadzona modyfikacja orzeczenia nie narusza zakazu *reformationis in peius*¹⁸. Wynika to stąd, iż co do zasady, nie wykraczając poza

¹² J. Duży, *Pośredni...*, s. 11.

¹³ Zob. art. 14 § 1 k.p.k.

¹⁴ Zob. art. 438 pkt 2 k.p.k.

¹⁵ Zob. 439 § 1 pkt 9 k.p.k. w zw. z art. 17 § 1 pkt 9 k.p.k.

¹⁶ K. Marszał, *Proces karny*, Katowice 1998, s. 426; P. Hofmański, E. Sadzik, K. Zgryzek, *Kodeks postępowania karnego*, t. 2, Warszawa 2007, s. 636; T. Grzegorzczak, J. Tylman, *Polskie postępowanie karne*, Warszawa 2011, s. 860.

¹⁷ Zob. postanowienia SN: z 7.10.2020 r., V KK 358/19, LEX nr 3080574; z 13.05.2021 r., II KK 26/21, LEX nr 3219756; szerzej zob. C. Kulesza, *Zasada skargowości* [w:] P. Hofmański, P. Wiliński, G. Artymiak (red.), *System Prawa Karnego Procesowego*, t. 3, *Zasady procesu karnego*, Warszawa 2014, s. 553.

¹⁸ Przykładowo, jeżeli wyrok zaskarżono wyłącznie na korzyść oskarżonego, sądy rozpoznające sprawę w dalszym postępowaniu, nie mogą ustalić wyższej wartości szkody wyrządzonej przestępstwem. Zaznaczyć należy, że taka modyfikacja orzeczenia, co do zasady, nie narusza normy wyrażonej w art. 14 § 1 k.p.k., ale jej przeprowadzenie jest niedopuszczalne, gdyż wymienione rozstrzygnięcie byłoby niekorzystne z punktu widzenia interesu procesowego oskarżonego i niewątpliwie godziłoby w zakaz *reformationis in peius*.

granice skargi oskarżyciela, można dokonać znacznie poważniejszych zmian w zakresie opisu czynu czy ustaleń faktycznych, niż w przypadku funkcjonowania zakazu *reformationis in peius*¹⁹. Z tego względu zmiana opisu czynu dokonywana w ramach zdarzenia historycznego, które zostało określone granicami oskarżenia, nie zapewnia, iż sytuacja procesowa oskarżonego nie zostanie pogorszona.

Zauważyć trzeba, że opis czynu określa obszar bezprawnego zachowania oskarżonego. Może być on poszerzony, np. poprzez wprowadzenie nowych znamion czy okoliczności, albo też w podobny sposób zawężony. Aby stwierdzić, czy nie doszło do naruszenia zakazu *reformationis in peius*, należy zbadać, czy granice obszaru bezprawności wyznaczone opisem czynu po modyfikacji i przed nią zostały zmienione, a następnie ocenić, czy modyfikacja nie narusza interesu procesowego oskarżonego. Jeżeli sąd odwoławczy przypisał szerszy zakres wykonania czynu zabronionego w stosunku do ustaleń faktycznych i opisu przestępstwa przypisanego przez sąd pierwszej instancji, przy jednoczesnym braku zaskarżenia w tym kierunku, to dojdzie do złamania zakazu *reformationis in peius*²⁰. Z tych też względów zachowanie tożsamości czynu nie może być uznane za kryterium, które należałoby uwzględniać w ocenie ewentualnego uchybienia normom z art. 434 § 1 k.p.k. lub art. 443 k.p.k.

W doktrynie wskazano również, że wykładnia art. 443 k.p.k., której skutkiem jest uniewinnienie osób ewidentnie winnych popełnienia przestępstwa w sytuacji nieujęcia ustawowego znamienia czynu za-

¹⁹ Może się zdarzyć, że sąd nie dokona żadnych korekt w zakresie opisu czynu sformułowanego w akcie oskarżenia, jak też poczyni ustalenia identyczne z przyjętymi w skardze oskarżyciela. Wówczas granice skargi będą tożsame z tymi, które wyznacza czyn przypisany wyrokiem sądu pierwszej instancji. W praktyce jednak wielokrotnie występują sytuacje, w których sądy dokonują modyfikacji opisu przestępstwa, jak i poczynionych przez oskarżyciela ustaleń. Oczywiście jest przy tym, że nowe ustalenia (niezależnie od tego, który sąd ich dokonuje) nie mogą wykraczać poza granice określone ramami aktu oskarżenia. W przeciwnym razie doszłoby do uchybienia zasadzie skargowości, co skutkowałoby zaistnieniem bezwzględnej przyczyny odwoławczej określonej w art. 439 § 1 pkt 9 k.p.k. w zw. z art. 17 § 1 pkt 9 k.p.k., a co za tym idzie, koniecznością uchylenia zaskarżonego orzeczenia, bez względu na to, czy doszło do naruszenia zakazu *reformationis in peius*.

²⁰ Zob. wyrok SN z 3.03.2022 r., V KK 220/21, LEX nr 3409143.

bronionego w czynie opisanym w wyroku, który nie został zaskarżony na niekorzyść oskarżonego, prowadzi do absurdalnych konsekwencji i dlatego powinna być odrzucona²¹. Zauważyć trzeba, że odmienna interpretacja art. 443 k.p.k. prowadziłaby do znacznie poważniejszych skutków niż uniewinnienie osoby, która powinna ponieść odpowiedzialność za swój czyn. Uznanie, że wyrok skazujący może funkcjonować w obrocie prawnym, mimo że z opisu przypisanego oskarżonemu czynu nie wynika, że był on zabroniony, może skutkować poniesieniem odpowiedzialności przez osobę, która nie wypełniła swoim zachowaniem znamion przestępstwa. Przyjęcie tego typu interpretacji art. 443 k.p.k. stanowiłoby niebezpieczny precedens, który w konsekwencji mógłby prowadzić do osłabienia gwarancyjnej roli wyroku skazującego. Przypomnieć należy, że zgodnie z art. 42 ust. 1 i 3 Konstytucji RP odpowiedzialności karnej podlega ten tylko, kto dopuścił się czynu zabronionego pod groźbą kary przez ustawę obowiązującą w czasie jego popełnienia oraz że wina oskarżonego musi zostać stwierdzona prawomocnym wyrokiem sądu.

Zaznaczyć należy, że zakres działania zakazu *reformationis in peius* co do opisu przypisanego czynu był przedmiotem wypowiedzi Trybunału Konstytucyjnego. Sąd Okręgowy w Szczecinie zwrócił się do wymienionego organu o udzielenie odpowiedzi na pytanie: „Czy przepis art. 434 § 1 Kodeksu postępowania karnego rozumiany w ten sposób, że w wypadku pominięcia w opisie czynu, przypisanego przez sąd pierwszej instancji, znamienia ustawowego czynu zabronionego oraz niespełnienia warunków z art. 434 § 1 k.p.k. także w sytuacji, gdy z treści uzasadnienia zaskarżonego wyroku lub niebudzących wątpliwości ustaleń faktycznych wynika realizacja tego znamienia przez oskarżonego, implikuje obowiązek uniewinnienia oskarżonego, jest zgodny z art. 45 ust. 1 i art. 2 Konstytucji?”. TK postanowieniem z 9.02.2021 r. umorzył postępowanie²². W uzasadnieniu zwrócił uwagę na potencjalne skutki ewentualnego zakwestionowania art. 434 § 1 k.p.k., rozumianego w ten sposób, że w wypadku pominięcia w opisie czynu,

²¹ J. Duży, *Pośredni...*, s. 12.

²² P 15/19, OTK Seria A 2021, poz. 7.

przypisanego przez sąd pierwszej instancji, znamienia ustawowego czynu zabronionego oraz niespełnienia warunków z art. 434 § 1 k.p.k., także w sytuacji, gdy z treści uzasadnienia zaskarżonego wyroku lub niebudzących wątpliwości ustaleń faktycznych wynika realizacja tego znamienia przez oskarżonego, implikuje obowiązek jego uniewinnienia. Zdaniem TK, derogacja tak scharakteryzowanej, hipotetycznej normy prawnej nie przyniosłaby skutku w postaci uzupełnienia systemu prawnego o nową normę, zezwalającą sądowi odwoławczemu na uzupełnienie opisu czynu zabronionego o brakujące znamię, w sytuacji, w której jego wypełnienie bezspornie wynika z uzasadnienia wyroku sądu pierwszej instancji. Do tego konieczna byłaby interwencja ustawodawcy, wprowadzająca do porządku prawnego wprost możliwość orzekania przez sąd w okolicznościach wskazanych w pytaniu prawnym. Konkludując, TK stwierdził, że pytanie prawne nie spełnia przesłanki funkcjonalnej. W zaistniałych okolicznościach sąd pytający powinien rozstrzygnąć sprawę na podstawie obowiązujących przepisów, które objaśniono w orzecznictwie SN w sposób dostateczny, dokonując samodzielnie ich wykładni, w tym rozważając zasadność przeprowadzenia wykładni przepisów ustawy w zgodzie z Konstytucją. Zdaniem TK, w tej sytuacji, wobec braku przesłanki przedmiotowej i funkcjonalnej pytania prawnego, postępowanie należało umorzyć na podstawie art. 59 ust. 1 pkt 2 ustawy z 30.11.2016 r. o organizacji i trybie postępowania przed Trybunałem Konstytucyjnym (Dz.U. z 2019 r. poz. 2393), ze względu na niedopuszczalność wydania wyroku.

Wykorzystanie art. 440 k.p.k. w celu usunięcia uchybienia w postaci braku znamienia czynu zabronionego

W literaturze wskazano również, że w sytuacji, gdy niewłaściwie opisano czyn przypisany oskarżonemu, a oskarżyciel nie wywiódł w tym zakresie apelacji, zastosowanie powinien znaleźć art. 440 k.p.k. Uznano, że w takiej sytuacji sąd z uwagi na okoliczność, iż zmiana orzeczenia i uniewinnienie oskarżonego byłoby rażąco niesprawiedliwe, powinien orzec o jego utrzymaniu, czyniąc uwagę, że w opisie przypisanego oskarżonemu czynu omyłkowo pominięto określone znamię przestępstwa. Przyjęto, że w takiej sytuacji sąd *ad quem* nie orzeka

odmiennie co do istoty, nie zmienia zaskarżonego wyroku i nie ingeruje w jego treść, a jedynie sygnalizuje swym orzeczeniem istnienie wady, która musi być tolerowana. Takie rozstrzygnięcie, wskazujące na pełną intencjonalność decyzji sądu odwoławczego o utrzymaniu w mocy zaskarżonego wyroku, pomimo dostrzeżonego błędu w opisie czynu, pozwoliłoby ponadto uniknąć słusznych obaw o ewentualne manipulacje i nadużycia, które mogłyby się pojawić przy próbie jakiegokolwiek uzupełniania opisu o brakujące znamię, czy też „milczącego” utrzymania w mocy zaskarżonego orzeczenia w sprawie, w której nie wniesiono odpowiedniej apelacji na niekorzyść oskarżonego²³.

Zauważyć trzeba, że zaproponowane rozwiązanie również zawiera wady. Z dyspozycji art. 440 k.p.k. wynika bowiem, że jeżeli utrzymanie orzeczenia w mocy byłoby rażąco niesprawiedliwe, podlega ono niezależnie od granic zaskarżenia i podniesionych zarzutów zmianie na korzyść oskarżonego albo – w sytuacji określonej w art. 437 § 2 zdanie drugie k.p.k. – uchyleniu. Oznacza to, że jeżeli wyrok jest rażąco niesprawiedliwy, sąd nie jest uprawniony do tego, by utrzymać go w mocy, gdyż ma obowiązek dokonać jego korekty, albo wydać orzeczenie kasatoryjne. Nadmienić również trzeba, że rodzaje rozstrzygnięć sądu odwoławczego zostały określone w art. 437 § 1 k.p.k. Wymieniony przepis stanowi, że po rozpoznaniu środka odwoławczego sąd orzeka o utrzymaniu w mocy, zmianie albo uchyleniu zaskarżonego orzeczenia w całości albo w części. Katalog ten jest enumeratywny. Oznacza to, że utrzymanie orzeczenia przez sąd odwoławczy w mocy i poczynienie w jego treści dodatkowej „uwagi” stanowiłoby rażące naruszenie nie tylko art. 440 k.p.k., ale również art. 437 § 1 k.p.k. Co więcej, „uwaga” wskazująca, że w opisie przypisanego oskarżonemu czynu omyłkowo pominięto określone ustalenie, wywołuje skutki tożsame ze zmianą orzeczenia i z tego względu tak też należałoby odczytać zaproponowaną formułę. Przy jednoczesnym utrzymaniu wyroku sądu pierwszej instancji w mocy, orzeczenie tego rodzaju zawierałoby więc wewnętrzną sprzeczność. Przypomnieć trzeba, że w sytuacji niewniesienia apelacji na niekorzyść oskarżonego,

²³ P. Prątkowiecki, *O możliwości pociągnięcia sprawcy do odpowiedzialności karnej pomimo wadliwego opisu czynu w wyroku skazującym*, PS 2020, nr 11-12, s. 111-120.

korekta orzeczenia polegająca na uzupełnieniu brakującego znamienia czynu zabronionego z uwagi na zakaz określony w art. 443 k.p.k. jest niedopuszczalna²⁴. Mając na względzie powyższe uwarunkowania, wyrok sądu odwoławczego utrzymujący w mocy orzeczenie sądu pierwszej instancji z dodatkową uwagą poczynioną w zakresie znamion przestępstwa nie mógłby funkcjonować w obrocie prawnym i z pewnością w sytuacji wywiedzenia kasacji zostałyby uchylony.

W doktrynie wskazano również, że aby uchronić się przed możliwością skutecznego zaskarżenia orzeczenia i konsekwencją braku możliwości jego modyfikacji, prokuratorzy powinni zaskarżać z ostrożności procesowej absolutnie każdy wyrok²⁵. Wymienione stwierdzenie jest jedynie częściowo trafne, gdyż w aktualnym stanie prawnym zaskarżenie wyroku na niekorzyść oskarżonego nie gwarantuje, iż sąd odwoławczy będzie uprawniony do uzupełnienia brakującego znamienia. Nadmienić trzeba, że w uchwale z 29.05.2003 r., I KZP 14/03, OSNKW 2003, nr 7-8, poz. 61, Sąd Najwyższy przyjął, że wydanie orzeczenia surowszego, po uchyleniu orzeczenia i przekazaniu sprawy do ponownego rozpoznania, jest dopuszczalne, jeżeli nastąpiło ono na podstawie art. 440 k.p.k. – niezależnie od granic zaskarżenia – na skutek uwzględnienia środka odwoławczego wniesionego na niekorzyść oskarżonego. Mając na uwadze wyrażone zapatrywanie, norma z art. 440 k.p.k. w przeszłości była wykorzystywana w orzecznictwie m.in. w przypadku konieczności uzupełnienia brakujących znamion przestępstwa, czy też orzeczenia obligatoryjnego środka karnego²⁶, jeżeli usterki te nie zostały podniesione w środku odwoławczym złożonym na niekorzyść oskarżonego.

Aktualnie art. 440 k.p.k. przewiduje, że jeżeli utrzymanie orzeczenia w mocy byłoby rażąco niesprawiedliwe, podlega ono niezależnie od granic zaskarżenia i podniesionych zarzutów zmianie na korzyść

²⁴ Zob. postanowienia SN: z 15.11.2005 r., IV KK 238/05, LEX nr 172423; z 20.07.2005 r., I KZP 20/05, LEX nr 153332; wyroki SN: z 22.02.2007 r., V KK 180/06, LEX nr 110535 oraz z 1.12.2010 r., IV KK 185/10, LEX nr 688697.

²⁵ J. Duży, *Pośredni...*, s. 14.

²⁶ Zob. wyroki SN: z 23.08.2007 r., IV KK 210/07, LEX nr 307765; z 15.10.2008 r., II KK 220/08, OSNwSK 2008, nr 1, poz. 2019; z 19.08.2009 r., V KK 157/09, LEX nr 519634; postanowienie SN z 6.06.2013 r., IV KK 402/12, OSNKW 2013, nr 9, poz. 81.

oskarżonego albo w sytuacji określonej w art. 437 § 2 zdanie drugie k.p.k. – uchyleniu. Z treści art. 440 k.p.k. wynika, że reformatoryjne orzekanie w kierunku niekorzystnym dla oskarżonego, w instancji odwoławczej nie jest dopuszczalne pomimo wniesienia środka odwoławczego na jego niekorzyść²⁷. Dlatego też w tego rodzaju sytuacjach zachodzi konieczność uchylenia zaskarżonego orzeczenia, a takie rozstrzygnięcie możliwe jest jedynie w wypadkach opisanych w art. 437 § 2 zdanie drugie k.p.k. Zgodnie z wymienionym przepisem uchylenie orzeczenia i przekazanie sprawy do ponownego rozpoznania może nastąpić wyłącznie w wypadkach wskazanych w art. 439 § 1 k.p.k., art. 454 k.p.k. lub jeżeli jest konieczne przeprowadzenie na nowo przewodu w całości. Oznacza to, że w wielu sytuacjach, mimo zaskarżenia wyroku na niekorzyść oskarżonego z uwagi na brak podstaw do uchylenia orzeczenia, usunięcie uchybienia w postaci braku znamienia czynu zabronionego nie będzie możliwe²⁸.

Zaznaczyć jednak należy, że w przypadkach, w których wyrok zaskarżono na niekorzyść oskarżonego, lecz nie wyartykułowano stosownego zarzutu w zakresie braku znamion (znamienia) przestępstwa, sąd odwoławczy zawsze w pierwszej kolejności powinien rozważyć, czy nie ma możliwości skazania oskarżonego za czyn o łagodniejszej kwalifikacji prawnej. Przykładowo, jeżeli w opisie czynu pominięto znamię włamania, sąd odwoławczy powinien na podstawie art. 434 § 3 k.p.k. przełamać kierunek zaskarżenia, a następnie na podstawie art. 455 k.p.k. zmienić kwalifikację prawną czynu i przypisać oskarżonemu popełnienie przestępstwa kradzieży. Jeśli taka modyfikacja nie jest możliwa, konieczne będzie wydanie wyroku uniewinniającego.

Antidotum

Mając na względzie powyższe uwarunkowania, wydaje się, że najprostszym rozwiązaniem omawianego problemu jest dokładna weryfikacja aktu oskarżenia przed jego przesłaniem do sądu. Aby uniknąć sytuacji, w której opis czynu zawarty w wymienionym dokumencie jest

²⁷ Zob. wyrok SN z 23.08.2007 r., IV KK 210/07, LEX nr 307765.

²⁸ Zob. wyroki SN: z 6.04.2017 r., V KK 372/16, OSNKW 2017, nr 9, poz. 51; z 4.03.2020 r., IV KS 54/19, LEX nr 3207879.

nieprawidłowy, w pierwszym rzędzie należy wdrożyć rozwiązania systemowe, które powinny wyznaczać pewien standard postępowania w przypadku składania aktu oskarżenia do sądu. Po pierwsze, zauważyć trzeba, że najczęściej uchybienie w postaci braku znamienia czynu opisanego w wyroku jest pochodną niewłaściwego opisu przestępstwa zawartego w akcie oskarżenia. Chodzi o sytuacje, w których sąd orzekający w pierwszej instancji nie zmienia opisu czynu, lecz uznaje oskarżonego za winnego przestępstwa określonego w akcie oskarżenia. W celu wyeliminowania tego typu uchybień stosowne kroki należy podjąć jeszcze przed zainicjowaniem postępowania jurysdykcyjnego. Dlatego też zasadne jest, by akt oskarżenia był weryfikowany pod kątem prawidłowego opisu czynu przez co najmniej dwie osoby. Zatem w sytuacji, w której jego autorem jest np. funkcjonariusz Policji, czy finansowy organ postępowania przygotowawczego, prokurator, który zatwierdza tego typu skargę, powinien w aktach podręcznych czynić wzmiankę, iż sprawdził ją również pod kątem prawidłowego opisu czynu. Jeżeli akt oskarżenia jest formułowany przez prokuratora, to powinien on być zweryfikowany pod kątem właściwego opisu czynu przez jego bezpośrednio przełożonego. Taka kontrola także winna znaleźć odzwierciedlenie w aktach podręcznych. Pominięcie znamion przestępstwa w praktyce występuje również w przypadku korekty opisu czynu dokonywanej przez sąd. Dlatego także i w takiej sytuacji, wyrok – w zakresie nowego opisu czynu – powinien podlegać weryfikacji nie tylko przez autora aktu oskarżenia, ale i jego przełożonego. Wymieniona metodologia postępowania powinna być przedmiotem wytycznych zaadresowanych do prokuratorów.

W dalszej kolejności należy zwrócić uwagę, że brak precyzji w opisie czynu nie zawsze prowadzi do uznania, iż nie zawiera on ustawowych znamion niezbędnych do wydania wyroku skazującego. W orzecznictwie trafnie przyjęto, że gwarancyjny charakter funkcjonalnej wykładni art. 434 § 1 k.p.k., rozciągającej obowiązywanie zakazu *reformationis in peius* na ustalenia faktyczne, nie może prowadzić do nieracjonalnego w swej istocie zakazu opisywania tego samego ustalenia innymi słowami, różnica ma wtedy bowiem charakter wyłącznie ję-

zykowy²⁹. Art. 413 § 2 pkt 1 k.p.k. nie wprowadza wymogu, aby w opisie czynu używać słów ustawy. Dlatego też spełnia warunek określoności przypisanego czynu posłużenie się zamiast zwrotem ustawowym takim stwierdzeniem, które swoją treścią adekwatnie wypełnia znaczenie znamion ustawowych³⁰. Pominięcie ustawowego określenia znamienia przestępstwa w opisie czynu przypisanego nie stanowi przeszkody do uznania, że wypełnia on znamiona konkretnego przestępstwa, jeśli opis ten mieści się w granicach pojęć, którymi przepis prawa materialnego określa te znamiona³¹. Zauważyć należy, że Sąd Najwyższy słusznie przyjął, iż posłużenie się zwrotem „wyłudzi” w opisie czynu z art. 286 § 1 k.k. jest znaczeniowo równorzędne z ustawowym zwrotem wskazującym na cel działania sprawców, jakim jest osiągnięcie korzyści majątkowej³². W literaturze celnie dostrzeżono, że w świetle art. 413 § 1 pkt 2 k.p.k. podstawowym obowiązkiem sądu orzekającego jest to, by użył on w obrazie postąpienia przypisanego oskarżonemu takich słów, aby nie było wątpliwości, iż dane działanie lub zaniechanie mieści się w znamionach konkretnego przestępstwa. Wyrażona w tymże przepisie powinność zostanie jednak spełniona nawet wtedy, gdy sąd w wyroku skazującym opis czynu ujmie w sposób lapidarny, nie trzymając się terminologii ustawowej³³. Trafnie zatem uznano, że użycie w opisie przypisanego oskarżonemu czynu sformułowania „zmierzali do pomniejszenia należnego R.C. świadczenia, czym działali na jego szkodę” uprawnia do przyjęcia, że znamię „działania w celu osiągnięcia korzyści majątkowej zostało wypełnione”³⁴. Nadmienić jednak należy, że w postanowieniu z 22.06.2006 r., IV KK 108/06, LEX nr 323285, Sąd Najwyższy uznał, że brak określenia w opisie czynu wieku pokrzywdzonej przestępstwem z art. 200 § 1 k.k. w przypadku braku apelacji na

²⁹ Zob. postanowienie SN z 5.10.2010 r., III KK 79/10, OSNKW 2010/12, poz. 106; wyrok SN z 3.12.2015 r., II KK 283/15, Prok. i Pr. – wkł. 2015, nr 3, poz. 15; postanowienie SN z 28.02.2020 r., V KK 421/19, LEX nr 3260284.

³⁰ Zob. wyroki SN: z 29.03.2011 r., III KK 321/10, LEX nr 846388 oraz z 24.06.2013 r., V KK 435/12, LEX nr 1331400.

³¹ Zob. wyroki SN: z 19.05.2015 r., V KK 53/15, OSNKW 2015/10, poz. 84 oraz z 2.07.2015 r., V KK 138/15, OSNKW 2015/11, poz. 97.

³² Zob. wyrok SN z 29.03.2011 r., III KK 321/10, LEX nr 846388.

³³ S. Tarapata, *Glosa do wyroku SN z 19.05.2015 r., V KK 53/15*, OSP 2017, nr 4, s. 28.

³⁴ Zob. wyrok SN z 19.03.2008 r., V KK 363/07, LEX nr 370263.

niekorzyść oskarżonego musi skutkować wydaniem przez sąd odwoławczy wyroku uniewinniającego. Zauważyć trzeba, że jeżeli w opisie czynu były dane pokrzywdzonej w postaci imienia i nazwiska, można by rozważyć, czy mimo braku określenia jej wieku, znamię przestępstwa nie zostało jednak w takim wypadku wypełnione.

Reasumując, stwierdzić należy, że wbrew wyrażanym zapatrywaniom, przepis art. 443 k.p.k. sformułowano prawidłowo. Nie sposób uznać, że jego interpretacja jest niewłaściwa, mimo że w określonych układach procesowych uniemożliwia on realizację norm prawa karnego materialnego i działa wbrew innym regułom postępowania³⁵. Niepożądane sytuacje, których skutkiem jest niezasadne uniewinnienie oskarżonego, można w prosty sposób wyeliminować. Wymaga to jednak podjęcia stosownych działań w obrębie poszczególnych jednostek organizacyjnych prokuratury.

Bibliografia

1. S. Cora, *Glosa do wyroku SN z 13.04.1983 r.*, Rw 226/83, LEX nr 1978, NP 1985, nr 5.
2. A. Dębiński, M. Gałązka, R.G. Hałas, K. Wiak (red.), *Hominum causa omne ius constitutum est*. Księga jubileuszowa ku czci Profesora Alicji Grześkowiak, Lublin 2006.
3. J. Duży, *Pośredni zakaz reformationis in peius a prawo sądu do modyfikacji opisu znamion czynu przypisanego wyrokiem w postępowaniu ponownym – uwagi na tle wykładni art. 443 k.p.k.*, Prok. i Pr. 2021, nr 5.
4. T. Grzegorczyk, J. Tylman, *Polskie postępowanie karne*, Warszawa 2011.
5. P. Hofmański, E. Sadzik, K. Zgryzek, *Kodeks postępowania karnego*, Warszawa 2007.
6. P. Hofmański, P. Wiliński, G. Artymiak (red.), *System Prawa Karnego Procesowego, Zasady procesu karnego*, t. III, Warszawa 2014.

³⁵ Zob. wyrok SA w Krakowie z 9.03.2001 r., II AKa 18/01, KZS 2001, nr 3, poz. 40 oraz uzasadnienie uchwały SN z 26.09.2004 r., I KZP 23/02, OSNKW 2002, nr 11-12, poz. 98.

7. W. Makar, *Glosa do wyroku SN z 23.01.1990 r.*, WR 578/89, OSP 1991, z. 10.
8. K. Marszał, *Proces karny*, Katowice 1998.
9. P. Pratkowiecki, *O możliwości pociągnięcia sprawcy do odpowiedzialności karnej pomimo wadliwego opisanie czynu w wyroku skazującym*, PS 2020, nr 11-12.
10. F. Prusak, *Przegląd orzecznictwa Sądu Najwyższego*, NP 1984, nr 5.
11. R.A. Stefański (red.), *Kodeks postępowania karnego*. t. IV, Warszawa 2021.
12. M. J. Szewczyk, *Zakaz reformationis in peius w polskim procesie karnym*, Warszawa 2015.

Indirect Prohibition of *reformatio in peius* Versus a Court's Right to Modify a Description of Features of an Act Ascribed in a Judgment Issued in Re-examination Proceedings

Abstract. The article describes the institution of the indirect prohibition of “reformationis in peius”. The author expresses the opinion that, contrary to some opinions of representatives of the doctrine, the Article 443 of the Polish Code of Criminal Procedure is formulated correctly and its interpretation by courts is accurate. The article also contains suggestions for solutions, that should prevent situations in which a formal error in a court decision in the form of an incorrect description of a prohibited act results in need to issue an acquittal judgment.

Key words: indirect prohibition of “reformatio in peius”, completion by the court of a description of features of an act ascribed in a judgment, prerogative in proceedings.

Media społecznościowe jako źródło materiału dowodowego w sprawach karnych skarbowych dotyczących niezgłoszonej do opodatkowania działalności gospodarczej

Streszczenie. Opracowanie zostało poświęcone zagadnieniu pozyskiwania na gruncie procesu karnego w sprawach karnych skarbowych związanych z niezgłoszoną do opodatkowania działalnością gospodarczą informacji z mediów społecznościowych. Zobrazowano w nim szczególną wagę tego rodzaju informacji w walce z tzw. szarą strefą. Podjęto w nim próbę określenia charakteru i granic działań organów dochodzenia, jakie podejmują one na tej płaszczyźnie, a także odpowiedzi na pytanie, w jaki sposób działania te powinny być formalizowane na potrzeby dowodowego wykorzystania ich w postępowaniu karnym. Przeprowadzono w tym zakresie analizę przepisów prawa oraz poglądów wyrażanych w judykaturze i piśmiennictwie. Oparto się również na praktycznych doświadczeniach autora w tej materii.

Słowa kluczowe: postępowanie karne, sprawy karne skarbowe, media społecznościowe, niezarejestrowana działalność gospodarcza, dostęp do informacji, dowody cyfrowe, biały wywiad, szary wywiad

1. Uwagi wprowadzające

Szara strefa jest zjawiskiem, które było obecne w życiu człowieka, jest obecne i najprawdopodobniej będzie w zróżnicowanym natężeniu wy-

¹ Doktor nauk prawnych, funkcjonariusz KAS, wykładowca Wyższej Szkoły Administracji Publicznej w Ostrołęce, ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-1373-9440>.

stępowało nadal. Pomimo szeregu podejmowanych działań mających na celu uszczelnienie systemu podatkowego, należy zdawać sobie sprawę z tego, że obszar ich oddziaływania zawsze w większym lub mniejszym stopniu jest ograniczony. „Siła rażenia” zabiegów systemowych jest zdecydowanie największa w obszarach społeczno-gospodarczych, które już w jakimś stopniu są obecne w systemie i nie mogą do końca funkcjonować w oderwaniu od niego. Zdecydowanie mniejsza albo wręcz żadna będzie z kolei tam, gdzie aktywność zarobkowa ludzi wiąże się w znacznej mierze albo wyłącznie ze sferą życia prywatnego, nieoficjalnego, niewchodzącego w żadne interakcje z elementami systemowymi, takimi chociażby jak dofinansowania, ulgi i odliczenia podatkowe, czy obszar obowiązków na gruncie czegoś, co można byłoby określić mianem szeroko pojętego publicznego systemu ewidencyjno-rejestrowego. Brak jakiegokolwiek pomostu pomiędzy tymi dwiema sferami praktycznie czyni nieoficjalną aktywność zarobkową niepodatną na jakiekolwiek oddziaływanie systemowe. W dalszym ciągu zatem istotne pozostają zagadnienia związane z działalnością organów państwa polegającą na wykrywaniu i identyfikacji przejawów niezgłoszonej do opodatkowania działalności gospodarczej.

Od wielu już lat człowiekowi towarzyszy Internet, który stał się niezwykle ważnym narzędziem, stwarzającym organom państwa szereg możliwości na analizowanym polu. W ostatniej dekadzie zyskał on szczególnie na znaczeniu poprzez dynamiczny rozwój mediów społecznościowych. Świetnym przykładem może być tutaj jedna z platform internetowych, jaką jest portal Facebook, gdzie liczba użytkowników w 2020 roku przekroczyła 2,7 miliarda². Okazuje się, że media społecznościowe stanowią drzwi do świata prywatnego milionów ludzi, które dość często z własnej woli uchylają oni sami, niejednokrotnie bardzo szeroko. Tym samym stają się one sposobem dotarcia do wielu informacji o określonych osobach, w tym o ich nieoficjalnej aktywności gospodarczej. Waga takich informacji, pomimo ich odmiennego charakteru, przypomina niejednokrotnie tę, jaką przypisuje się od wielu

² P. Waszkiewicz, *Media społecznościowe w pracy organów ścigania. Nie tylko socmint* [w:] P. Waszkiewicz (red.), *Media społecznościowe w pracy organów ścigania*, Warszawa 2021, s. 8-9.

lat informacjom bankowym. Dynamiczny rozwój mechanizmów oraz instrumentów obrotu środkami płatniczymi doprowadził w przeszłości do masowego zerwania z archaicznymi sposobami gromadzenia i dysponowania pieniądzem. W efekcie przebieg ekonomicznego życia obywateli został wyrwany z „domowego zacisza”, a informacje o nim znalazły się w posiadaniu banków. Gromadzenie środków pieniężnych w oparciu o rachunki bankowe uczyniło je bardziej jawnym i pozostawiającym trwałe ślady jego przebiegu. W efekcie, informacje bankowe stały się niezwykle cennym źródłem danych dla organów państwa, w tym organów administracji skarbowej³. O ile jednak dostęp do tych informacji jest ograniczony przez instytucję tajemnicy bankowej, o tyle dane cyfrowe pozostawiane w sieci Internet są niezwykle łatwo dostępne, niejednokrotnie z poziomu zwykłego biurka i komputera, co w tym aspekcie zdaje się czynić je jeszcze bardziej godnymi uwagi.

Wspomniana łatwość dostępu nastrocza jednak w praktyce wielu problemów i wątpliwości co do procesowo akceptowalnego sposobu pozyskiwania wspomnianych danych i ich zabezpieczania. Pojawiają się też pytania co do granic działalności organów państwa przy pozyskiwaniu tego rodzaju informacji, w szczególności z uwagi na zasadniczo dość mocno sformalizowany charakter większości z wykonywanych przez nie czynności służbowych, podczas gdy dostęp do tych informacji nie wymaga jakiegoś specjalnego statusu podmiotu pozyskującego, czy oparcia się o jakąś zastrzeżoną dla organów państwa formułę procesową. Z reguły są one dostępne dla wszystkich.

Przedmiotowe zagadnienia, z uwagi na często istotną wartość tych danych z punktu widzenia działań w obszarze niezgłoszonej do opodatkowania działalności gospodarczej, wymagają wyjaśnienia, a wiedza w tym zakresie – odpowiedniego usystematyzowania.

2. Szara strefa – przejawy działalności w mediach społecznościowych

Choć w literaturze przedmiotu brak jest jednej uniwersalnej definicji „szarej strefy”, można w niej znaleźć cały szereg opisów wskazanego

³ P. Stolarski, *Przeszkody w dostępie do informacji bankowej*, Pr. i Pod. 2013, nr 8, s. 2.

zjawiska, które w wielu punktach są styczne, a zatem wyznaczają mniej lub bardziej spójny, powtarzający się katalog elementów tego pojęcia. Z uwagi na temat opracowania szczególne znaczenie mają definicje sformułowane w aspekcie fiskalnym. I tak szarą strefą określa się część działalności gospodarczej, która występuje w sposób niezarejestrowany i często nielegalny, bez opłacania należnych podatków i opłat na rzecz państwa⁴. Dość często podnosi się, że są to działania unikające rejestracji fiskalnej⁵. Brak przedmiotowej rejestracji może wiązać się z faktem, że dość często analizowane działania gospodarcze i źródła dochodów, na których bazują, pozostają poza oficjalnymi regulacjami rządowymi i podatkowymi oraz monitoringiem. Niezależnie od tego, ich niezarejestrowany charakter powoduje w konsekwencji, że przedmiotowa działalność zarobkowa nie jest deklarowana władzom publicznym⁶, prowadzona jest bez wnoszenia odpowiednich należności, w tym płacenia stosownych podatków⁷, a także mając nieewidencjonowany charakter, pozostaje poza kontrolą fiskalną aparatu państwa⁸. Czasami podkreśla się, że działalność w szarej strefie nie jest „legalnie biała” ani wyłącznie „nielegalnie czarna”, co wynika z faktu, że choć niewątpliwie przekracza granice legalności, to jednak nie zawsze staje się automatycznie działalnością nielegalną⁹. Chodzi tutaj jednak o pojęcie działalności nielegalnej, rozumianej jako działalność zabroniona przez prawo i zwalczana przez organy ścigania, czyli taka, której już sam przedmiot jest niedozwolony. Należy jednak zauważyć, że prowadzenie działalności gospodarczej w zakresie dozwolonym przez prawo, ale bez odpowiedniej formalizacji i zgłoszenia, w intencji jej ukrycia, samo w sobie staje się również nielegalne, bowiem wiąże się z odpowiedzialnością karną. Poza tym generuje kolejne aspekty nielegalności, bowiem wiąże

⁴ B. Czarny, *Podstawy ekonomii*, Warszawa 2011, s. 359.

⁵ M. Pasternak-Malicka, *Rola kodeksu karnego skarbowego i kontroli administracji skarbowej w walce z szarą strefą w funkcjonowaniu przedsiębiorstw*, ZNUSz 2012, nr 708, s. 73.

⁶ K. Pater, *Przyczyny pracy nierejestrowanej, jej skala, charakter oraz skutki społeczne*, Warszawa 2008, s. 22.

⁷ P. Gembicki, *Szara strefa w sektorze wyrobów akcyzowych*, Warszawa 2011, s. 4.

⁸ B. Hołyst, *Kryminologia*, Warszawa 1997, s. 323.

⁹ G. Mosiej, *Kryminologiczne i prawne aspekty zjawiska szarej strefy*, Prok. i Pr. 2016, nr 5, s. 142.

się najczęściej z uchylaniem się od opodatkowania¹⁰, co jest ewidentnie czynem niedozwolonym i może być nawet przestępstwem. Z tego punktu widzenia można stwierdzić, że w zasadzie każda działalność wykonywana w szarej strefie posiada charakter nielegalny.

Funkcjonowanie szarej strefy w sposób niezwykle negatywny wpływa na destrukcję życia społecznego, spadek poczucia sprawiedliwości społecznej, czy poziom zaufania obywateli do organów państwa. Podmioty nieplacące podatków korzystają przecież z szeregu usług publicznych finansowanych m.in. z tych podatków. Co więcej, poprzez ukrywanie faktycznej wysokości uzyskiwanych zarobków niejednokrotnie wypełniają kryterium dochodowe uprawniające je do korzystania z różnego rodzaju świadczeń socjalnych i chętnie je konsumują. Sytuacja taka nie tylko nie pozwala wytworzyć w społeczeństwie spójnego, jednolitego systemu norm i wartości w przestrzeni aktywności ekonomicznej, co zawsze w ostatecznym rozrachunku poczytywane jest za winę państwu, ale dodatkowo zmniejsza poważanie dla instytucji państwa jawiących się w tym wypadku jako nieradzące sobie w walce ze zjawiskami patologicznymi występującymi w przestrzeni społeczno-gospodarczej¹¹. Niektórzy autorzy dostrzegają co prawda pewne pozytywne aspekty szarej strefy, niekiedy nawet usprawiedliwiając określone skłonności jednostek w tym zakresie, wskazując na wzrost poziomu życia poszczególnych podmiotów, przekładający się na szeroko rozumiany dobrobyt narodowy, a także na przejaw naturalnego protestu przeciwko oficjalnej gospodarce, odzwierciedlającego krytykę pewnych jej cech, które dla niektórych grup społecznych są szkodliwe, a przez to nieakceptowalne¹². Wydaje się jednak, że nie mogą one zmienić jednoznacznie negatywnej oceny przedmiotowego zjawiska, zwłaszcza w państwach cywilizowanych i wysoko rozwiniętych. Nie można bowiem przecenić korzyści rozwojowo-ekonomicznych płynących z aktywności podejmowanej w gospodarce nieoficjalnej. Co do

¹⁰ Czynniki ciężarów podatkowych jest zresztą najczęściej głównym powodem podejmowania prawnie dozwolonej aktywności gospodarczej w przestrzeni nieoficjalnej.

¹¹ Zob. też G. Mosiej, *Kryminologiczne i prawne...*, s. 162.

¹² Zob. B. Mróz, *Gospodarka nieoficjalna w systemie ekonomicznym*, Warszawa 2002, s. 12-13.

zasady, nie jest znów tak, że ktoś, kto prowadzi działalność w szarej strefie, jest bogaty, a przenosząc się w obszar legalny, staje się biedny. Jeżeli ktoś ma poczucie, że tylko działanie nieoficjalne zapewnia mu jakikolwiek zysk, należałoby się raczej zastanowić, czy generalnie nie prowadzi biznesu z ekonomicznego punktu widzenia nieuzasadnionego¹³. Z kolei, co do buntu społecznego przeciwko pewnym cechom gospodarki oficjalnej, należy zdawać sobie sprawę z tego, że z reguły cechą tą jest obowiązek ponoszenia kosztów należności publiczno-prawnych, a ta jest dość często krytykowana tak długo, jak długo koszt ten wynosi więcej niż „zero”.

W wymiarze fiskalnym uosobieniem działalności w szarej strefie, co wynikało już z poczynionych wyżej uwag, jest działalność niezgłoszona do opodatkowania i to ten aspekt analizowanej aktywności ma wyłączone znaczenie w kontekście spraw karnych skarbowych. Choć oficjalnie sformułowanie to odnosi się do niezgłoszonej do opodatkowania działalności gospodarczej i w taki sposób posługuje się nim ustawodawca chociażby w art. 282c § 1 pkt 1 lit. d o.p., to należy pamiętać, że zgodnie z art. 3 pkt 9 o.p. ujmuje on pod tym pojęciem nie tylko działalność gospodarczą w rozumieniu przepisów pr. prz., ale również każdą inną działalność zarobkową wykonywaną we własnym imieniu i na własny lub cudzy rachunek, nawet gdy inne ustawy nie zaliczają tej działalności do działalności gospodarczej lub osoby wykonującej taką działalność do przedsiębiorców. W efekcie znamiona działalności w szarej strefie będzie również posiadać niezgłoszona do opodatkowania tzw. działalność nierejestrowana, o której mowa w art. 5 ust. 1 pr. prz., która zgodnie z tym przepisem nie stanowi działalności gospodarczej. W tym wypadku zatem decydujący nie będzie generalny brak rejestracji, która przecież nie ma tutaj miejsca, ale brak zgłoszenia dochodów z tego źródła do opodatkowania. Należy w tym miejscu zaznaczyć, że działalność niezgłoszona do opodatkowania może przyjmować dwie zasadnicze formuły. W klasycznej postaci będzie to całkowity brak zgłoszenia danego źródła dochodów i w efekcie niewiedza organów skarbowych w ogóle co do jego istnienia, co wiązać się

¹³ Oczywiście chodzi tutaj o działalność wykonywaną w legalnym zakresie.

będzie z penalizacją przewidzianą w art. 54 k.k.s., odnoszącym się do uchylania się od opodatkowania poprzez nieujawnianie właściwemu organowi przedmiotu lub podstawy opodatkowania lub niezłożenie deklaracji. Przejawem takiej działalności będzie jednak również oficjalne zgłoszenie źródła dochodów, ale ukrywanie rezultatów części działalności wykonywanej w ramach tego źródła, co skutkować będzie raczej podawaniem w swoich deklaracjach nieprawdy lub zatajaniem prawdy, o czym mowa w art. 56 k.k.s. W tym drugim wypadku będziemy mieli do czynienia z sytuacją, w której część działalności zarobkowej wykonywana jest oficjalnie, a druga część przenoszona jest w obręb szarej strefy. W efekcie dwa główne przejawy działalności w szarej strefie skutkujące uchylaniem się od opodatkowania polegać będą na braku zgłoszenia obowiązku podatkowego oraz deklarowaniu zaniżonej wysokości uzyskiwanych przychodów¹⁴.

Przechodząc do zasadniczego elementu tej części rozważań, należy stwierdzić, że obecny rozwój gospodarki elektronicznej, poprzez niemal nieograniczone rozszerzenie horyzontu aktywności podejmowanych przez ludzi na różnych płaszczyznach, stworzył również nowe możliwości działania podmiotom funkcjonującym w ramach gospodarki nieformalnej. Internet ponad wszelką wątpliwość sprzyja ekspansji gospodarki drugiego obiegu, stanowiąc tani i szybki kanał dystrybucji towarów i usług, pozwalając przy tym na zachowanie wysokiego stopnia anonimowości¹⁵. Jednym z elementów tej wirtualnej przestrzeni są oczywiście media społecznościowe, którym można jednak przypisać w analizowanej materii pewną specyfikę.

Pierwszym krokiem eksploracji przestrzeni wirtualnej przez organy administracji skarbowej już prawie dwie dekady temu były działania skierowane wobec portali aukcyjnych i sprzedażowych, takich chociażby jak bardzo popularna w Polsce platforma Allegro. Z całą

¹⁴ Więcej o aspektach podatkowych szarej strefy zob. M. Barszcz, *Szara strefa. Raport na temat najczęstszych oszustw podatkowych*, Warszawa 2010, s. 2-8.

¹⁵ Zob. G. Mosiej, *Kryminologiczne i prawne...*, s. 158 i przywołani przez niego B. Mróz, *Szara strefa w Internecie: tendencje i kierunki rozwoju*, Handel Wewnętrzny 2011, nr 3, s. 11-19; A. Borch, *Cyfrowe społeczeństwo w elektronicznej gospodarce*, Warszawa 2010, s. 33-34; J. Papińska-Kacper, *Spółeczeństwo informacyjne*, Warszawa 2008, s. 409-410.

pewnością przedmiotowy portal i jemu podobne były swoistym zagłębieniem podmiotów prowadzących nieoficjalne działalności handlowe lub ukrywających jakiś segment prowadzonej w sposób jawny działalności. Podmioty te, działając w przestrzeni wirtualnej, nie musiały wykonywać jej w oficjalnych, widocznych dla wszystkich w publicznej przestrzeni rzeczywistej miejscach, takich jak sklepy, stragany, czy inne punkty sprzedaży. W efekcie transakcje między nimi a ich klientami odbywały się oczywiście w klasycznym układzie dwustronnym, jednak korzystając z osłony sieci Internet, nie były w zasadzie widoczne dla nikogo innego poza stronami kontraktu. Nie można było obserwować ich w czasie rzeczywistym, tak jak ma to miejsce przy tradycyjnej formie handlu. Co więcej, podmioty te już na samej platformie ukrywały swoją tożsamość pod „płaszczem” tzw. nicku, przez co, przynajmniej w pierwszej fazie, pozostawały anonimowe również dla osób, które weszły na platformę i przeglądaly oferty dostępne z poziomu osób trzecich.

W przypadku portali społecznościowych, takich chociażby jak Facebook czy Instagram, należy zauważyć, że w odróżnieniu od platform sprzedażowych, co do zasady nie są one dedykowane wprost do e-handlu. Serwisy społecznościowe są serwisami internetowymi służącymi do budowania sieci oraz stosunków społecznych, opierających się na podobnych zainteresowaniach, wspólnym życiu zawodowym lub prywatnym, które umożliwiają m.in. dzielenie się informacjami czy zainteresowaniami¹⁶. Niemniej poprzez sieć powiązań i zdolność szerokiego upubliczniania określonych treści mogą one być i niejednokrotnie są wykorzystywane do zamieszczania ofert sprzedażowych. Wydaje się jednak, że w większym stopniu po prostu prezentują dokonania osób zamieszczających wpisy, zdjęcia i filmy, przez co stają się swoistym archiwum dokumentującym przejawy aktywności danego użytkownika, w tym jego aktywności zarobkowej. Stanowią w ten sposób pewne narzędzie marketingowe, które ma zaprezentować potencjalnym klientom zakres i jakość generowanego w ramach działalności danej osoby produktu, tak poprzez jego autoprezentację, jak i poprzez sieć

¹⁶ Hasło *Serwis społecznościowy*, [https://pl.wikipedia.org/wiki/Serwis_społecznościowy](https://pl.wikipedia.org/wiki/Serwis_spo%C5%82eczno%C5%9Bciowy) (dostęp: 10.06.2024 r.).

poleceń i opinii osób, które produkt nabyły lub miały go okazję widzieć. W rezultacie choć wprost nie rejestrują one tak jak platformy sprzedażowe dokonywanych transakcji, to poprzez pewne rozwiązania techniczne dostępne dla ich użytkowników, takie chociażby jak komentarze, mogą faktycznie je obrazować. Wypowiedź osoby komentującej może wskazywać bowiem na zakup określonego towaru lub usługi, do którego doszło między nią a użytkownikiem danego profilu w przestrzeni rzeczywistej. Mechanizm ten opiera się dość często na swoistej interakcji. Akcja użytkownika danego profilu, polegająca na zaprezentowaniu konkretnego zdarzenia związanego z wykonaną usługą, wywołuje reakcję ze strony usługobiorcy lub innej osoby uczestniczącej w przebiegu tej usługi, która zamieszcza stosowny komentarz lub chociażby prosty, zwyczajowo przyjęty w danej społeczności wyraz akceptacji czy uznania. Tym samym ślady pozostawione w mediach społecznościowych rzadziej dotyczą transakcji zawieranych za ich pośrednictwem, a zdecydowanie częściej odnoszą się do tradycyjnych kontraktów przeprowadzanych w przestrzeni rzeczywistej, w formach tradycyjnych. Efektem tego stanu rzeczy jest z pewnością brak możliwości pozyskania od administratorów portali społecznościowych szczegółowych, skondensowanych danych na temat dokonywanej przez dany podmiot sprzedaży, tak jak ma to miejsce w przypadku platform sprzedażowych. Z drugiej strony pewna przewaga mediów społecznościowych nad platformami sprzedażowymi związana jest z dwoma innymi zasadniczymi elementami. Po pierwsze, częściej dokumentują one sferę usług niedostępną praktycznie dla serwisów sprzedażowych odnoszących się głównie do obrotu towarowego, w tym, co ważne, strefę szeroko pojętych usług świadczonych dla konsumentów, tak ciężko uchwytnych dla organów państwa. Po drugie, formuła komunikacji i wzajemnego „współgzystowania” członków społeczności zrzeszonej wokół danego portalu społecznościowego umożliwia, bez uciekania się do jakichś szczególnych działań, ustalenie danych personalnych stron kontraktu oraz czasu i miejsca jego realizacji, a czasami nawet jego ceny.

W doktrynie wskazuje się na dwa zasadnicze sposoby ograniczania gospodarki nieformalnej niezależnie od wirtualnej czy rzeczywistej przestrzeni, w której funkcjonuje. Z jednej strony akcentuje się

istotną rolę oddziaływania systemowego poprzez generalną redukcję kosztów gospodarki oficjalnej polegającą w szczególności na ograniczaniu do minimum regulacji prawnych i ekonomicznych, w tym na zapewnianiu ich maksymalnej jasności i czytelności oraz jak najmniejszego stopnia złożoności systemu podatkowego, co pozytywnie wpływa na zmniejszenie skali i zakresu szarej strefy. Z drugiej strony podnosi się skuteczność i sprawność organów administracji publicznej w zakresie przeciwdziałania zjawiskom patologicznym¹⁷. W pierwszym przypadku dochodzi do zmniejszenia ogólnej potrzeby i skłonności do korzystania z „dobrodziejstw” szarej strefy, natomiast w drugim raczej do odstraszania od takiego modelu działania poprzez stworzenie poczucia nieuchronności przed wykryciem takiego procederu przez organy państwa i wyciągnięciem dotkliwych konsekwencji. Należy przy tym pamiętać, że o ile działania ogólnosystemowe mają oczywiście istotne znaczenie, to jednak czasami system, w tym system podatkowy, nie może być już mniej skomplikowany, co paradoksalnie wynika z konieczności przeciwdziałania skłonnościom określonych podmiotów do patologicznych aktywności. Poza tym oczekiwania samych ludzi co do zmniejszenia obciążeń i ograniczeń są zazwyczaj przesadne¹⁸. W rezultacie bardzo ważna jest efektywność działań organów państwa, którą na płaszczyźnie analizowanej w przedmiotowym opracowaniu determinować będzie zakres dostępu i możliwości procesowego wykorzystania materiałów pochodzących z mediów społecznościowych na gruncie prowadzonych dochodzeń.

3. Problem sformalizowanych ścieżek pozyskiwania dowodów cyfrowych z portali społecznościowych

Dość oczywista, formalna ścieżka dostępu do danych z portali społecznościowych wiedzie przez ich administratorów, czyli podmioty zewnętrzne przetwarzające treści tych danych w związku ze świadczo-

¹⁷ A. Kubiczek, *Gospodarka nieformalna jako wyraz zawodności państwa*, *Ekonomia i Prawo* 2010, nr 1, s. 364.

¹⁸ Oczekiwania wielu ludzi można przewrotnie zobrazować następującym stwierdzeniem: najlepiej, żeby podatku w ogóle nie było albo był niski i był pobierany od wszystkich, tylko nie ode mnie, bądź sfinansowany dotacją państwa.

nymi przez siebie usługami w Internecie, polegającymi na dostawie mediów społecznościowych. W literaturze przedmiotu wskazuje się, że można w tym celu skorzystać z przepisu art. 217 k.p.k. w przypadku pozyskiwania nośnika danych lub z art. 217 k.p.k. w zw. z art. 236a k.p.k., gdy żądanie dotyczy treści danych. Z uwagi na fakt, że mamy do czynienia z podmiotami świadczącymi usługi drogą elektroniczną, podstawa prawna może być rozszerzona dodatkowo o art. 18 ust. 6 świad.usł. elektr.¹⁹. Wchodzi tutaj zatem w grę instytucja wydania rzeczy mogącej stanowić dowód w sprawie, zastosowana wprost, gdy żądanie dotyczy nośnika danych cyfrowych lub pośrednio poprzez „zaszyty” we wspomnianym art. 236a k.p.k. mechanizm odpowiedniego zastosowania przepisów Rozdziału 25 k.p.k. do danych elektronicznych i ich dysponentów, w tym danych przechowywanych w systemie informatycznym, rozumianym jako zespół współpracujących ze sobą urządzeń, programów, procedur przetwarzania informacji i narzędzi programowych zastosowanych w celu ich przetwarzania²⁰. Wskazana dychotomia wiąże się z wyrażanym w doktrynie poglądem, zgodnie z którym dane elektroniczne nie są rzeczą²¹, co zresztą zdaje się mieć swoje odzwierciedlenie właśnie w wyodrębnionej przez ustawodawcę art. 236a k.p.k. Należy w tym miejscu zauważyć, że w przypadku informacji pozyskiwanych oficjalnie z mediów społecznościowych mówić będziemy bardziej o wydaniu danych elektronicznych niż o wydaniu rzeczy i nie zmienia tego fakt, że finalnie dane te, czy raczej ich kopia, zostaną przekazane organowi na konkretnym nośniku.

Wskazana formuła pozyskiwania danych działa w obszarze jurysdykcji krajowej. Problemem staje się na płaszczyźnie międzynarodowej. Jest on o tyle istotny, że większość najważniejszych graczy na rynku mediów społecznościowych, tj. administratorów najpopularniejszych portali, to podmioty zagraniczne. Zastosowanie znajdują tutaj zatem co do za-

¹⁹ P. Lewulis, *Gromadzenie i ocena dowodów cyfrowych w polskim postępowaniu karnym. Kluczowe wnioski z badań aktowych*, Prok. i Pr. 2022, nr 3, s. 132.

²⁰ J. Skorupka (red.), *Kodeks postępowania karnego. Komentarz*, Warszawa 2018, s. 530.

²¹ Na przykład K. Boratyńska, *Podsluch komputerowy – zagadnienia wybrane* [w:] E. W. Pływaczewski (red.), *Aktualne problemy prawa karnego i kryminologii*, Białystok 2005, s. 20.

sady dwie procedury współpracy w sferze międzynarodowej. Pierwsza, to europejski nakaz dochodzeniowy w sprawach karnych²², który jednak pomimo standaryzacji procesów współpracy i przyspieszania czasu ich realizacji ma ograniczone zastosowanie z uwagi na fakt, że siedziby wielu podmiotów świadczących usługi w analizowanym zakresie znajdują się poza obszarem Unii Europejskiej. Druga, to działanie w oparciu o system umów bilateralnych, tzw. MLAT (ang. *Mutual Legal Assistance Treaties*), który może swobodnie sięgać poza granice Europy, jednak również napotyka na szereg utrudnień i problemów. Wynika to z technicznego sposobu funkcjonowania operatorów mediów społecznościowych tworzących nawarstwiające się struktury wymykające się klasycznemu ujęciu jurysdykcji krajowych. Przetwarzane przez nich dane mają charakter mobilny i eksterytorialny, co wiąże się z przechowywaniem ich na serwerach znajdujących się w różnych krajach oraz z często dynamiczną zmianą ich lokalizacji podyktowaną przykładowo polityką zarządzania zasobami przyjętą przez konkretną korporację²³. Powoduje to w pierwszym rzędzie problem z identyfikacją właściwej władzy obcej, do której należałoby skierować stosowny wniosek w sprawie międzynarodowej pomocy prawnej oraz ustalenie właściwej jurysdykcji prawnej, w kontekście przesłanek, jakie muszą być spełnione dla skuteczności skierowanego wystąpienia. Niejednokrotnie skierowanie wniosku do kraju siedziby usługodawcy nie kończy się jego efektywną realizacją w danym państwie z uwagi na fakt, że poszukiwane dane przechowywane są w przestrzeni hostingowej innego kraju. Pewnym rozwiązaniem tego problemu na obszarze Stanów Zjednoczonych (USA) okazał się Cloud Act (ang. *Clarifying Lawful Overseas Use Data Act*), który nakazuje dostawcom usług łączności elektronicznej lub zdalnej usługi obliczeniowej zachowanie, tworzenie kopii zapasowych lub ujawnienie zawartości komunikacji przewodowej lub komunikacji elektronicznej oraz wszelkich zapisów lub innych informacji dotyczących klienta lub subskrybenta, która znajduje się w posiadaniu

²² Zob. Dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/41/UE z 3.04.2014 r. w sprawie europejskiego nakazu dochodzeniowego w sprawach karnych, Dz.Urz. UE L, s. 1-36.

²³ P. Opitek, *Wybrane aspekty pozyskiwania dowodów cyfrowych w sprawach karnych*, Prok. i Pr. 2018, nr 7-8, s. 66.

takiego dostawcy, pod jego opieką lub kontrolą, niezależnie od tego, czy taka komunikacja, zapis lub inne informacje znajdują się na obszarze Stanów Zjednoczonych czy też poza nim²⁴. Przedmiotowy akt ma o tyle doniosłe znaczenie, że zdecydowana większość dostawców mediów społecznościowych administrujących danymi, które znajdują się w kręgu zainteresowania organów ścigania, posiada swoje siedziby właśnie na terytorium Stanów Zjednoczonych. Dzięki wskazanym regulacjom droga do pozyskania dostępu do określonych informacji niezależnie od miejsca lokalizacji serwerów prowadzi do i kończy się zasadniczo na odpowiednich władzach Stanów Zjednoczonych. W praktyce okazuje się jednak, że duża część z kierowanych do nich wniosków w ogóle nie jest realizowana, a te rozpatrywane pozytywnie realizowane są po bardzo długim czasie²⁵, rodząc ryzyko udaremnienia działań organów ścigania kraju wnioskującego. Wiąże się to m.in. z bardzo wysokimi wymaganiami stawianymi przedmiotowym wnioskowi. Warto też zaakcentować inne ograniczenia skuteczności tego trybu pozyskiwania danych za pośrednictwem władz Stanów Zjednoczonych. Z uwagi na bardzo rygorystyczne podejście w tym kraju do prawa do prywatności, zakazuje się tzw. „trałowania” (ang. *fishing expeditions*), czyli przeszukiwania wielu miejsc w cyberprzestrzeni potencjalnie powiązanych z osobą sprawcy w celu sprawdzenia, czy wnioskowane dowody w ogóle istnieją. Nie można zatem przykładowo badać wszystkich kont należących do podejrzanego, założonych na różnych platformach społecznościowych, przypuszczając tylko, że na jednym z nich wygenerowano określone treści²⁶.

W rezultacie, mając na względzie wszystkie powyższe utrudnienia w zdobywaniu dowodów z mediów społecznościowych, organy ścigania dość często podejmują samodzielnie bezpośrednie czynności zmierzające do pozyskania i zabezpieczenia określonych treści²⁷. Po-

²⁴ Ibidem, s. 78.

²⁵ Ibidem, s. 74.

²⁶ P. Opitek, A. Choroszewska, *Uzyskiwanie dowodów cyfrowych z zagranicy w sprawach karnych – stan obecny i procedowane zmiany (część I)*, Prok. i Pr. 2020, nr 9, s. 130.

²⁷ Zob. też uwagi na temat działań służb w krajach, w których za zgodą sądu można prowadzić eksplorację zasobów cyfrowych w drodze przeszukania zdalnego P. Opitek, A. Choroszewska, *Uzyskiwanie dowodów cyfrowych z zagranicy w sprawach*

legają one w pierwszym rzędzie na przeszukaniu zdalnym zasobów cyfrowych, czyli użyciu linków zapisanych na przeszukiwanych i poddanych oględzinom komputerach, podłączonych do sieci Internet, oraz docieraniu w ten sposób za ich pośrednictwem do określonych danych dotyczących użytkowników tych komputerów niezależnie od lokalizacji serwera, na którym zostały zapisane. W drugiej kolejności wiążą się z bezpośrednimi oficjalnymi wystąpieniami do administratorów portali społecznościowych. Obydwa rodzaje działań, choć pragmatycznie celowe i uzasadnione, budzą jednak szereg wątpliwości, a czasem dość jednoznacznie oceniane są jako niezgodne z prawem sposoby omińnięcia oficjalnych procedur stosowanych w ramach międzynarodowej pomocy prawnej. Podnosi się, że zwłaszcza ta druga formuła może generować poważne ryzyko błędu, jakim obarczone będą tak pozyskane dane, a także ich nieweryfikowalności i w konsekwencji odrzucenia przez sąd w procesie karnym²⁸.

W kontekście tych ostatnich wątpliwości należy zauważyć, że w przypadku gromadzenia dowodów z mediów społecznościowych, dotyczących prowadzenia niezgłoszonej do opodatkowania działalności gospodarczej, zasygnalizowane problemy nie mają jednak aż tak dużego znaczenia, jak w przypadku klasycznej cyberprzestępczości. Rzadko kiedy potrzebny jest tutaj tak wysoki poziom wnikliwości i głębokości drenowania danych, jak w przypadku cyberprzestępstw, obejmujący takie informacje, jak czasy logowań, numery IP komputerów lub urządzeń, z których dokonywano połączeń. Dane tego rodzaju, mające bardzo precyzyjny charakter, są właściwe bardziej dla procesów karnych prowadzonych w sprawach złożonych przestępstw, takich jak przykładowo oszustwa i wyłudzenia dokonywane przy użyciu przestrzeni wirtualnej, gdzie sieć Internet staje się swoistym narzędziem przestępstwa, służącym dodatkowo zacieraniu śladów, a zatem pozyskanie od administratora platformy internetowej szczegółowych i bardzo precyzyjnych danych, związanych niekiedy z funkcjonowaniem samego systemu, na którym opiera się jej działanie, ma bardzo często kluczowe

karnych – stan obecny i procedowane zmiany (część II), Prok. i Pr. 2020, nr 10-11, s. 220.

²⁸ P. Opitek, *Wybrane aspekty...*, s. 68 i 75.

znaczenie. Teoretycznie brak skrupulatności na gruncie normatywnej prawidłowości gromadzenia materiału dowodowego we wspomnianym zakresie może wywoływać dotkliwe dla organów ścigania negatywne konsekwencje procesowe. Nieco inaczej rzecz ma się w obszarze deliktów skarbowych związanych z działalnością w szarej strefie, której przejawy odnotowywane są w mediach społecznościowych. W tym wypadku Internet, czy konkretnie określona platforma, nie stanowi narzędzia przestępstwa. Nie jest ono dokonywane za ich pośrednictwem. Natomiast w przestrzeni wirtualnej pozostają jedynie ślady aktywności podmiotów, z którą wiąże się przestępstwo skarbowe. W efekcie ślady te, choć posiadają niezwykle istotne znaczenie, dość często będą miały dowodowo jedynie charakter wstępny, nie do końca autonomiczny. Niejednokrotnie będą wyznaczały miejsca lokalizacji i kierunki poszukiwania dalszych dowodów, które będą potwierdzać okoliczności wynikające z określonych treści zamieszczanych w przestrzeni wirtualnej. Oznacza to, że korzystanie przez finansowe organy postępowania przygotowawczego z karkołomnych, oficjalnych procedur pozyskiwania danych cyfrowych z mediów społecznościowych w drodze międzynarodowej pomocy prawnej²⁹, czy też nawet bezpośrednio od ich operatorów, w rzeczywistości nie jest konieczne. Wystarczające okazują się mniej złożone i sformalizowane metody.

4. Pozyskiwanie informacji z mediów społecznościowych w drodze białego wywiadu

TK w wyroku z 30.07.2014 r.³⁰ stwierdził jednoznacznie, że ochronie konstytucyjnej na gruncie art. 49 oraz art. 51 Konstytucji podlegają takie komponenty prawa do prywatności, jak tajemnica komunikowania się oraz autonomia informacyjna. Tajemnica komunikowania się obejmuje poufność w przedmiocie faktu bycia adresatem określonych treści i przekazów, a także samej ich treści oraz danych uczestników procesu komunikowania się. Z kolei autonomia informacyjna oznacza m.in. wolność jednostki do decydowania o tym, czy, komu i jakie dane dotyczące

²⁹ Należy pamiętać, że w przypadku organów skarbowych proces ten jest jeszcze bardziej złożony, ponieważ co do zasady będzie wymagał udziału prokuratora.

³⁰ K 23/11, Legalis 994752.

swojej osoby ujawni³¹. Nie mają one oczywiście absolutnego charakteru i mogą ulegać przełamaniu, w tym w trybie niejawnym, jednak tylko w ściśle określonych ustawowo przypadkach, w których kształtowaniu ustawodawca powinien zachować przesłankę proporcjonalności wyróżniającą się takimi atrybutami, jak celowość, adekwatność i konieczność³². Wydaje się jednak, że w kontekście tak zarysowanego pojęcia autonomii informacyjnej przełamanie to nie jest w ogóle potrzebne w przypadku szeregu danych pozyskiwanych z mediów społecznościowych. Korzystanie z tych danych, opublikowanych przecież przez sam podmiot, którego one dotyczą, nie narusza tej autonomii. Pozyskujący je organ nie musi również posiadać żadnej wyraźnej podstawy prawnej do żądania udzielenia tych informacji przez inne podmioty, bowiem w ogóle nie musi do nich występować w obliczu powszechnego, swobodnego dostępu do tychże, jaki zagwarantował ich autor i dysponent.

Pozyskiwanie przedmiotowych informacji określa się mianem „białego wywiadu”. Biały wywiad nie jest pojęciem ustawowym, w związku z czym nie doczekał się skonkretyzowanej legalnej definicji. Liczne próby określenia w literaturze, czym przedmiotowa instytucja jest, kończą się zazwyczaj rezultatem, który pozostawia zawsze mniejsze lub większe wątpliwości. Dość często wskazuje się na działania zmierzające do pozyskania i wykorzystania jawnych informacji z tzw. źródeł otwartych³³. K. Mroziewicz pisze o analizie informacji z legalnie dostępnych źródeł³⁴. B. Sienkiewicz z kolei – o legalnym zdobywaniu informacji z przestrzeni publicznej³⁵. Obie te definicje nie są jednak wystarczająco precyzyjne, bowiem również na gruncie tzw. czarnego wywiadu, często zresztą słusznie przeciwstawianego białemu wywia-

³¹ B. Rodak, *Pozaprocesowe i procesowe uzyskiwanie danych internetowych*, Prok. i Pr. 2022, nr 10, s. 147-148.

³² Zob. rozważania w tym przedmiocie w kontekście instytucji zatrzymania rzeczy J. Skorupka (red.), *Kodeks postępowania karnego...*, s. 507.

³³ B. Stromczyński, P. Waszkiewicz, *Biały wywiad w praktyce organów ścigania na przykładzie wykorzystania serwisów społecznościowych*, Prok. i Pr. 2014, nr 5, s. 148.

³⁴ K. Mroziewicz, *Czas pluskiew*, Warszawa 2007, s. 334.

³⁵ Zob. T. Pączkowski, *Biały wywiad*, Katowice 2020, s. 6 i przywołany tam B. Sienkiewicz, *Historia pewnego złudzenia*, Przegląd Bezpieczeństwa Publicznego, Wydanie Specjalne. 20-lecie UOP/ABW, Warszawa 2010.

dowi, można zdobywać informacje w sposób legalny. Konieczne jednak w tym celu jest zajęcie określonych przesłanek ustawowych oraz zastosowanie konkretnych procedur, tak jak ma to miejsce na gruncie czynności operacyjno-rozpoznawczych³⁶. Ponadto w ramach czarnego wywiadu właściwego dla wspomnianych czynności operacyjno-rozpoznawczych pozyskuje się również informacje z przestrzeni publicznej, czego przykładem może być obserwacja oraz rejestracja obrazu i dźwięku w miejscach publicznych. Oczywiście niejednokrotnie czarny wywiad utożsamiany jest z nielegalnym zdobywaniem informacji, w tym w drodze działań wyczerpujących znamiona przestępstwa. Wiąże się to jednak z bardzo szerokim spojrzeniem na analizowane zagadnienie, wykraczającym daleko poza granice systemu prawnego. Wydaje się tymczasem, że z prawnego punktu widzenia powinno się na niego patrzeć w znacznie węższy sposób. W efekcie należałoby przyjąć, że stosowanie szczególnych technik pozyskiwania informacji w trybie niejawnym, zastrzeżonym dla ustawowo wskazanych organów państwa przez podmioty inne niż te organy nie powinno być określane mianem czarnego wywiadu, ale mianem pospolitego przestępstwa. Z kolei zdobywanie danych na gruncie działalności wąskiego katalogu służb powołanych do wykonywania czynności stricte wywiadowczych i kontrwywiadowczych w sferze bezpieczeństwa państwa, nie tylko na płaszczyźnie wewnętrznej, ale również, a może przede wszystkim, w aspekcie międzynarodowym, które nie wymaga żadnej legitymacji i pozostaje poza wiedzą organów ścigania czy organów wymiaru sprawiedliwości, odbywające się niejednokrotnie także w drodze włamań czy kradzieży, należałoby określać raczej mianem szpiegostwa i wyłączać poza nawias pojęcia czarnego wywiadu.

Bardziej trafnym kierunkiem poszukiwań właściwej definicji jest przeciwstawianie białego wywiadu czarnemu wywiadowi, oparte na charakterze zdobywanych informacji. Informacje pozyskiwane w drodze białego wywiadu będą miały charakter jawny, w odróżnieniu od

³⁶ Niezależnie od specyficznych technik pozyskiwania informacji, działania podejmowane w ramach czynności operacyjno-rozpoznawczych, wszczęte i prowadzone zgodnie z normującymi ich przebieg przepisami, mają charakter jak najbardziej legalny.

informacji pozyskiwanych na gruncie czarnego wywiadu. W obu przypadkach informacje te będą jednak zdobywane w sposób niejawny, a zatem poza wiedzą m.in. osoby, której dotyczą, przy czym w wypadku czarnego wywiadu odbywać się to będzie głównie z wykorzystaniem czynności operacyjno-rozpoznawczych³⁷. W ujęciu systemowym ten ostatni aspekt powinien mieć istotne znaczenie dla rozróżnienia obu form pozyskiwania danych. Akcentuje się, że informacje ze źródeł otwartych, pozyskiwane w ramach białego wywiadu, to informacje, które mogą zostać użyte w kontekście jawnym bez narażenia bezpieczeństwa państwa oraz źródeł i metod wywiadowczych³⁸. Wiąże się to z faktem, że te specyficzne metody wywiadowcze, zarezerwowane dla czynności operacyjno-rozpoznawczych, w białym wywiadzie w ogóle nie znajdują zastosowania. Biały wywiad, co wynika już z wcześniejszych stwierdzeń, opiera się na informacjach jawnoźródłowych, czyli informacjach obejmujących ciąg danych, pochodzących z jednego lub kilku jawnych źródeł, podlegających ewaluacji uwzględniającej czas publikacji oraz ich zawartość, w tym metadanych umożliwiających weryfikację źródła. Pochodzą one ze źródeł otwartych definiowanych jako podmiot lub przedmiot, umożliwiający poprzez posiadanie specyficznych walorów generowanie informacji w postaci, która pozwala na ich legalne i etyczne utrwalanie oraz przetwarzanie, przekazywanie lub gromadzenie³⁹.

Mając na względzie powyższe uwagi, stwierdzić należy, że wszystkie treści, w tym zdjęcia i nagrania audio-wideo, zamieszczane na upubliczniętych profilach w mediach społecznościowych mają charakter informacji jawnoźródłowych, a zatem mogą być pozyskiwane w drodze białego wywiadu. Nie zmienia tego fakt, że dość często w celu uzyskania dostępu do treści zamieszczanych na takich profilach niezbędne jest zostanie członkiem danej społeczności poprzez reje-

³⁷ Zob. też T. R. Aleksandrowicz, *Biały wywiad w walce z terroryzmem* [w:] K. Liedel, P. Piasecka (red.), *Rola mediów w przeciwdziałaniu terroryzmowi*, Warszawa 2009, s. 81.

³⁸ B. Stromczyński, P. Waszkiewicz, *Biały wywiad w praktyce organów...*, s. 149.

³⁹ K. Liedel, T. Serafin, *Otwarte źródła informacji w działalności wywiadowczej*, Warszawa 2011, s. 48-52.

stracę własnego profilu i zalogowanie się na portalu. Przedmiotowa rejestracja jest dostępna dla każdego, a członkostwo w danej społeczności nie jest w żaden sposób limitowane, co oznacza, że upublicznianie treści na swoim profilu i godzenie się na ich oglądanie przez wszystkich członków danej społeczności jest jednoznaczne ze zgodą na dostęp do nich każdego człowieka na świecie. Co ważne, publiczne są tutaj nie tylko treści zamieszczane przez samego użytkownika danego profilu, ale również treści zamieszczane na danym profilu przez innych użytkowników portalu społecznościowego, przejawiających aktywność na danym profilu, np. poprzez komentowanie określonych zdarzeń, zdjęć, filmów czy wypowiedzi jego „gospodarza”. Co więcej, treści te nie zawsze będą wprost widoczne. Przykładem mogą być wspomniane metadane, czyli informacje na temat upublicznionych danych, takie chociażby jak data i godzina wykonania zamieszczonego zdjęcia czy współrzędne geograficzne miejsca, gdzie zdjęcie zostało zrobione, które można pozyskać niejednokrotnie przy pomocy zwykłych wtyczek do przeglądarek internetowych⁴⁰.

Oczywiście należy pamiętać, że nie wszystkie treści zamieszczane w mediach społecznościowych muszą mieć charakter publiczny⁴¹. Mogą mieć one również status prywatny, co będzie miało miejsce na przykład w przypadku ograniczenia dostępu do nich do pewnej ściśle określonej grupy osób. W przypadku portalu Facebook grupą taką będzie grono osób mających status „znajomego”. W tej sytuacji możemy mówić o kategorii danych, do których dostęp jest już w pewnej mierze utrudniony i nieoczywisty, choć w dalszym ciągu dotarcie do nich pozostaje otwarte dla zainteresowanych osób, nieposiadających specjalnych uprawnień właściwych dla określonych organów państwa. Czynności zmierzające do zdobycia takich danych określa się dość często w literaturze szarym wywiadem, jako formą pośrednią między

⁴⁰ B. Stromczyński, P. Waszkiewicz, *Biały wywiad w praktyce organów...*, s. 154.

⁴¹ Zob. klasyfikacja treści zamieszczanych w sieci internet P. Waszkiewicz, S. Rabczuk, K. Worek, *Wykorzystanie mediów społecznościowych w postępowaniu cywilnym. Perspektywa badawcza* [w:] P. Ostaszewski, K. Buczkowski (red.), *Granice Prawa. Księga jubileuszowa Profesora Andrzeja Siemaszki*, Warszawa 2020, s. 766-767.

wywiadem białym a wywiadem czarnym⁴². Niektórzy autorzy wyodrębniają jego istnienie właśnie z uwagi na stopień dostępności określonych treści, wskazując, że teoretycznie są one dostępne dla ogółu społeczeństwa, ale dostęp ten jest ograniczony przez różne środki, tj. osoba zbierająca informacje musi skorzystać w celu ich zdobycia z dodatkowych środków finansowych lub ludzkich⁴³. Często akcentuje się, że formami szarego wywiadu są m.in. obserwacja, monitoring oraz wywiad środowiskowy, w związku z czym szary wywiad obejmuje nie tylko czynności śledcze czy kryminalistyczne, ale również działania o charakterze socjotechnicznym⁴⁴. W efekcie, próby dostania się do grupy znajomych użytkownika na portalu Facebook i dotarcia tym samym do treści udostępnianych tym osobom będą zazwyczaj wyczerpywać znamiona szarego wywiadu. Z całą pewnością będzie tak w przypadku posługiwania się w tym celu fałszywą tożsamością wykorzystywaną do aktywności w sieci⁴⁵. Niezależnie jednak od kwestii tożsamości, należy przypuszczać, że dostanie się do grona znajomych danego użytkownika nie będzie takie proste i oczywiste, a zatem będzie wymagało szeregu zabiegów socjotechnicznych, mających na celu poznanie go, przekonanie go do siebie, zdobycie jego zaufania. Zabiegi w tym zakresie, już z uwagi na towarzyszącą im rzeczywistą intencję, będą mieściły się w kategoriach podstępu, nie wspominając już o tym, że niejednokrotnie będą wymagać podawania nieprawdy czy publikowania fałszywych treści. W oczywisty sposób będą zatem wykraczać poza granice białego wywiadu. Naturalnie będą mogły być stosowane przez organy państwa, ale już w trybie specjalnych uprawnień i procedur operacyj-

⁴² B. Stromczyński, P. Waszkiewicz, *Biały wywiad w praktyce organów...*, s. 154-155.

⁴³ Zob. M. Tomaszewska-Michalak, *Prawne aspekty pozyskiwania informacji w Internecie*, *Studia Politologiczne* 2019, nr 54, s. 117; M. Kwieciński, *Wywiad gospodarczy w zarządzaniu przedsiębiorstwem*, Warszawa-Kraków 1999, s. 57-58; B. Saramak, *Wykorzystanie otwartych źródeł informacji w działalności wywiadowczej. Historia, praktyka, perspektywy*, Warszawa 2015, s. 17.

⁴⁴ P. Waszkiewicz, K. Bayer-Ryśkiewicz, J. Bitner, *Szary wywiad. Krytyczna analiza definicji pojęcia w literaturze polskiej oraz anglojęzycznej* [w:] P. Waszkiewicz (red.), *Media społecznościowe w pracy organów ścigania*, Warszawa 2021, s. 155.

⁴⁵ Tak samo B. Stromczyński, P. Waszkiewicz, *Biały wywiad w praktyce organów...*, s. 153-154. Przy tym należy zaznaczyć, że czymś zupełnie innym będzie posługiwanie się swoją autentyczną tożsamością lub niepełnymi czy nawet anonimowymi danymi.

nych. Nie będą zatem ogólnie i powszechnie dostępne, w tym również na gruncie działań organów ścigania w ramach postępowania karnego, a w szczególności finansowych organów postępowania przygotowawczego w sprawach niezgłoszonej do opodatkowania działalności gospodarczej.

W odniesieniu do tego ostatniego zagadnienia należy poruszyć jeszcze jeden problem. Jak należałoby ocenić dostęp do określonych treści za pośrednictwem przynależności do grupy znajomych danego użytkownika, uzyskanej w oparciu o autentyczne konto i tożsamość, bez specjalnych zabiegów, np. na zasadzie swoistego automatyzmu opartego na bezrefleksyjnej akceptacji zaproszeń do grona znajomych? W świetle podnoszonej już wcześniej autonomii informacyjnej jednostki, która stanowi nie tylko w Polsce, ale również w Europie ważny atrybut ochrony prawa do prywatności, należałoby stwierdzić, że skoro dany użytkownik portalu społecznościowego ujawnia pewne informacje jedynie swoim znajomym, to dotarcie do tej grupy przez osobę, która w rzeczywistości znajomym nie jest, a przynajmniej nie towarzyszy jej intencja bycia takim znajomym, a przez to również do tych informacji, mogłoby stanowić naruszenie prawa do prywatności. Oczywiście można byłoby próbować podnosić argument, że to sam użytkownik ostatecznie decyduje o dopuszczeniu danej osoby do grona znajomych, a tym samym do swoich treści, przeznaczonych wyłącznie dla wiedzy tej grupy. Niemniej jednak należy pamiętać, że przy podejmowaniu tej decyzji działa on w swoistym „stanie błędu”, w sprowokowanym działaniami osoby trzeciej fałszywym przeświadczeniu, że dana osoba posiada rzeczywiście atrybuty pozwalające w subiektywnym odczuciu użytkownika dopuścić ją do grona znajomych.

Podsumowując tę część rozważań, trzeba stwierdzić, że szereg informacji zamieszczanych w mediach społecznościowych, jako powszechnie dostępnych dla każdego, staje się ogólnie dostępny również dla organów państwa, które mogą do nich dotrzeć i pozyskać je w drodze czynności podejmowanych w ramach białego wywiadu, niewymagających wykonywania jakichś szczególnych zabiegów formalno-procesowych, co dotyczy również organów prowadzących dochodzenia w sprawach karnych skarbowych dotyczących niezgłoszonej do

opodatkowania działalności gospodarczej. Określone problemy na tym gruncie powstają dopiero na etapie dowodowej „transpozycji” wyników tych czynności.

5. Informacje z mediów społecznościowych jako dowód w postępowaniu karnym skarbowym

Informacjom jawnoźródłowym pochodzącym z serwisów społecznościowych przypisuje się w literaturze trzy zasadnicze funkcje: informacyjną, dowodową i poszlakową⁴⁶. Z uwagi na fakt, że sprawy podatkowe związane z niezgłoszoną do opodatkowania działalnością gospodarczą, w tym również w wymiarze karnym, będą toczyły się *post factum* i będą miały charakter wsteczny, zmierzający do odtworzenia stanów historycznych, funkcja informacyjna w swojej czystej postaci nie będzie odgrywać tutaj tak dużego znaczenia, jako wiązana raczej z możliwością przeciwdziałania czynom i zdarzeniom zapowiadany w mediach społecznościowych na przyszłość. Istotną rolę odgrywać będą tutaj jednak dwie pozostałe funkcje.

Posty zamieszczane na profilu przez użytkownika, opisujące wykonaną usługę czy wskazujące na rozpoczęcie jej świadczenia lub przygotowanie do niej danego dnia, ponad wszelką wątpliwość będą miały walor dowodowy, jako potwierdzające wystąpienie określonego zdarzenia w danej dacie. Praktykę użytkowników w tym zakresie doskonale widać na przykładzie profili zakładanych przez osoby świadczące profesjonalną obsługę muzyczną imprez okolicznościowych, takich jak wesela, chrzciny, urodziny, różnego rodzaju jubileusze, firmowe imprezy integracyjne czy bale sylwestrowe. Niejednokrotnie wpisom towarzyszą w tym przypadku zdjęcia z imprezy, a nawet krótkie nagrania audio-wideo. Bezcenny charakter mają wpisy innych użytkowników, zamieszczane pod danym postem, potwierdzające udział w danym zdarzeniu zarówno w roli uczestnika, osoby trzeciej, jak i zleceniodawcy. Wpisy te otwierają dalsze źródła pozyskania informacji na temat danego zdarzenia i towarzyszących mu okoliczności. Niejednokrotnie brak konkretnej daty wykonywanej usługi związanej przykładowo ze świadczeniem

⁴⁶ B. Stromczyński, P. Waszkiewicz, *Białe wywiad w praktyce organów...*, s. 160.

usługi muzycznej na weselu, w poście zamieszczonym na swoim profilu przez podmiot świadczący usługę, może zostać uzupełniony poprzez analizę profilu nowożeńców zamieszczających komentarz pod postem odnoszącym się do ich wesela, którzy tak istotne zdarzenie w swoim życiu niejednokrotnie oznaczają konkretną datą już nawet w podstawowych informacjach o sobie. Wpisy zamieszczane w związku z opublikowanym w mediach społecznościowych zdarzeniem związanym ze świadczoną usługą mogą mieć charakter dowodów bezpośrednich albo pośrednich wskazujących jedynie na kierunek dochodzeniowy, jaki należy przyjąć w celu dokonania dalszych ustaleń i zdobycia dowodów bezpośrednich. Użytkownicy portalu społecznościowego, z których wpisów wynika udział w danym zdarzeniu, niewątpliwie są świadkami, od których na przykład w drodze przesłuchania można uzyskać informacje na temat daty zdarzenia czy danych zleceniodawcy. Tego rodzaju dowody wkraczają także w obszar związany z funkcjonowaniem poszlak wynikających z treści zamieszczanych na portalu społecznościowym. Niektóre komentarze i wpisy użytkowników nie muszą wskazywać na konkretne zdarzenie związane ze świadczeniem określonej usługi, ale z uwagi na ich status mogą wskazywać na kierunki poszukiwań dowodów ewentualnych dalszych usług. Przykładem mogą być komentarze czy polecenia zamieszczane na profilu podmiotu świadczącego usługi muzyczne przez podmioty zajmujące się organizacją imprez okolicznościowych, mogące wskazywać na korzystanie z tych usług albo na ich świadczenie podczas imprez organizowanych przez dane podmioty. Mogą być to również zamieszczane ogłoszenia z ofertami sprzedaży, które nie są jeszcze dowodem dokonania sprzedaży, niemniej jednak z całą pewnością wskazują na taką możliwość. Specyficzną poszlaką, związaną ze sprawami dotyczącymi niezgłoszonej do opodatkowania działalności gospodarczej, są wpisy dotyczące pobytów rekreacyjnych w określonych miejscach, takich jak hotele czy ośrodki SPA, wskazujące na luksusowe wydatki czynione przez osoby nieposiadające oficjalnych źródeł dochodów. Informacje takie mogą stanowić później procesowy argument przemawiający za osiąganiem dochodów z niezgłoszonych źródeł, a także w wyniku odpowiedniej kooperacji z w/w hotelami czy ośrodkami mogą dostarczać danych na temat źródła, z którego pocho-

dziły środki na pokrycie danych wydatków, a przez to lokalizacji miejsca, w którym mogą być deponowane zasoby uzyskiwane w ramach niezarejestrowanej działalności zarobkowej.

Pierwszym problemowym zagadnieniem na gruncie procesowego wykorzystania treści zamieszczanych w serwisach społecznościowych, które należy wyjaśnić, jest techniczna metoda identyfikacji określonych treści w sieci Internet oraz ich przeglądania. Tak jak już zostało wskazane, nawet do upublicznionych w mediach społecznościowych treści dostęp uwarunkowany jest dość często posiadaniem statusu członka danej społeczności, a co za tym idzie, chcąc obejrzeć treści zamieszczane na profilu określonego użytkownika, należy zarejestrować na danym portalu swój profil (konto) i zalogować się na niego. Podstawowe pytanie, jakie pojawia się w tym momencie, to pytanie o to, kto na potrzeby czynności procesowych organu państwa ma prawo konto takie zarejestrować, a jeśli tak, to na jakie dane. Oczywiście jest, że konto takie może figurować oficjalnie jako konto danego organu czy jednostki budżetowej stanowiącej jego aparat wykonawczy, niemniej jednak oczywistym jest również, że sytuacja taka nie jest wskazana w kontekście potencjalnej skuteczności podejmowanych działań. Należy przy tym pamiętać, że przeglądanie danego profilu dość często nie jest tajemnicą dla jego użytkownika, a informacja o tym, że jego profil odwiedza użytkownik mniący się jako naczelnik konkretnego urzędu skarbowego czy naczelnik określonego urzędu celno-skarbowego może stanowić istotne ostrzeżenie i prowadzić do udaremnienia czynności organu. Zazwyczaj zatem konto takie będzie tworzone na dane pracownika lub funkcjonariusza działającego na rzecz organu i prowadzącego daną sprawę. Nic nie stoi na przeszkodzie, żeby wykorzystał on w tym celu swoje prywatnie użytkowane konto. Może również, co jest zdecydowanie bardziej wskazane z uwagi na požądane przy analizowanym typie spraw zachowanie anonimowości, utworzyć odrębne konto, wykorzystywane wyłącznie do działań służbowych. Należy w tym miejscu stwierdzić kategorycznie, iż fakt, że dana osoba działa w danym momencie służbowo, realizując kompetencje i uprawnienia danego organu państwa czy konkretnie organu dochodzenia, nie ma większego znaczenia z punktu widzenia możliwości służbowego wykorzystywania

kont czy profili utworzonych na dane tej osoby. To, że organy administracji publicznej nie mają fizycznej zdolności do wykonywania swoich kompetencji i zawsze działają w tym celu w pierwszym rzędzie przez osobę albo osoby fizyczne pełniące funkcję organu, a w dalszej kolejności przez urząd, rozumiany jako zespół pracowników przydzielony do pomocy organowi i powołany do jego merytorycznej i technicznej obsługi⁴⁷, nie jest niczym nadzwyczajnym. Co więcej, obsługa ta ma dalej idące konsekwencje. Organ korzysta przy tym z osobistych zdolności i predyspozycji danej osoby, ale co ważniejsze, z jej wizerunku, który nie ma przecież służbowego charakteru⁴⁸. W efekcie organy państwa na co dzień, nawet przy szeregu najprostszych czynności, wykorzystują prywatne oblicze obsługujących je pracowników i funkcjonariuszy. Nie ma zatem powodu, aby inaczej do tej kwestii podchodzić na gruncie czynności wykonywanych w wykorzystaniem sieci Internet.

Istotny problem na płaszczyźnie analizowanych zagadnień, w kontekście którego brak jest jednogłośności przedstawicieli doktryny, stanowi techniczny i prawny aspekt przeglądania, pozyskiwania oraz zabezpieczania dowodów cyfrowych w postaci treści zamieszczanych na portalach społecznościowych. Jak wskazuje się w literaturze, dowodem cyfrowym w szerokim ujęciu są wszelkie informacje o znaczeniu dowodowym dla toczącego się postępowania, które wynikają z danych binarnych przetwarzanych elektronicznie⁴⁹. Tak pojmowany dowód wiąże się z zagadnieniem cyfrowego zapisu danych polegającym na budowaniu uporządkowanych ciągów zer i jedynek kodujących dane w systemie dwójkowym, które po przetworzeniu i nadaniu im sensu przez odbiorcę generują określone komunikaty czy informacje⁵⁰. Zapis ten na określonych nośnikach dokonywany jest przy pomocy takich zjawisk, jak magnetyzm, półprzewodnictwo czy właściwości optyczne⁵¹. Stwierdzenie to ma niezwykle znacze-

⁴⁷ E. Ochendowski, *Prawo administracyjne. Część ogólna*, Toruń 2002, s. 218.

⁴⁸ Urzędnik czy funkcjonariusz nie posiadają na potrzeby wykonywania czynności służbowych czegoś w rodzaju dedykowanego dla tego rodzaju działań „surogata” kreującego ich osobny, urzędowy wizerunek w godzinach pracy.

⁴⁹ A. Lach, *Dowody elektroniczne w procesie karnym*, Toruń 2004, s. 30.

⁵⁰ P. Sienkiewicz, *Od abaków do maszyny ENIAC i Internetu*, Warszawa 2009, s. 9.

⁵¹ P. Lewulis, *Gromadzenie i ocena dowodów cyfrowych...*, s. 123 i przywołani tam M.

nie, bowiem potwierdza fizyczność danych, które stanowią konkretny element otaczającej nas przestrzeni⁵². To z kolei mogłoby stanowić podstawę do uznania ich za rzecz, którą można poddać oględzinom w rozumieniu art. 207 k.p.k. Nie jest to jednak takie oczywiste. Niektórzy autorzy, odnosząc się do kategorii podlegających oględzinom na gruncie tego przepisu, wskazują, że dane nie są zarówno rzeczą, jak i tym bardziej osobą czy miejscem, a zatem ciężko mówić o poddaniu ich oględzinom w oderwaniu od jakiegokolwiek nośnika, czyli w okolicznościach, do jakich dochodzi przy przeglądaniu treści w sieci Internet w trybie online. Co więcej, powołują się dodatkowo na treść art. 236a k.p.k., w którym ustawodawca stwierdza, że przepisy dotyczące przeszukania i zatrzymania rzeczy stosuje się odpowiednio wobec danych, co oznacza, że dla ustawodawcy nie mieszczą się one jednak w systemowym pojęciu rzeczy⁵³. Pomimo tego można spotkać również opinie dopuszczające przeprowadzenie oględzin strony internetowej, zaprotokołowanie takiej czynności oraz załączenie do protokołu wydruku strony⁵⁴. Należy przyznać, że podejście takie nie jest pozbawione logicznych podstaw. Strona internetowa to w końcu nic innego jak swoisty zbiór danych w postaci treści tekstowych oraz audiowizualnych, tworzony przez całe ciągi kodów binarnych, zlokalizowanych na określonych serwerach. Ostatecznie oględziny strony internetowej to nic innego, jak oględziny jakiegoś wycinka serwera, na którym ta została umieszczona. W procesie karnym za rzecz uważa się każdy przedmiot materialny mogący z racji swojego istnienia być śladem kryminalistycznym albo stanowić nośnik takich śladów⁵⁵. Co prawda w literaturze podnosi się czasami, że najważniejszym celem oględzin jest poznanie cech fizycznych poddanej im rzeczy, a nie jej

Niebrzydowska, R. Kotowski, *Wstęp do informatyki śledczej*, Przegląd Bezpieczeństwa Publicznego 2012, nr 6.

⁵² Owa fizyczność, podobnie jak w przypadku powietrza, jest tak samo oczywista, jak i mało dla nas dostrzegalna poprzez ograniczony zakres naszych zmysłów.

⁵³ P. Lewulis, *Gromadzenie i ocena dowodów cyfrowych...*, s. 128.

⁵⁴ Zob. J. Pogorzelski, *Wykorzystanie otwartych źródeł informacji w pracy prokuratora* [w:] W. Filipkowski, W. Mądrzejowski (red.), *Biały wywiad. Otwarte źródła informacji – wokół teorii i praktyki*, Warszawa 2012, s. 190.

⁵⁵ Zob. też J. Skorupka (red.), *Proces karny*, Warszawa 2018, s. 464.

treści intelektualnych⁵⁶. Z tego punktu widzenia należałoby przyznać, że szeroko pojęte zapisy w mediach społecznościowych interesują organ dochodzenia raczej z uwagi na swoje cechy intelektualne, a nie fizyczne. Z drugiej jednak strony, opisując cechy fizyczne danego przedmiotu, w tym jego wygląd, ciężko pominąć treść napisu, która na nim widnieje. W ten sposób można podchodzić do opisanie strony internetowej, traktując zamieszczone na niej treści i zdjęcia w kategorii cech fizycznych, niezależnie od faktu, że z punktu widzenia wyników dowodowych danej czynności procesowej treści te dla organu będą miały charakter nie tyle „napisu”, ile „komunikatu” co do określonych okoliczności mających znaczenie w sprawie.

W rozwiązywaniu przedstawionego powyżej dylematu z całą pewnością pomogłaby określona interwencja legislacyjna wprowadzająca odpowiednie regulacje odnoszące się wprost do gromadzenia dowodów cyfrowych na potrzeby postępowania karnego, której od wielu już lat domaga się bezskutecznie wielu przedstawicieli świata doktryny. Ostatecznie jednak należy zauważyć, że choć dylemat ten funkcjonuje w praktyce na etapie gromadzenia materiału dowodowego, to na szczęście wybór konkretnego sposobu jego rozwiązania, póki co zdaje się nie mieć poważniejszych konsekwencji, zwłaszcza tych negatywnych dla celów procesu karnego. Przeprowadzone badania naukowe wskazują na bardzo niejednorodną pragmatykę w przedmiocie gromadzenia przez organy ścigania dowodów cyfrowych pochodzących z sieci Internet⁵⁷. Czynności w tym zakresie są najczęściej protokolowane albo notowane. W przypadku protokolowania identyfikuje się je jako oględziny. Treści mające znaczenie dla sprawy są najczęściej gromadzone w formie wydruków. Czasami są zapisywane też na nośnikach danych. Zdarzają się również przypadki, w których znajdują swój wyraz wyłącznie w stwierdzeniach zawartych w protokole, nie będąc w żaden sposób utrwalane i zabezpieczane na potwierdzenie odnotowanych proto-

⁵⁶ E. Gruza, M. Goc, J. Moszczyński, *Kryminalistyka. Czyli o współczesnych metodach dowodzenia przestępstw*, Warszawa 2020, s. 274.

⁵⁷ Zob. P. Lewulis, *Gromadzenie i ocena dowodów cyfrowych...*, s. 142-149; M. Czekalska, K. Krawczyk, *Media społecznościowe jako narzędzie pracy polskiej policji. Wyniki badań kwestionariuszowych* [w:] P. Waszkiewicz (red.), *Media społecznościowe w pracy organów ścigania*, Warszawa 2021, s. 53-56.

kolarnie ustaleń. Pomimo tego, co do zasady sposób zabezpieczenia danych nie ma żadnego wpływu na odmówienie wiarygodności dowodowej zebranym materiałom, co według niektórych autorów wiązać się może z unikaniem przez sądy dokonywania jednoznacznych ocen dowodowych treści pozyskanych z sieci Internet, wynikającym z braku w polskim postępowaniu karnym standardów ich prezentacji i oceny⁵⁸. Niewątpliwie w stwierdzeniu tym jest wiele słuszności, choć można przypuszczać, że podejście sądów może wiązać się również z faktem, że dowody z mediów społecznościowych dość często nie są jedynymi dowodami w sprawie. Wpisując się i układając w jedną logiczną całość z resztą materiału dowodowego służącego odtworzeniu stanu faktycznego sprawy, w którym znajdują swoje potwierdzenie, są oceniane nie indywidualnie, ale łącznie, przez pryzmat całokształtu tego materiału, w ramach swobodnej oceny dowodów.

Ten ostatni element jest szczególnie dostrzegalny na płaszczyźnie spraw podatkowych. Jakkolwiekby nie podchodzić do procesowej prawidłowości pozyskania danych z platform społecznościowych, potwierdzających np. wykonanie podnoszonych już wcześniej usług obsługi muzycznej imprez okolicznościowych, to dotarcie w ten sposób do danych usługobiorców i tak będzie skutkować przeprowadzeniem dowodów z przesłuchania świadków. Ostatecznie zatem, choć rola dowodu cyfrowego będzie w tym przypadku nie do przecenienia, bezpośrednim dowodem potwierdzającym dany fakt będzie „konwencjonalny” dowód, co do którego stosowania nie ma większych wątpliwości, a regulacje prawne w klarowny sposób określają sposób jego przeprowadzenia i utrwalenia. Dowód pozyskany z serwisów społecznościowych zostaje w ten sposób wzmocniony i poparty innym dowodem, a nawet pomimo swojej kluczowej roli w dojściu do przebiegu danej okoliczności, schodzi procesowo na plan dalszy. W efekcie na plan dalszy schodzi również ocena proceduralnej prawidłowości jego zabezpieczenia, która nie może rzutować na wynik całego postępowania.

⁵⁸ P. Lewulis, *Media społecznościowe jako źródło materiału dowodowego w sprawach karnych. Wyniki wstępnego badania ankietowego przeprowadzonego wśród adwokatów i radców prawnych* [w:] P. Waszkiewicz (red.), *Media społecznościowe w postępowaniu karnym*, Warszawa 2022, s. 222-223.

W kontekście spraw podatkowych warto zwrócić uwagę na jeszcze jeden charakterystyczny element przedmiotowej materii. Na gruncie postępowań karnych skarbowych związanych z niezgłoszoną do opodatkowania działalnością gospodarczą dość często prowadzący postępowanie otrzymuje materiał pozyskany w toku kontroli podatkowej, postępowania podatkowego lub czynności analitycznych, a zatem czynności białego wywiadu są wykonywane na etapie poprzedzającym wszczęcie postępowania karnego. W efekcie, rozterki osoby prowadzącej postępowanie karne w przedmiocie procesowej „transpozycji” danych pochodzących z mediów społecznościowych są już znacznie mniejsze. W momencie kiedy otrzyma ona nośnik danych z zapisanymi treściami z sieci Internet, może swobodnie poddać je oględzinom i analizie, odpowiednio protokolując tę czynność.

Powyższe stwierdzenia nie oznaczają naturalnie, że dowody pozyskiwane z mediów społecznych czy generalnie z sieci Internet mogą być pozyskiwane jakkolwiek, dowolnie, niedbale, niechlujnie czy w oderwaniu od jakiegokolwiek logicznie poukładanej metodologii. Należy w tym miejscu kategorycznie opowiedzieć się za przyjęciem określonej systematyki opartej na pewnych zasadach, w tym przyjętych w kryminalistyce. Z uwagi na fakt, że materiały cyfrowe jako dowody rzeczowe są bardzo podatne na trudne do zweryfikowania zmiany i modyfikacje, zasadnym jest dążenie do takiego ich zabezpieczenia, analizy i prezentacji, aby zebrany materiał był odporny na zarzuty o manipulację⁵⁹. W rezultacie należy stwierdzić, że niezależnie od sporządzania wydruków czy dokonywania i zapisywania zrzutów stron internetowych, co jest oczywiście dość wygodną formą szybkiego, podręcznego dostępu do określonych treści nawet w trakcie prowadzonego postępowania na potrzeby innych czynności procesowych (np. dla okazania treści przesłuchiwanemu świadkowi), w pierwszym rzędzie należy dokonywać, tam gdzie to możliwe, zapisu witryn internetowych w formie cyfrowej, w formacie HTML stanowiącym hipertekstowy język znaczników, w oparciu o który tworzy się strony internetowe. Co więcej, należy bezwzględnie zgodzić się z autorami podkreślającymi wagę podstawowej zasady posługiwania się danymi cyfrowymi, zgodnie z którą

⁵⁹ P. Lewulis, *Media społecznościowe jako źródło...*, s. 212.

organ procesowy musi zawsze dysponować nienaruszonym „wzorcowym” egzemplarzem zabezpieczonych danych⁶⁰. Ma to duże znaczenie w kontekście pracy z zapisanymi plikami, która powinna odbywać się w oparciu o dodatkową kopię roboczą, tak by nie ryzykować utraty zapisanych danych w wyniku ich uszkodzenia na skutek wielokrotnego otwierania i przetwarzania, bądź uszkodzenia samego nośnika. Praca z plikami i analiza ich treści powinny naturalnie być protokołowane. Przy tym kategorycznie należy odrzucić praktykę polegającą na przeprowadzeniu oględzin strony internetowej i opisywaniu jej tylko w protokole z tej czynności bez dodatkowego informatycznego zabezpieczenia opisywanych treści dostępnych online. Z treści art. 207 § 2 k.p.k. wynika powinność utrwalenia stanu przedmiotu oględzin, jeżeli może on ulec przy badaniu zniszczeniu albo zniekształceniu. Na bazie tej reguły można wywieść generalną zasadność dodatkowego utrwalenia cech przedmiotu oględzin w sposób inny niż tylko za pomocą tekstu, w szczególności tam, gdzie istnieje określone prawdopodobieństwo unicestwienia w przyszłości tego przedmiotu w jego opisywanej formie lub postaci. Ryzyko wystąpienia takich okoliczności w tzw. „świecie wirtualnym” jest bardzo duże. Witryny internetowe mogą być likwidowane, a zawarte na nich dane – modyfikowane albo usuwane, w efekcie czego treści zaprotokołowane mogą w każdym momencie przestać mieć swoje odzwierciedlenie w rzeczywistości. Istotne jest zatem, niezależnie od stwierdzeń zawartych w protokole, załączenie do niego zapisanych na nośnikach danych plików, zdjęć, nagrań audio-wideo czy zrzutów ekranu. W kontekście oględzin należy też pamiętać o jeszcze jednej zasadniczej sprawie. Przyjmując dopuszczalność analizy strony internetowej w drodze oględzin, należy być konsekwentnym i dokumentować tę czynność w formie protokołu, a nie notatek urzędowych. Oględziny należą bowiem do grupy czynności, z których musi być sporządzony protokół, a zgodnie z art. 393 k.p.k. odczytywanie notatek z takich czynności jest zakazane⁶¹.

⁶⁰ P. Lewulis, *Gromadzenie i ocena dowodów cyfrowych...*, s. 125.

⁶¹ P. Waszkiewicz, H. Dębniak, S. Rabczuk, *Wybrane aspekty dopuszczalności dowodów pochodzących z mediów społecznościowych w postępowaniu karnym – ujęcie porównawcze* [w:] P. Waszkiewicz (red.), *Media społecznościowe w pracy organów ścigania*, Warszawa 2021, s. 117-118.

Na koniec warto chociaż krótko odnieść się do jeszcze jednej kwestii związanej z techniczną stroną pozyskiwania danych z serwisów społecznościowych, dotyczącej oprogramowania komputerowego. Naturalne i niebudzące większych wątpliwości jest korzystanie z przeglądarek internetowych, edytorów tekstów czy innych aplikacji stanowiących integralną część systemu operacyjnego, w jaki uzbrojona jest dana jednostka komputerowa. W praktyce pewne wątpliwości pojawiają się w przypadku konieczności zainstalowania dodatkowego oprogramowania niezbędnego na przykład do pobrania zamieszczanych na portalach materiałów audiowizualnych, czy też do możliwości dokonywania zrzutów całych stron internetowych niezależnie od zakresu treści wyświetlanego w danym momencie na ekranie. Należy w tej materii stwierdzić, że korzystanie z tego rodzaju aplikacji jest integralnym elementem białego wywiadu, zwłaszcza że duża część tego rodzaju programów jest dostępna nieodpłatnie w sieci Internet. Fakt, że używanie takiego oprogramowania będzie miało miejsce na płaszczyźnie działań organów państwa, nie ma większego znaczenia. Skoro są one dostępne nieodpłatnie dla wszystkich, to stają się również dostępne dla organów szeroko pojętej administracji publicznej. Ich pobranie i instalacja winny być jedynie dokonane z poszanowaniem zasad informatycznego bezpieczeństwa przewidzianych w danej instytucji.

6. Podsumowanie

Internet bardzo mocno zakorzenił się w naszym codziennym życiu. Większość ludzi na świecie w mniejszym lub większym stopniu korzysta z jego dobrodziejstw i jest w nim obecna. Konieczna, wobec tego, staje się obecność w tym świecie również organów państwa stojących na straży przestrzegania prawa. Nie jest to, jak to miało miejsce jeszcze kilka lat temu, jedynie postulat nadążania instytucji państwa za zmieniającą się wraz z postępem rzeczywistością, ale bezwzględna konieczność, warunek niezbędny dla poprawnej realizacji przypisanych tej instytucji zadań.

Cieężko też poza tą bezdyskusyjną powinnością nie dostrzec niepowtarzalnych szans, jakie dla skuteczności działania państwa two-

rzy coraz rozleglejsze funkcjonowanie człowieka w sieci. Szczególnym przykładem tych szans stają się portale społecznościowe, które „aktywowały” w ludziach skłonności do dzielenia się swoim życiem z innymi, w stopniu nieznanym do tej pory w przestrzeni pozawirtualnej. Tematem dla badań psychologicznych jest odpowiedź na pytanie, czemu człowiek jest w stanie upubliczniać dla milionów ludzi treści o sobie, które w normalnym stanie rzeczy ciężko byłoby mu wyznać wobec kilkudziesięciu ludzi obecnych na rynku miasta. Być może jest to w dalszym ciągu złudne poczucie zachowania dystansu i anonimowości w sieci, a być może, jak ma to miejsce w przypadku upublicznianych przejawów wykonywania niezgłoszonej do opodatkowania działalności gospodarczej, głębokie przekonanie co do zamknięcia się organów państwa w „zabetonowanych” urzędach i braku ich obecności w przestrzeni wirtualnej. Niezależnie od przyczyny takiego stanu rzeczy, dla organów państwa wystarczające jest jednak przyjęcie tego faktu jako wyznacznika naszej rzeczywistości i wykorzystanie go w codziennej pracy, zwłaszcza że otwiera on nowe możliwości w przeciwdziałaniu nieopodatkowanym aktywnościom gospodarczym i zarobkowym, związane m.in. z ujawnianiem działalności usługowej w sektorze usług świadczonych na rzecz osób „prywatnych”.

Należy stwierdzić w ślad za wieloma przedstawicielami doktryny, że otoczenie prawne z całą pewnością nie stoi na przeszkodzie dostępowi organów do przestrzeni wirtualnej w drodze tzw. białego wywiadu. Nie tylko dostęp do treści zamieszczanych w sieci Internet, ale również zabezpieczanie ich jako dowodów cyfrowych można zmieścić w obecnie istniejących formułach procesowych. Potwierdza to praktyka chociażby organów ścigania, ale również podejście sądów do przedmiotowego zagadnienia. Nie zmienia to faktu, że w literaturze istnieją określone wątpliwości na gruncie podejścia do procesowej „transpozycji” dowodów pozyskiwanych z Internetu, w tym z serwisów społecznościowych, wobec czego należałoby opowiedzieć się zdecydowanie za wysuwaniem już od wielu lat postulatem odrębnych uregulowań dotyczących pozyskiwania dowodów cyfrowych albo chociażby prerעדagowaniu obecnych regulacji z uwzględnieniem istnienia tego rodzaju dowodów, tak aby rozwiązać wszelkie wątpliwości co do możli-

wości stosowania określonych, znanych od lat instytucji procesowych, również w odniesieniu do nich.

Bibliografia:

1. T. R. Aleksandrowicz, *Biały wywiad w walce z terroryzmem* [w:] K. Liedel, P. Piasecka (red.), *Rola mediów w przeciwdziałaniu terroryzmowi*, Warszawa 2009.
2. M. Barszcz, *Szara strefa. Raport na temat najczęstszych oszustw podatkowych*, Warszawa 2010.
3. A. Borcuch, *Cyfrowe społeczeństwo w elektronicznej gospodarce*, Warszawa 2010.
4. B. Czarny, *Podstawy ekonomii*, Warszawa 2011.
5. W. Filipkowski, W. Mądrzejowski (red.), *Biały wywiad. Otwarte źródła informacji – wokół teorii i praktyki*, Warszawa 2012.
6. P. Gembicki, *Szara strefa w sektorze wyrobów akcyzowych*, Warszawa 2011.
7. E. Gruza, M. Goc, J. Moszczyński, *Kryminalistyka. Czyli o współczesnych metodach dowodzenia przestępstw*, Warszawa 2020.
8. B. Hołyst, *Kryminologia*, Warszawa 1997.
9. A. Kubiczek, *Gospodarka nieformalna jako wyraz zawodności państwa*, *Ekonomia i Prawo* 2010, nr 1.
10. M. Kwieciński, *Wywiad gospodarczy w zarządzaniu przedsiębiorstwem*, Warszawa-Kraków 1999.
11. A. Lach, *Dowody elektroniczne w procesie karnym*, Toruń 2004.
12. P. Lewulis, *Gromadzenie i ocena dowodów cyfrowych w polskim postępowaniu karnym. Kluczowe wnioski z badań aktowych*, *Prok. i Pr.* 2022, nr 3.
13. K. Liedel, T. Serafin, *Otwarte źródła informacji w działalności wywiadowczej*, Warszawa 2011.
14. G. Mosiej, *Kryminologiczne i prawne aspekty zjawiska szarej strefy*, *Prok. i Pr.* 2016, nr 5.

15. K. Mroziewicz, *Czas pluskiew*, Warszawa 2007.
16. B. Mróz, *Gospodarka nieoficjalna w systemie ekonomicznym*, Warszawa 2002.
17. B. Mróz, *Szara strefa w Internecie: tendencje i kierunki rozwoju*, Handel Wewnętrzny 2011, nr 3.
18. M. Niebrzydowska, R. Kotowski, *Wstęp do informatyki śledczej*, Przegląd Bezpieczeństwa Publicznego 2012, nr 6.
19. E. Ochendowski, *Prawo administracyjne. Część ogólna*, Toruń 2002.
20. P. Opitek, *Wybrane aspekty pozyskiwania dowodów cyfrowych w sprawach karnych*, Prok. i Pr. 2018, nr 7-8.
21. P. Opitek, A. Choroszevska, *Uzyskiwanie dowodów cyfrowych z zagranicy w sprawach karnych – stan obecny i procedowane zmiany (część I)*, Prok. i Pr. 2020, nr 9.
22. P. Opitek, A. Choroszevska, *Uzyskiwanie dowodów cyfrowych z zagranicy w sprawach karnych – stan obecny i procedowane zmiany (część II)*, Prok. i Pr. 2020, nr 10-11.
23. P. Ostaszewski, K. Buczkowski (red.), *Granice Prawa. Księga jubileuszowa Profesora Andrzeja Siemaszki*, Warszawa 2020.
24. J. Papińska-Kacper, *Spółeczeństwo informacyjne*, Warszawa 2008.
25. M. Pasternak-Malicka *Rola kodeksu karnego skarbowego i kontroli administracji skarbowej w walce z szarą strefą w funkcjonowaniu przedsiębiorstw*, ZNUSz 2012, nr 708.
26. K. Pater, *Przyczyny pracy nierejestrowanej, jej skala, charakter oraz skutki społeczne*, Warszawa 2008.
27. T. Pączkowski, *Biały wywiad*, Katowice 2020.
28. E. W. Pływaczewski (red.), *Aktualne problemy prawa karnego i kryminologii*, Białystok 2005.
29. B. Rodak, *Pozaprocesowe i procesowe uzyskiwanie danych internetowych*, Prok. i Pr. 2022, nr 10.

30. B. Saramak, *Wykorzystanie otwartych źródeł informacji w działalności wywiadowczej. Historia, praktyka, perspektywy*, Warszawa 2015.
31. P. Sienkiewicz, *Od abaków do maszyny ENIAC i Internetu*, Warszawa 2009.
32. J. Skorupka (red.), *Kodeks postępowania karnego. Komentarz*, Warszawa 2018.
33. J. Skorupka (red.), *Proces karny*, Warszawa 2018.
34. P. Stolarski, *Przeszkody w dostępie do informacji bankowej*, Pr. i Pod. 2013, nr 8.
35. B. Stromczyński, P. Waszkiewicz, *Biały wywiad w praktyce organów ścigania na przykładzie wykorzystania serwisów społecznościowych*, Prok. i Pr. 2014, nr 5.
36. M. Tomaszewska-Michalak, *Prawne aspekty pozyskiwania informacji w Internecie*, Studia Politologiczne 2019, nr 54.
37. P. Waszkiewicz (red.), *Media społecznościowe w postępowaniu karnym*, Warszawa 2022.
38. P. Waszkiewicz (red.), *Media społecznościowe w pracy organów ścigania*, Warszawa 2021.

Social Media as a Source of Evidence in Criminal Fiscal Cases Regarding Undeclared Business Activity

Abstract. The article is devoted to the issue of obtaining information from social media in criminal proceedings, in fiscal penal cases related to unreported business activity. It illustrates the particular importance of this type of information in the fight against the so-called “gray area”. An attempt was made to define the nature and limits of the activities of investigation bodies, that they undertake in this area, as well as to answer the question of, how these activities should be formalized for

the purposes of using them as evidence in criminal proceedings. In this respect, an analysis of legal provisions and views expressed in jurisprudence and literature was carried out. It was also based on the author's practical experience in this matter.

Key words: criminal proceedings, criminal fiscal cases, social media, unregistered business activity, access to information, digital evidence, white intelligence, gray intelligence.

Iluzje paranauk. Niedopuszczalność udziału „jasnowidza” w procesie karnym

Streszczenie. Artykuł podejmuje problematykę dopuszczalności wykorzystywania metod paranaukowych, w tym „jasnowidzenia”, jako źródeł dowodów w polskim postępowaniu karnym. Analizie poddano możliwość formalnego powołania „jasnowidza” do roli biegłego oraz zgodność takich praktyk z obowiązującymi przepisami, w szczególności zderzając je z zakresem pojęcia „wiadomości specjalnych” w rozumieniu Kodeksu postępowania karnego. Przedstawiono argumentację wykazującą, że „jasnowidzenie” nie spełnia kryteriów wymaganych dla metod naukowych i że nie ma wartości poznawczej. Głównym wnioskiem płynącym z tej analizy jest, że metody nieweryfikowalne i nieskuteczne, a taką metodą jest „jasnowidzenie”, nie mogą być stosowane w procedurze karnej. Powołanie biegłego mającego wykorzystywać taką metodę jest formalnie i merytorycznie niedopuszczalne, materiały powstałe w oparciu o takie metody powinny być uznane za nieprzydatne.

Słowa kluczowe: biegły, postępowanie karne, wiedza specjalna, jasnovidz, pseudonauka.

Wstęp

Niniejszy artykuł powstał w bezpośrednim nawiązaniu do opublikowanego w styczniu 2024 r. opracowania K. Borkowskiej dotyczącego udziału

¹ Doktor, adiunkt w Katedrze Kryminalistyki WPiA Uniwersytetu Warszawskiego.

² Doktor habilitowany, profesor w Katedrze Kryminalistyki WPiA Uniwersytetu Warszawskiego.

łu „jasnowidza”³ w postępowaniu karnym⁴. Przywołany tekst nie jest jednoznaczną apologią udziału „jasnowidza” w postępowaniu karnym, choć jest to w nim przedstawione jako kwestia „budząca kontrowersje” i zagadnienie, wokół którego poglądy w doktrynie nie są jednoznaczne. Praktycznym wnioskiem płynącym z tego artykułu jest uznanie, że na gruncie obowiązujących przepisów powołanie „jasnowidza” do opiniodawania w postępowaniu karnym jest formalnie dopuszczalne. W naszej ocenie jest to wniosek błędny, a celem niniejszego artykułu jest dostarczenie jasnego i merytorycznie uargumentowanego głosu w dyskusji. Co istotne, nie jest naszym zamiarem osobista krytyka innych autorów. Problem i argumenty przedstawione przez K. Borkowską przyjmujemy wyłącznie jako przedmiot własnych rozważań.

Niezupełnie prawdziwe jest przy tym stwierdzenie, że udział „jasnowidza” w polskim postępowaniu karnym jest sprawą ocenianą niejednoznacznie przez przedstawicieli nauki prawa karnego. Rzeczywiście, użycie metod paranaukowych (w tym parapsychologii czy „jasnowidzenia”) w procesie karnym ma swoich zwolenników także wśród pracowników naukowych⁵. Wydaje się jednak, że są to sporadyczne przypadki, mogące urastać do rangi budzących kontrowersje właśnie z powodu swojej niecodzienności. Komentarze wychodzące z pozycji *stricte* naukowych, w szczególności kryminalistycznych, są stosunkowo krótkie i stanowczo krytyczne⁶. Faktycznie jednak problematyka użycia

³ W celu jednoznacznego zdystansowania się wobec twierdzeń o możliwości tzw. jasnowidzenia przy jednoczesnym uwzględnieniu wymogów redakcyjnych (uniknięcia wielokrotnego powtarzania, że chodzi o osoby twierdzące, że posiadają umiejętność jasnowidzenia) w niniejszym tekście pojęcia „jasnowidz” i „jasnowidzenie” są zawarte w znaku cudzysłowu, poza przypadkami, kiedy jest to nazwa własna lub jej fragment oraz cytatów. Analogicznie w cudzysłów ujęto termin „wizja” w odniesieniu do aktywności paranormalnej mającej oznaczać pozazmysłowe widzenie na odległość lub kontaktowanie się ze zmarłymi.

⁴ K. Borkowska, *Jasnowidz w postępowaniu karnym*, Prok. i Pr. 2024/1, s. 137-153.

⁵ M. Lisiecki, *Wykorzystanie medium w pracy organów ścigania*, PP 1996/1, s. 41-63; K. Sławik, M.A. Wasilewska (red.), *Niekonwencjonalne metody rozpoznawczo-wykrywcze: materiały sympozjum naukowego Szczecin-Pobierowo, 24-26.04.2003 r.*, Szczecin 2003, s. 163; M.A. Wasilewska, *Percepcja pozazmysłowa jako niekonwencjonalna metoda w praktyce organów ścigania*, Szczecin 2006.

⁶ Zob. m.in.: J. Wójcikiewicz, *Niekonwencjonalne metody śledcze w polskiej kryminalistyce*, Problemy Współczesnej Kryminalistyki 2014, t. XVIII, s. 107-113; P. Waszkiewicz, *Bujda vs Nauka. You Shall not Pass!* [w:] K. Buczkowski i in. (red.), *Zmia-*

metod paranaukowych w procesie karnym po prostu dość rzadko pojawia się we współczesnym polskim piśmiennictwie prawniczym. Być może dla części przedstawicieli nauk prawnych, podobnie jak dla nas, temat ten nie prezentował się jako szczególnie atrakcyjny badawczo. Pytanie o możliwość udziału „jasnowidza” w procesie może sprawiać wrażenie stosunkowo oczywistego, niepozwalającego na wykonanie pogłębionej analizy realnego problemu w obszarze procesu karnego. Jednakże przywołany artykuł K. Borkowskiej, ale też niektóre inne publikacje utrzymane w zbliżonym tonie⁷, świadczą wyraźnie, że istnieje potrzeba pogłębienia rozważań na ten temat.

K. Borkowska dostrzegła trzy hipotetyczne ścieżki formalne dla udziału „jasnowidza” w procesie karnym: w roli biegłego, specjalisty albo jako uczestnika eksperymentu procesowego. W niniejszym artykule chcemy zawęzić pole rozważań przede wszystkim do kwestii powołania „jasnowidza” do pełnienia funkcji biegłego w postępowaniu karnym. Inne prawne lub faktyczne podstawy współpracy z takimi osobami będą rozważane jedynie pomocniczo.

W przedmiotowym artykule K. Borkowska wyraża pogląd o formalnej dopuszczalności powołania „jasnowidza” do opiniowania w roli biegłego w postępowaniu karnym. Czyni to pomimo słusznie dostrzeganej i sygnalizowanej przez siebie „nienaukowości” parapsychologii oraz akceptacji faktu, że dowody w procesie karnym „winny mieć charakter naukowy, tzn. dać się wartościować poznawczo i poddawać ro-

na i Kontrola. Społeczeństwo wobec przestępczości, Warszawa 2017, s. 279-302; D. Brzezińska, *Wykorzystanie biegłych z zakresu parapsychologii w postępowaniu karnym* [w:] I. Domina, Ł. Pilarz (red.), *Naukowa analiza zagadnień z zakresu bezpieczeństwa narodowego, kryminalistyki i kryminologii*, Lublin 2022, s. 132-148; J. Kluza, *Nienaukowe metody dowodzenia w procesie karnym*, Przegląd Europejskiej Kultury Prawnej 2018, t. 7, s. 18-28; M. Trzeciński, *Współczesne metody poszukiwań ukrytych zwłok*, Acta Universitatis Lodzensis. Folia Iuridica 2018, t. 83, s. 7-20; E. Gruza, *Niekonwencjonalne źródła informacji* [w:] J. Moszczyński, M. Goc, E. Gruza (red.), *Kryminalistyka, czyli o współczesnych metodach dowodzenia przestępstw*, Warszawa 2020, s. 126-131. Na łamach Prokuratury i Prawa została też opublikowana krótka polemika z artykułem K. Borkowskiej zbierająca syntetycznie argumenty przeciwko wykorzystaniu „wizji” lub pomocy „jasnowidzów” w postępowaniu karnym: J. Wójcikiewicz, *NIE dla jasnowidza w postępowaniu karnym! Polemika*, Prok. i Pr. 2024, nr 5.

⁷ D. Brzezińska, *Wykorzystanie biegłych...*, s. 132-148.

zumowemu uzasadnieniu”⁸. U podstaw takiego przedstawienia sytuacji zdaje się leżeć dorozumiane założenie, że parapsychologii (w tym „jasnowidzenia”) nie można „z góry” wykluczyć z zakresu narzędzi śledczych i dowodowych dostępnych w postępowaniu karnym, ponieważ „ustawa nie wyklucza rodzaju wiadomości specjalnych, na okoliczność których może wypowiadać się biegły”⁹. Temu założeniu towarzyszy też kolejne: że w dotychczasowej doktrynie i orzecznictwie nie wypracowano jednolitych stanowisk dotyczących wykorzystania narzędzi paranaukowych w procesie karnym. Potwierdzeniem tego mają być przykłady przeszłych postępowań, w których oficjalnie korzystano z pomocy „jasnowidza”¹⁰.

W oparciu o te założenia przeprowadzone są rozważania o możliwości udziału „jasnowidza” w procesie na gruncie konkretnych przepisów o instytucji biegłego, specjalisty czy o eksperymencie procesowym. Jednakże w naszej ocenie można stanowczo zakwestionować każde z tych założeń. W związku z tym nieprawidłowy będzie jakkolwiek wynikający z nich wniosek, w szczególności ten o dopuszczalności „opiniowania” przez „jasnowidza” w roli biegłego. Parapsychologia i „jasnowidzenie” są niedopuszczalnymi metodami dowodowymi w procesie karnym, a „jasnowidz” nie może zostać formalnie powołany do roli biegłego. „Jasnowidzenie” nie może bowiem stanowić wiedzy specjalnej w rozumieniu art. 193 k.p.k. w zw. z art. 7 k.p.k. Źródłem tej niedopuszczalności jest zaś nie tyle brak naukowego potwierdzenia skuteczności tych metod, ile ich naukowo potwierdzona nieskuteczność.

Błąd argumentu z precedensu

Polskiej kazuistyce rzeczywiście znane są przykłady oficjalnej współpracy „jasnowidzów” z organami postępowania karnego. Nie oznacza to jednak, że jest to praktyka prawidłowa. Chyba najgłośniejszym przykładem takiej współpracy było powołanie przez prokuratora Prokuratury

⁸ K. Borkowska, *Jasnowidz w postępowaniu karnym...*, s. 138. W bardzo podobny sposób pisze zresztą także D. Brzezińska, *Wykorzystanie biegłych...*, s. 132-148, o czym więcej w dalszej części niniejszego artykułu.

⁹ K. Borkowska, *Jasnowidz w postępowaniu karnym...*, s. 148.

¹⁰ Ibidem, s. 139-140.

Okręgowej w Katowicach, postanowieniem z 27 marca 2013 r., biegłego z zakresu parapsychologii – „jasnowidza” – w celu ustalenia miejsca pobytu osoby zaginionej (w sprawie o czyn z art. 151 k.k.)¹¹. Podjęta wtedy współpraca nie przyniosła jednak oczekiwanych rezultatów. Przykład ten jest szczególnie, ponieważ w tej sprawie doszło do formalnego powołania biegłego z zakresu „jasnowidzenia”. W doniesieniach medialnych nietrudno jednak odnaleźć informacje o wielu innych przykładach mniej formalnej współpracy między Policją a „jasnowidzem”¹².

Fundamentalnie błędne byłoby jednak przekonanie, że skoro organ procesowy w przeszłości powołał „jasnowidza” do opiniowania, to jest to działanie dopuszczalne na gruncie przepisów procedury karnej. Jest to rodzaj sofizmu opartego na nieprawidłowym założeniu, że zaakceptowanie jakiejś praktyki zastosowanej przez kogoś w przeszłości jest samo w sobie wystarczającym uzasadnieniem dla jej akceptacji czy kontynuacji.

Treść postanowień dowodowych jest stosunkowo często obarczona różnymi błędami, które stanowią przyczynę błędów opiniodawczych¹³. Ogólnie trzeba też pamiętać, że postanowienie o powołaniu biegłego nie podlega kontroli w postępowaniu zażaleniowym¹⁴. Powoduje to łącznie, że opinia (np. „biegłego jasnowidza”), którą zlecono, przygotowano i wykorzystano w postępowaniu przygotowawczym, może niekiedy podlegać krytycznej ocenie dopiero na późnym etapie postępowania sądowego albo wcale. Tym bardziej więc nie powinno dziwić, że w postępowaniu karnym zdarzają się na tym tle nieprawidłowości. Historia działań organów ścigania dostarcza zresztą różnych

¹¹ Gazeta.pl, *Prokuratura powołuje jasnowidza Jackowskiego jako biegłego. Pierwszy taki przypadek w Polsce?*, 28.05.2013, <https://wiadomosci.gazeta.pl/wiadomosci/7,114871,14000927,prokuratura-powoluje-jasnowidza-jackowskiego-jako-bieglego.html> (dostęp 4.04.2024 r.).

¹² Polsatnews.pl, *Policja przyznaje się do współpracy z jasnowidzem Krzysztofem Jackowskim. Pierwszy raz*, 15.05.2023, <https://www.polsatnews.pl/wiadomosc/2023-05-15/polska-policja-wspolpracuje-z-jasnowidzami/> (dostęp 4.09.2024 r.).

¹³ Zob. m.in.: S. Pawelec, *Wadliwość opinii biegłego w procesie karnym jako pochodna błędów zawartych w postanowieniu o jej dopuszczeniu*, Prok. i Pr. 2014, nr 4, s. 148-170.

¹⁴ P. Karasek, *Postępowanie odwoławcze wobec postanowienia o powołaniu biegłego w świetle zasad postępowania karnego* [w:] P. Czarnecki, M. Nowak (red.), *Postępowanie odwoławcze w znowelizowanym kodeksie postępowania karnego*, Kraków 2016, s. 260.

przykładów czynności podejmowanych z przekroczeniem zasad procesowych, czasami pomimo pozorów ich legalności.

Organom wymiaru sprawiedliwości zdarza się działać nieprawidłowo, a nawet nielegalnie. Fakt ten bywa dla niektórych szokujący, jednak tak naprawdę jest to sytuacja stosunkowo przewidywalna. Rzeczywistość postępowań karnych jest bardzo złożona, a funkcjonariusze i pracownicy instytucji wymiaru sprawiedliwości mogą popełniać błędy. Część z nich skutkuje przyjmowaniem błędnych wersji śledczych, niesłusznych oskarżeń i w efekcie niesłusznymi skazaniami¹⁵. W kontekście powoływania biegłych i opiniowania przez nich, zło jest najczęściej pochodną niekompetencji zlecniodawcy lub zleceńbiorki¹⁶. Istotne jest natomiast, aby zgodnie z zasadami logiki wnioskować o dopuszczalności konkretnych praktyk na podstawie wytycznych wiedzy teoretycznej, a nie odwrotnie. O tym, czy te wytyczne są prawidłowe, powinna przesądzać ich merytoryczna wartość, a nie popularność stosowanych rozwiązań.

W kontekście dopuszczalności powoływania „jasnowidzów” do opiniowania w postępowaniu karnym nie stanowi trafnego argumentu stwierdzenie, że Policja zwracała się o taką pomoc „wielokrotnie i z własnej inicjatywy”¹⁷. Bez znaczenia jest, że przez część policjantów konsultacja z „jasnowidzem” była traktowana jako bardziej uzasadniona niż badania poligraficzne¹⁸. Historyczne przypadki współpracy organów ścigania z „jasnowidzami” na jakimkolwiek etapie i w jakimkolwiek formalnym albo nieformalnym charakterze są bez znaczenia. Ocenę tego, czy taka praktyka jest prawidłowa w świetle zasad procesu karnego,

¹⁵ P. Waszkiewicz, *Niesłuszne skazania. Skala zjawiska i jego przyczyny w świetle wyników badań prowadzonych w Polsce i za granicą*, Warszawa 2024, s. 288.

¹⁶ J. Gurgul, *O wadliwości opinii biegłego w procesie karnym*, Prok. i Pr. 2015, nr 4, s. 102.

¹⁷ K. Janoszka, K. Jackowski, *Jasnowidz na policyjnym etacie*, Kraków 2018, s. 304. Nota bene zacytowana pozycja stanowi swoistą pochwałę korzystania ze wsparcia „jasnowidza” w działaniach śledczych, przy czym jeden z autorów jest policjantem, a drugi „jasnowidzem”.

¹⁸ B. Wieczorek, J. Bukowski, *Wygrać z jasnowidzem – o metodach wspomagania procesu wykrywczego*, 18.09.2015, <https://kujawsko-pomorska.policja.gov.pl/kb/dzialania-policji/kryminalist/aktualnosci/arciwmlb/2550,Wygrac-z-jasnowidzem-o-metodach-wspomagania-procesu-wykrywczego.html> (dostęp 24.03.2024 r.).

należy przeprowadzić przede wszystkim według kryteriów merytorycznych. Punktem wyjścia powinno być ustalenie, jaka jest rzeczywista wartość samego „jasnowidzenia” w praktyce. Następnie dopiero można rozważać, czy udział „jasnowidza” w procesie jest w jakimkolwiek stopniu uzasadniony i formalnie dopuszczalny. W dalszej części niniejszego artykułu przeprowadzimy gruntowną i przejrzystą analizę dostępnej wiedzy na temat faktycznej skuteczności „jasnowidzenia”. Następnie na tymże tle wykazemy formalną niedopuszczalność powołania „jasnowidza” jako biegłego.

Iluzoryczna wartość pseudonauk

Zjawiska paranormalne, w tym m.in. „jasnowidzenie”, wzbudzają duże zainteresowanie społeczne niezależnie od czasu i miejsca. Dotyczy to również społeczności badaczy, której przedstawiciele od co najmniej stu lat podejmują próby zweryfikowania twierdzeń o parapsychologicznych zdolnościach lub paranormalnych zjawiskach różnego typu. Badania mają za przedmiot twierdzenia np. o obecności sił nadprzyrodzonych w określonych domach, zdolności porozumiewania się ze zmarłymi, widzeniu na odległość¹⁹. Tematyki niniejszego artykułu dotyczy weryfikacja trafności „wizji” osób twierdzących, że mają zdolność przewidywania przyszłości, mentalnego podróżowania w czasie pozwalającego poznawać przebieg przeszłych zdarzeń lub widzenia na odległość bez pomocy percepcji zmysłowej, czyli „jasnowidzów” (ang. *medium*, *psychic* lub *clairvoyant*²⁰). Dlatego zostaną przedstawione wyniki badań dotyczących właśnie tego obszaru.

Najprawdopodobniej większość badań eksperymentalnych, zwłaszcza prowadzonych w pierwszej połowie XX wieku, ale także

¹⁹ S.A. Schouten, *An Overview of Quantitatively Evaluated Studies with Mediums and Psychics*, Journal of the American Society for Psychical Research 1994, nr 88 (3), s. 221-254.

²⁰ Zakres pojęciowy tych terminów przecina się. Część autorów wskazuje, że różnica pomiędzy *medium* a *psychic* ma polegać na wskazywanym przez nich źródle informacji wykorzystywanych do tworzenia „wizji”. U osób z pierwszej grupy mieliby to być zmarli. W drugiej grupie miałyby to być korzystanie z daru poznania posiadanego przez nielicznych, określanego czasem jako poznanie pozazmysłowe (ang. *extrasensory perception*, ESP). Zob. np. Ibidem, s. 223 i n.

w kolejnych dekadach, testujących trafność „wizji” osób twierdzących, że posiadają zdolność widzenia pozazmysłowego, wykorzystywało stosunkowo prostą metodologię. Polegała ona na sprawdzaniu, czy „jasnowidz” jest w stanie „zobaczyć”, bez używania do tego klasycznego poznania zmysłowego, jaka karta (ciąg kart) zostaje wylosowana. W przypadku kart klasyczne zmysłowe poznanie tego, co za obraz one przedstawiają, wykorzystuje wzrok. Wyniki tych eksperymentów wskazywały na to, że jeżeli oczekiwana jest konkretna odpowiedź (kolor i figura) oraz ograniczona albo wyeliminowana zostanie możliwość odgadywania wyniku na podstawie zachowania osoby odkrywającej kolejne karty, wówczas zdolność „pozazmysłowego zobaczenia” tego, co znajduje się po drugiej stronie karty, jest zbliżona do losowego wskazywania figur przez osoby nietwierdzące, że posiadają jakiegokolwiek paranormalne umiejętności lub dary²¹. Badania, w ramach których potwierdzano zdolności pozazmysłowego widzenia²², okazały się zawierać liczne błędy metodologiczne, jak m.in. wskazana możliwość odgadywania karty na podstawie zachowania osoby ją odkrywającej lub wręcz możliwość poznania figury na podstawie charakterystycznego dla tej konkretnej karty grzbietu (!)²³.

Znacznie rzadsze są badania dotyczące „wizji” w sprawach pozostających w kręgu zainteresowania organów ścigania. Między innymi dotyczy to poszukiwania osób zaginionych, w tym przypadków, kiedy zaginięcie jest przypisywane przestępczemu działaniu osób trzecich.

²¹ Zob. C. Wynn, A. Wiggins, *Quantum Leaps in the Wrong Direction: Where Real Science Ends...and Pseudoscience Begins*, Nowy Jork 2001, s. 116-117; S.A. Schouten, *An Overview...*, s. 221-254; E. Cardeña, *The Experimental Evidence for Parapsychological Phenomena: A review*, *American Psychologist* 2018, nr 73(5), s. 663-677.

²² Do najbardziej znanych oraz najczęściej cytowanych należą badania Josepha B. Rhine, zob. J.B. Rhine, J.G. Pratt, B.M. Smith, C.E. Stuart, *Extra-sensory Perception After Sixty Years*, Oxford 1940.

²³ Na błędy w metodologii badań J. Rhine zwracano uwagę już w latach trzydziestych XX wieku, m.in.: H. Gulliksen, *Extra-Sensory Perception: What Is It?*, *American Journal of Sociology* 1938, nr 4, s. 623-634. Badania niezawierające błędów metodologicznych prowadzone wówczas na czterech wydziałach psychologii, gdzie łączna liczba prób przekroczyła dwieście tysięcy, nie potwierdziły wystąpienia ESP, jak miało to miejsce w badaniach Rhinea. Zob. J. Jastrow, *ESP, House of Cards*, *The American Scholar* 1938, nr 1, s. 13-22.

Metody wykorzystywane w takich badaniach można podzielić na dwie grupy: badania eksperymentalne w warunkach kontrolowanych oraz analizę trafności „wizji” w sprawach, w których były one przygotowywane. W pierwszej grupie mieszczą się zarówno badania obejmujące wyłącznie osoby twierdzące, że posiadają umiejętność „jasnowidzenia”, jak również – w celu zapewnienia grupy kontrolnej – także osoby twierdzące, że żadnych umiejętności parapsychologicznych nie posiadają.

Prawdopodobnie dwa najbardziej znane badania eksperymentalne, w których udział wzięli „jasnowidze” współpracujący z Policją, zostały przeprowadzone na przełomie lat siedemdziesiątych i osiemdziesiątych XX wieku przez zespół psychologów Policji miasta Los Angeles (ang. *Los Angeles Police Department*, LAPD). W pierwszym badaniu uczestniczyło dwanaścioro „jasnowidzów” cieszących się wówczas opinią najlepszych w tym rejonie²⁴. Ośmiu trudniło się „jasnowidzeniem” „zawodowo”, czworo „hobbystycznie”. Każdy z nich otrzymał cztery zaklejone koperty. W każdej z kopert znajdowały się zabezpieczone ślady lub przedmioty dotyczące konkretnej sprawy kryminalnej. Dwie koperty dotyczyły spraw rozwiązanych, a dwie kolejne były w toku, przy czym w jednej z nich znano sprawcę²⁵. Biorący udział w badaniu „jasnowidze” mieli za zadanie przekazać swoje „wizje” dotyczące każdej ze spraw w dwóch turach: przed otwarciem koperty oraz po zapoznaniu się z jej zawartością. Ich wypowiedzi były nagrywane. Informacje zawarte w każdej z „wizji” zostały zakodowane, a następnie porównano ich zgodność ze stanem faktycznym. W celu zapewnienia jak najwyższej wiarygodności, badania były prowadzone w warunkach podwójnie ślepych, tzn. żaden z biorących w nim udział „jasnowidzów” ani żaden z mających kontakt z uczestnikami eksperymentatorów nie wiedzieli nic o żadnej ze spraw. Sprawy zostały wybrane przez pracownika LAPD niebędącego członkiem

²⁴ A. Seckel, *Sensing Just How to Help the Police*, Los Angeles Times, 16.11.1987, <https://www.latimes.com/archives/la-xpm-1987-11-16-me-14250-story.html> (dostęp 4.09.2024 r.).

²⁵ Pomimo niewykrycia sprawcy w jednej ze spraw we wszystkich znane były takie informacje jak m.in. czas i miejsce popełnienia danego czynu, jego charakter oraz osoba lub osoby pokrzywdzone.

zespołu badawczego. Przykładem charakterystycznej formy „wizji” była następująca wypowiedź „jasnowidza” po otrzymaniu koperty: *Widzę mężczyznę, czarnego. Słyszę krzyki, krzyki. Biegnę po schodach w górę i w dół. Moja głowa... ktoś uderza moją głowę o ścianę lub podłogę. Widzę drzewa – park? W mieście, ale zielono. Czy ta osoba tam mieszkała? Co oznacza liczba 2? Czuję nieprzyjemny smak krwi w moich ustach. Imiona John albo Joseph mają z tym jakiś związek. Biegnę po ulicy jak szalony. To jest bardzo poważne przestępstwo. Nie mogę trzymać koperty w ręku*²⁶.

Spośród 21 twierdzeń (faktów), które były znane w pierwszej sprawie, średnia liczba trafnych wskazań „jasnowidzów” wynosiła 4. Analogicznie w drugiej ze spraw, na 33 znane fakty średnia liczba trafnych twierdzeń wynosiła 1,9. Największa trafność dotyczyła określenia płci pokrzywdzonych i podejrzanych lub sprawców. Powtarzającym się w „wizjach” motywem był stosunkowo stereotypowy opis sprawy: ofiara to prostytutka, sprawca jest mężczyzną oraz jedno z nich albo obydwoje znajdowali się pod wpływem narkotyków²⁷. Większość „jasnowidzów” wskazywała na powiązanie spraw objętych badaniem ze sprawą tzw. *Dusiciela ze Wzgórz* (ang. *Hillside Strangler*), która to sprawa była nagłośniona w mediach w czasie poprzedzającym badanie. Żadna z tych spraw nie była jednak związana ze śledztwem dotyczącym tego sprawcy²⁸. Badaniu temu zarzucano pewne braki metodologiczne, np. to, że brak było grup kontrolnych (nie-„jasnowidzów”), że w ocenie trafności „wizji” nieuwzględnione zostały informacje nie dotyczące bezpośrednio sprawy tylko np. jej kontekstu oraz to,

²⁶ M. Reiser, L. Ludwig, S. Saxe, C. Wagner, *An Evaluation of the Use of Psychics in the Investigation of Major Crimes* [w:] M. Reiser (red.) *Police Psychology. Collected Papers*, Los Angeles 1982, s. 253.

²⁷ M. Reiser, L. Ludwig, S. Saxe, C. Wagner, *An Evaluation of the Use of Psychics in the Investigation of Major Crimes*, *Journal of Police Science & Administration* 1979, nr 1, s.18-25.

²⁸ Tak naprawdę sprawców, ponieważ informacja o tym, że za serię zabójstw odpowiada co najmniej dwóch sprawców była utajniona przed opinią publiczną przez prowadzących śledztwo. Zob. R. Lindsey, *Police on Coast Say They've Solved 10 of 13 "Hillside Strangler" Deaths*, *The New York Times* z 24.04.1979 r., <https://www.nytimes.com/1979/04/24/archives/police-on-coast-say-theyve-solved-10-of-13-hillside-strangler.html> (dostęp 4.09.2024 r.).

że taka sama wartość została przypisana błędnym odpowiedziom, co brakowi jakiegokolwiek odpowiedzi²⁹.

Drugi eksperyment przeprowadzony 3 lata później (1982) również przez psychologów związanych z LAPD był znacznie szerszy oraz posiadał dokładniej opracowaną metodologię. Wzięły w nim udział trzy różne grupy. Pierwszą stanowiły osoby twierdzące, że posiadają zdolność „jasnowidzenia” (12 osób). Dwie pozostałe składały się z osób, które twierdziły, że nie mają takich zdolności. Byli to detektywi z wydziału zabójstw (12 osób) oraz studenci (11 osób). W ramach tego badania zastosowano podobną procedurę jak w pierwszym badaniu LAPD, tzn. każdemu uczestnikowi przekazano cztery zaklejone koperty, z których każda zawierała jeden zabezpieczony w danej sprawie przedmiot³⁰. Podobnie jak poprzednio, dwie sprawy były rozwiązywane w chwili badania, a dwie kolejne znajdowały się w toku. Różnicą w stosunku do pierwszego z opisywanych badań było to, że wszystkie sprawy miały ten sam charakter – były to zabójstwa. Wszyscy uczestnicy zostali poinstruowani, żeby przekazać swoje intuicje lub odczucia dotyczące ofiary oraz sprawcy w każdej ze spraw przed otwarciem koperty oraz po jej otwarciu. Główną różnicą pomiędzy odpowiedziami udzielonymi przez osoby z poszczególnych grup była długość wypowiedzi dotycząca każdej sprawy. „Jasnowidze” podawali dziesięciokrotnie więcej informacji o każdej ze spraw niż detektywi oraz sześciokrotnie więcej niż studenci. Pomimo wielokrotnie dłuższej narracji, co statystycznie stwarza kilkukrotnie większą szansę na przypadkowe podanie informacji zgodnych ze stanem faktycznym, żadna z grup uczestniczących w badaniu nie wyróżniła się pod względem trafności odpowiedzi. Drugą różnicę stanowiła kategoryczność twierdzeń: „jasnowidze” używali znacznie częściej zwrotów takich jak: „widzę” czy „na pewno” w stosunku do opatrzonych zwrotami wyraża-

²⁹ A. Lyons, M. Truzzi, *The Blue Sense: Psychic Detectives and Crime*, Nowy Jork 1991, s. 314.

³⁰ Przedmioty, które były w kopertach to: bielizna, filcowy kapelusz, koszulka typu T-shirt oraz krawat. N. Klyver, M. Reiser, *Comparison of Psychics, Detectives, and Students in the Investigation of Major Crimes* [w:] M. Reiser (red.) *Police psychology: Collected papers*, Los Angeles, 1982, s. 262.

jącymi brak pewności lub kategoryczności wypowiedzi przedstawicieli dwóch pozostałych grup³¹.

Podobny do wykorzystanego przez psychologów z LAPD schemat badań użyty został do badań prowadzonych w 1994 r. na Uniwersytecie Hertfordshire w Wielkiej Brytanii. Różnice polegały głównie na dokładniejszym dopracowaniu metodologii, chociaż przy znacznie mniejszej skali (liczbie uczestników). W badaniach wzięło udział troje „jasnowidzów” oraz troje studentów psychologii z Uniwersytetu Hertfordshire. Każdy z trojga „jasnowidzów” zajmował się „zawodowo” „jasnowidzeniem”, przy czym jeden z nich cieszył się taką renomą, że lokalna Policja sprawdzała każdą „wizję”, z którą się zgłaszał³². Każdemu z uczestników badań indywidualnie pokazano po kolei trzy przedmioty. Każdy z tych przedmiotów był związany z jednym z przestępstw – stanowił dowód w danej sprawie. W celu umożliwienia oceny prawdziwości wszystkich twierdzeń uczestników wykorzystano dowody tylko ze spraw zakończonych wykryciem sprawcy (inaczej niż w badaniach LAPD). Po obejrzeniu każdego z przedmiotów uczestnicy zostali poproszeni o podzielenie się wszystkimi myślami, obrazami lub skojarzeniami, jakie przyszły im do głowy. Następnym etapem było przedstawienie uczestnikom 18 zdań. Każdej z trzech spraw dotyczyło 6 zdań (trafnych). Zawsze zdania trafne dla jednej sprawy były nietrafne dla dwóch pozostałych. Zdania te miały charakter idiosynkratyczny – zawierały szczegółowe informacje, odróżniające jedną sprawę od drugiej i mające zarazem potencjalnie duże znaczenie wykrywcze. Uczestnicy otrzymali polecenie, by przyporządkować do każdej ze spraw 6 według nich trafnych zdań z 18 zaprezentowanych. Wyniki tego badania w dużej mierze były zbieżne z wynikami badania LAPD. Przede wszystkim średnia liczba informacji pochodzących z pierwszej części („wizyjnej”) badania była prawie dwukrotnie większa w grupie „jasnowidzów” i wyno-

³¹ Ibidem, s. 262-266.

³² Autorzy badań potwierdzili, że nie była to wyłącznie część marketingu tego „jasnowidza”. Policja z Hertfordshire w bezpośredniej komunikacji z autorami potwierdziła, że w celu usprawnienia komunikacji z tym „jasnowidzem” został wyznaczony jeden z funkcjonariuszy. Zob. R. Wiseman, D. West, *An Experimental Test of Psychic Detection*, *The Police Journal* 1997, nr 1, s. 19-25.

siła 13 (w grupie studentów 7). Ich trafność była statystycznie nieistotna dla obu grup, chociaż średnia trafność twierdzeń studentów (5,63) była wyższa od twierdzeń „jasnowidzów” (3,83)³³. Podobnie różnica w liczbie wskazań informacji prawdziwej spośród 18 zdań dla poszczególnych spraw była statystycznie nieistotna pomiędzy grupami. Jednak również dla tej części badania studenci średnio (2,33 na 6) wypadli lepiej od „jasnowidzów” (2,09 na 6)³⁴. Interesującym elementem tego badania było jego zakończenie. Polegało ono na przekazaniu uczestnikom szczegółów dotyczących każdej ze spraw i poproszenie ich o komentarz. Każde z trojga studentów było zaskoczone jakkolwiek zgodnością fragmentów własnych twierdzeń ze stanem faktycznym. Z kolei „jasnowidze” – wbrew zaprezentowanym wynikom – jednogłośnie uznali, że ich „wizje” były niesłychanie zgodne z podanymi szczegółami spraw. Zwracali przy tym uwagę na te elementy, które wskazali właściwie, całkowicie pomijając w swojej narracji wskazania błędne. Stanowi to jedno z możliwych wytłumaczeń popularności twierdzeń o trafności „wizji jasnowidzów”. W dużej liczbie generowanych informacji niektóre mogą okazać się trafne, co zostaje uznane za „niezbity dowód” umiejętności „jasnowidzenia”. Równocześnie wszelkie wskazania błędne zostają pominięte albo zbagatelizowane. Natomiast w sytuacji dopytania o konkretne i oczywiste rozbieżności pomiędzy „wizją” a stanem faktycznym, pojawiają się wyjaśnienia, jak np. że *dostęp do niektórych informacji jest czasem niewystarczający*, co miało też miejsce w przypadku „jasnowidzów” biorących udział w prezentowanym badaniu³⁵. „Jasnowidze” mogą być autentycznie przekonani o swojej rzadkiej umiejętności, co może mieć związek z dosyć wybiórczym rejestrowaniem oraz zapamiętywaniem faktów. Jeden z biorących udział w badaniu „jasnowidzów” wkrótce po nim pochwalił się w programie telewizyjnym, że jego zdolności „jasnowidzenia” zostały potwierdzone przez naukowców z Uniwersytetu Hert-

³³ Oceny trafności twierdzeń dokonywali tzw. niezależni sędziowie, czyli osoby niezwiązane z projektem badawczym. Najpierw jeden z nich dokonywał pogrupowania twierdzeń uczestników badań, a następnie pozostała dwójka sędziów, niezależnie od siebie, oceniała ich zgodność ze szczegółowym opisem każdej z trzech spraw. Szczegółowa metodologia zob. R. Wiseman, D. West, *An Experimental Test...*, s. 22.

³⁴ Ibidem, s. 25.

³⁵ Ibidem, s. 23.

fordshire w badaniach laboratoryjnych. Informacja ta w oczywisty sposób była sprzeczna z wynikami tych badań, co prostowali prowadzący je naukowcy³⁶.

Badaniom laboratoryjnym „jasnowidze” często zarzucają, że są nieautentyczne, zaburzają funkcjonowanie ich „daru jasnowidzenia” lub że z tego „daru” nie można korzystać dla zabawy. Zazwyczaj te zarzuty pojawiają się *post factum*, czyli kiedy wynik danego badania nie potwierdza występowania umiejętności, o której posiadaniu są przekonane osoby biorące w nim udział. Dlatego druga grupa badań to wspomniana analiza retrospektywna trafności „wizji jasnowidzów”. W tym przypadku sprawdzane jest, czy i w jakim zakresie twierdzenia „jasnowidzów” dotyczące autentycznych spraw zgłaszane przez nich w toku śledztw były trafne. Dwie takie analizy zostały przeprowadzone w Holandii po głośnych medialnie uprowadzeniach.

Pierwszą z nich było porwanie prezesa koncernu piwowarskiego Heineken, Alfreda Heinekena, wraz z kierowcą Ab Dodererem – z 9 listopada 1983 r. Obaj zostali odnalezieni przez policję po 18 dniach po zapłaceniu wówczas najwyższego w historii Holandii okupu. W toku śledztwa prowadzący je funkcjonariusze policji otrzymali 112 wskazówek od „jasnowidzów”. Dwa lata później wszystkie zostały dokładnie przeanalizowane. Okazało się, że jedynie 3 spośród nich zawierały elementy bliskie faktycznym wydarzeniom, przy czym nie były to informacje, których ewentualne wykorzystanie ułatwiłoby prowadzenie śledztwa w tej sprawie³⁷.

Drugą sprawą było uprowadzenie 9 września 1989 r. zamożnego biznesmena, Gerrita J. Heijn. W tym przypadku jego odnalezienie (*de facto* jego ciała) zajęło 7 miesięcy, co przy jednoczesnym ustanowieniu wysokiej nagrody za przekazanie informacji mogących ułatwić jego odnalezienie, skutkowało ponad 1500 wskazaniem od „jasnowidzów”. Ponadto trzynaścioro „jasnowidzów” przeprowadziło pełne „wizje” dotyczące losu i miejsca pobytu Heijna. Pomimo tak dużej liczby oraz różnorodności przekazanych informacji, żadna z nich nie okaza-

³⁶ Ibidem, s. 23-24.

³⁷ J.G. Neu, *De waarde(loosheid) van spontane bijdragen van paragnosten: Een analyse van paranormale tips in de Heineken-affaire*, za: S.A. Schouten, *An Overview...*

ła się zbieżna ze stanem faktycznym. Najbliższa była „wizja” jednego z „jasnowidzów”, w ramach której narysowane zostało wzgórze, a na nim szubienica. Okazało się, że w odległości 12 kilometrów od miejsca ukrycia przez zabójcę zwłok Heijna było wzgórze noszące nazwę Wzgórza Szubienicznego (ang. *Gallows Hill*). Nie jest to jednak nazwa rzadka w Holandii, a szkicujący rysunek „jasnowidz” nie podał żadnych dodatkowych informacji mogących naprowadzić poszukiwania właśnie na to konkretne miejsce. Co więcej, żadna z „wizji” nie zawierała elementów kluczowych dla sprawy: tego, że porwania dokonała jedna osoba, a Heijn został zabity kilka godzin po porwaniu³⁸.

Przykładem znacznie szerszej analizy retrospektywnej trafności wskazań pochodzących od „jasnowidzów” jest raport Biura Koordynacji Służby Kryminalnej Komendy Głównej Policji (BKSK KGP) z 2000 r. BKSK KGP dokonało wówczas analizy przypadków wykorzystania informacji od „jasnowidzów” w poszukiwaniach osób zaginionych w latach 1994-1999. Została ona przeprowadzona na podstawie informacji przekazanych przez jednostki terenowe Policji, które zostały zobowiązane do podania wszystkich przypadków wykorzystania w działaniach poszukiwawczych informacji pochodzących od „jasnowidzów”. W okresie objętym badaniem funkcjonariusze Policji na terenie całej Polski wykorzystali informacje od „jasnowidzów” w poszukiwaniach 440 osób. Spośród nich odnaleziono czternaścioro zaginionych (zarówno żyjących, jak i zwłoki) w okolicznościach *ogólnie zgodnych* z informacjami udzielonymi przez „jasnowidzów”³⁹. Dokładna analiza akt tych spraw, w których okoliczności odnalezienia zaginionych były *ogólnie zgodne* ze wskazaniami „jasnowidzów”, doprowadziła do wniosku, że przynajmniej w trzech z nich miejsca znalezienia zwłok wydawały się od początku oczywiste, a jedynie w przypadku pięciu zaginionych informacje od „jasnowidza” okazały się przydatne i zgodne ze stanem faktycznym⁴⁰.

³⁸ J.L.F. Gerding, B. Millar, G.C. Molewijk, J.G. Neu, W. Voois, *Analyse van de paranormale tips in de ontvoeringszaak G.J. Heijn*, Tijdschrift voor Parapsychologie 1989, nr 57, za: S.A. Schouten, *Applied Parapsychology Studies of Psychics and Healers*, Journal of Scientific Exploration 1993, nr 4, s. 375-401.

³⁹ Raport Biura Koordynacji Służby Kryminalnej KGP, *Wykorzystanie informacji od jasnowidzów w poszukiwaniach osób zaginionych*, Warszawa 2000, s. 5.

⁴⁰ Ibidem, s. 5.

Autorzy raportu podsumowują efekty swoich badań w następujący sposób: *nawet uznając, że we wskazanych sprawach przedstawione wizje okazały się trafne, to stanowiły one 1,1% badanych przypadków, a wynik ten mieści się w granicach błędu statystycznego*⁴¹. W raporcie zwraca się też uwagę na to, że sprawdzanie informacji od „jasnowidzów” wiąże się z dużymi kosztami i postuluje rezygnację z tego, jak również zakaz finansowania „jasnowidzów” z funduszy Policji. Dopuszcza się jedynie traktowanie ich jak informatorów i płacenie wyłącznie za potwierdzone informacje, a nie za „wizje”⁴².

Na podstawie dostępnych wyników badań prowadzonych według transparentnej metodologii nie można w żadnej mierze potwierdzić występowania zdolności „jasnowidzenia”. Co więcej, zarówno na poziomie ogólnym, polegającym na pozazmysłowym odczytywaniu kart lub widzeniu pozazmysłowym przez ściany⁴³, jak i na tym konkretnie związanym z pracą organów ścigania, polegającym na wskazywaniu informacji dotyczących osób poszukiwanych, badania potwierdzają wręcz nietrafność wskazań „jasnowidzów”. Poza długością i mnogością informacji okazują się one zawierać mniej wskazań trafnych niż skojarzenia laików lub doświadczonych śledczych.

Formalna rola „jasnowidza” w postępowaniu karnym?

Przedstawione powyżej dane pozwalają nam jednoznacznie stwierdzić, że „jasnowidzenie” jest merytorycznie bezwartościowe w świetle dotychczasowej wiedzy naukowej. Kolejnym krokiem jest zatem ustalenie, czy w świetle obowiązujących przepisów procesowych dopuszczalne jest wydanie postanowienia o dopuszczeniu dowodu z opinii „biegłego jasnowidza”.

Trzeba przy tym oczywiście pamiętać, że w polskim systemie prawnym współistnieją pojęcia biegłego sądowego oraz biegłego. Stosownie do treści art. 195 k.p.k. należy przyjąć, że biegły sądowy jest osobą wpisaną na listę biegłych we właściwym sądzie okręgo-

⁴¹ Ibidem, s. 11.

⁴² Ibidem, s. 12.

⁴³ C. O’Keeffe, R. Wiseman, *Testing Alleged Mediumship: Methods and Results*, British Journal of Psychology 2005, nr 2, s. 165-179.

wym⁴⁴, zaś biegły jest pojęciem szerszym i obejmuje także osoby powołane do tej funkcji *ad hoc*. Do opiniowania może być też powołana instytucja naukowa lub specjalistyczna (art. 193 § 2 k.p.k.), ale i do niej odpowiednio stosuje się przepisy dotyczące „biegłych” (art. 193 § 2a k.p.k.). Wspólne dla wszystkich są warunki uzyskania statusu biegłego: posiadanie wiadomości specjalnych (jak wynika z art. 193 § 1 k.p.k.) oraz powołanie przez organ procesowy do wykonania odpowiednich czynności⁴⁵.

Ustawowy termin wiadomości specjalne nie ma jednak ustawowej definicji. Przyjmuje się, że są to wiadomości przekraczające wiedzę ogólnie dostępną w społeczeństwie w danej dziedzinie, gdzie miernikiem jest poziom wiedzy dorosłego człowieka o odpowiednim wykształceniu, doświadczeniu życiowym i zasobie wiedzy ogólnej⁴⁶. Wiadomości specjalne można więc rozumieć zgodnie z potocznym znaczeniem tych słów⁴⁷. Katalog specjalizacji wchodzących w zakres tego pojęcia jest otwarty i podlega ciągłej aktualizacji w miarę pojawiania się nowych obszarów działalności człowieka w różnych sektorach nauki, technologii, sztuki, rzemiosła i innych dziedzin umiejętności⁴⁸.

Zadanie biegłego powinno zostać skonkretyzowane w postanowieniu o jego powołaniu. Domyślnie biegli są powoływani do przeprowadzenia ekspertyzy i dostarczenia opinii, która wchodzi w poczet materiału dowodowego. Wobec biegłych opiniodawców zastosowanie ma szereg wymogów formalnych i merytorycznych, wynikających m.in. wprost z art. 200 k.p.k. Wówczas biegły staje się samodzielnym źródłem dowodowym⁴⁹. Nie ma jednak przeszkód, aby powołać biegłego do roli

⁴⁴ Reguły tworzenia i kontroli nad takimi listami w obecnym stanie prawnym wciąż są ustalone jedynie na poziomie rozporządzeniowym. Zob. Rozporządzenie Ministra Sprawiedliwości z 24.01.2005 r. w sprawie biegłych sądowych (Dz.U. nr 15 poz. 133).

⁴⁵ D. Wilk, *Biegły konsultant w procesie karnym*, Prok. i Pr. 2019, nr 7-8, s. 69; por. też.: T. Tomaszewski, *Dowód z opinii biegłego w procesie karnym*, Kraków 2000, s. 103.

⁴⁶ Wyrok SA w Warszawie z 30.01.2015 r., II AKa 238/14, LEX nr 1651984.; wyrok SN z 15.04.1976 r., II KR 48/76, OSNKW 1976, nr 10-11, poz. 133.

⁴⁷ J. Widacki (red.), *Kryminalistyka*, Warszawa 2018, s. 203.

⁴⁸ Zob. Rozporządzenie Ministra Sprawiedliwości z 24.01.2005 r. w sprawie biegłych sądowych, § 2.

⁴⁹ Zob. T. Tomaszewski, *Dowód z opinii...*, s. 9.

konsultanta, który udzielałby wskazówek organowi procesowemu⁵⁰ i brał udział w innych czynnościach dowodowych stosownie do treści art. 198 § 1b k.p.k. Różne możliwe formy prowadzenia takich konsultacji i ich podstawy prawne szczegółowo rozpiął i uzasadnił D. Wilk⁵¹. Natomiast warunek posiadania wiadomości specjalnych musi być spełniony przez daną osobę niezależnie od tego, czy ma zostać powołana do wydania opinii, czy w celach konsultacyjnych. Nie ma podstawy, aby przyjąć, że jakaś dziedzina specjalizacji może upoważniać daną osobę do pełnienia roli biegłego konsultanta, ale już nie do wydawania opinii. Jeśli dana osoba kwalifikuje się do roli konsultanta, to jest to równoznaczne z posiadaniem przez nią wiadomości specjalnych i zdolności do opiniowania w oparciu o nie. Rozpatrując to w kontekście „jasnowidzów” – jeśli zaakceptowalibyśmy, że „jasnowidz” posiada kwalifikacje pozwalające na jego powołanie jako biegłego konsultanta, to należy również uznać, że można go powołać do opiniowania i że dostarczona opinia „jasnowidza” może stanowić dowód w sprawie i podstawę wyrokowania.

Co więcej, jeżeli w sprawie zaistnieją istotne okoliczności, których stwierdzenie wymaga wiadomości specjalnych, zasięgnięcie opinii biegłego jest obowiązkowe. Przepis art. 193 § 1 k.p.k. wyraźnie bowiem wskazuje, że w takich sytuacjach opinii „zasięga się”⁵². Organ procesowy nie może wtedy pominąć dowodu z opinii biegłego⁵³. Jeżeliby zatem uznać, że jasnowidzenie należy do katalogu wiadomości specjalnych w rozumieniu tego przepisu, konsekwentnie należałoby również przyjąć, że mogłyby hipotetycznie zaistnieć takie okoliczności, w których zwrócenie się po pomoc do „jasnowidza” byłoby obowiązkiem organów ścigania. Ten wniosek jest oczywiście absurdalny, jednak ukazuje potencjalne konsekwencje włączenia paranauki do katalogu wiadomości specjalnych w postępowaniu karnym.

⁵⁰ J. Widacki (red.), *Kryminalistyka...*, s. 202.

⁵¹ D. Wilk, *Biegły konsultant w procesie karnym...*, s. 60-81.

⁵² T. Grzegorzczak, *Kodeks postępowania karnego, Komentarz*, t. 1, Artykuły 1-467, *Komentarz*, Warszawa 2014, s. 689.

⁵³ Wyroki SN: z 3.05.1982 r., I KR 319/81, LEX nr 1400161; z 1.04.1988 r., IV KR 281/87, OSNKW 1988, nr 9-10, poz. 69; z 2.03.2017 r., II KK 358/16, LEX nr 2259785.

Formalna dopuszczalność powołania „jasnowidza” do pełnienia roli biegłego w postępowaniu karnym (czy to do opiniowania, czy konsultacji) uzależniona jest więc w pierwszej kolejności od odpowiedzi na pytanie, czy jasnowidzenie, jako dyscyplina paranaukowa, może należeć do (otwartego wszak) katalogu wiadomości specjalnych w rozumieniu art. 193 § 1 k.p.k. Z takiego założenia zdaje się wychodzić m.in. K. Borkowska stwierdzając, częściowo oczywiście słusznie, że *ustawa nie wyklucza rodzaju wiadomości specjalnych, na okoliczność których może wypowiadać się biegły [...] ciężko polemizować z tym, że parapsycholog posiada – w pewnym zakresie – wiedzę szerszą niż przeciętny człowiek, a tym samym, że może ona stanowić wiadomości specjalne*⁵⁴. Podobny punkt widzenia przyjmuje też na przykład D. Brzezińska pisząc, że *osoba o zdolnościach parapsychicznych jest w stanie formalnie spełnić kryteria stawiane biegłym sądowym i specjalistom przez aktualne przepisy prawa; formalnie jasnowidz mógłby zostać powołany na biegłego*⁵⁵. Jednocześnie w tych samych opracowaniach bardzo trafnie dostrzega się, że *brak jest możliwości zweryfikowania metodyki działania jasnowidza, charakter jego pracy jest niemierzalny, a parapsychologia nie jest dziedziną nauki*⁵⁶ oraz, że efektywność „jasnowidzenia” jako metody *nie jest wystarczająca dla postępowania karnego, tym samym biegli sądowi lub specjaliści z zakresu parapsychologii nie dają rękojmi prawidłowego wykonania obowiązków*⁵⁷.

W zacytowanych fragmentach ujawnia się wyraźna wewnętrzna sprzeczność: z jednej strony postuluje się dopuszczalność formalnego powołania biegłego „jasnowidza”, z drugiej zaś zauważa się merytoryczną bezsensowność takiego działania. To prawda, że „jasnowidzenia” nie obejmuje wprost żaden zakaz dowodowy⁵⁸ oraz że katalog

⁵⁴ K. Borkowska, *Jasnowidz w postępowaniu karnym...*, s. 148.

⁵⁵ D. Brzezińska, *Wybrane metody wykrywczyste stosowane w procesach poszlakowych o zabójstwo*, Biuletyn Polskiego Towarzystwa Kryminologicznego im. prof. Stanisława Batawii, 2022, nr 29, s. 154; D. Brzezińska, *Wykorzystanie biegłych z zakresu parapsychologii w postępowaniu karnym...*, s. 140.

⁵⁶ K. Borkowska, *Jasnowidz w postępowaniu karnym...*, s. 148.

⁵⁷ D. Brzezińska, *Wykorzystanie biegłych z zakresu parapsychologii w postępowaniu karnym...*, s. 142.

⁵⁸ D. Brzezińska, *Wybrane metody wykrywczyste stosowane w procesach poszlakowych o zabójstwo...*, s. 153.

rodzajów wiadomości specjalnych, na okoliczność których może się wypowiadać biegły, jest otwarty⁵⁹. Nie implikuje to jednak możliwości zakwalifikowania każdego rodzaju działalności człowieka jako wiadomości specjalnych⁶⁰. Rozwiązanie omawianej sprzeczności mogłoby polegać na przyjęciu, że „jasnowidz” nie może zostać formalnie powołany na biegłego, ponieważ „jasnowidzenie” nie mieści się w zakresie wiadomości specjalnych w rozumieniu art. 193 § 1 k.p.k.

Za takim stanowiskiem przemawia przede wszystkim argument wypływający ze skodyfikowanych zasad współczesnego procesu karnego. Naczelnymi zasadami w naszym systemie są obowiązek formułowania rozstrzygnięć na podstawie prawdziwych ustaleń faktycznych (art. 2 § 2 k.p.k.) oraz dokonywania oceny materiału dowodowego z uwzględnieniem zasad prawidłowego rozumowania, wskazań wiedzy i zgodnie z doświadczeniem życiowym (art. 7 k.p.k.). Biegli zachowują oczywiście pełną niezależność w doborze wykorzystywanych metod, jednak ich opinie podlegają kontroli i ocenie organu procesowego, tak jak wszystkie inne dowody⁶¹. Problem oceny stosowanych przez biegłego metod ujawnia się w szczególności w przypadku metod nowych i nie do końca sprawdzonych⁶². Tymczasem każda metoda była kiedyś „tą nową” i po raz pierwszy użytą oraz podlegającą weryfikacji merytorycznej – dotyczy to w równym stopniu daktyloskopii w końcu XIX wieku, jak i genetyki sądowej w wieku XX. Niestety, na co zwracano już wielokrotnie uwagę w przeszłości⁶³, w Polsce nie istnieją skonkretyzowane i generalne kryteria dopuszczalności nowych metod pracy

⁵⁹ K. Borkowska, *Jasnowidz w postępowaniu karnym...*, s. 148.

⁶⁰ Na przykład nie należy do nich wiedza z zakresu prawa, chyba że chodzi o prawo obce. M. Kurowski, *Komentarz do art. 193 [w:] D. Świecki (red.), Kodeks postępowania karnego. Komentarz*, t. 1, Artykuły 1-424, Warszawa 2024, s. 726.

⁶¹ Postanowienie SN z 25.06.2003 r., IV KK 8/03, LEX nr 80290.

⁶² T. Tomaszewski, *Dowód z opinii biegłego w procesie karnym...*, s. 121; J. Studzińska, J. Dzierżanowska, *Kryteria oceny dowodu z opinii biegłego w orzecznictwie sądów powszechnych i Sądu Najwyższego*, *Roczniki Nauk Prawnych* 2015, t. 25 nr 2, s. 21.

⁶³ T. Tomaszewski, *Dowód z opinii biegłego w procesie karnym...*, s. 122; B. Grabowska-Moroz, A. Pietryka, M. Wolny, *Biegli sądowi w Polsce*, Warszawa 2014, s. 41; J. Studzińska, J. Dzierżanowska, *Kryteria oceny dowodu z opinii biegłego w orzecznictwie sądów...*, s. 24; E. Gruza, *Ustawa o biegłych a jakość ekspertyz [w:] R. Cieśla (red.), Badania dokumentów. Teoria i praktyka*, Wrocław 2023, s. 51.

biegłych w takim sensie, w jakim istnieją one od dawna np. w Stanach Zjednoczonych⁶⁴.

Mimo to na gruncie dotychczasowego polskiego orzecznictwa można wskazać pewne kryteria oceny dowodu z opinii biegłego⁶⁵. Chyba najważniejsze z punktu widzenia omawianego problemu jest, że sąd przy ocenie dowodu z opinii biegłego powinien kierować się wymaganiami współczesnej wiedzy i stanem nauki⁶⁶. Jeżeli założenia i metody przyjęte przez biegłego stoją w sprzeczności z wiedzą naukową, całkowicie dyskwalifikuje to dowód z jego opinii⁶⁷. Jak już wykazaliśmy, istnieją przekonujące dowody naukowe ujawniające nieskuteczność „jasnowidzenia” (zupełnie abstrahując w tym miejscu od nieprzejrzystości metodologicznej takich działań). Dlatego też, w świetle wskazań aktualnej wiedzy, „jasnowidzenie” nie pozwala na dokonanie prawdziwych ustaleń faktycznych. W rezultacie ewentualna opinia „biegłego jasnowidza” musiałaby zostać zdyskwalifikowana.

Na tej podstawie chcemy przedstawić następujący wniosek: „jasnowidzenie” nie leży w zakresie wiadomości specjalnych w rozumieniu art. 193 § 1 k.p.k. w zw. z art. 7 k.p.k. „Jasnowidzenie” nie może być specjalnością wskazaną w powołaniu biegłego (czy to do opiniowania, czy w celach konsultacyjnych), ponieważ, co udowodniono, jest to metoda niespełniająca kryteriów stawianych dowodom w postępowaniu karnym. Podobnie będzie też w przypadku innych metod, których nieskuteczność została naukowo udowodniona. Nie jest to wniosek odosobniony. Podobny pogląd przedstawili wcześniej w odniesieniu do tzw. psychografologii P. Girdwoyń i T. Tomaszewski pisząc, że nie ma merytorycznych podstaw do uznania jej za dziedzinę uprawniającą osoby ją uprawiające do występowania w roli biegłych⁶⁸. Dokładnie

⁶⁴ P. Girdwoyń, *Nowe metody identyfikacji w praktyce sądowej*, Jurysprudencja 2005, t. 66, nr 58, s. 93-94.

⁶⁵ Dość szeroki przegląd przedstawiono w: J. Studzińska, J. Dzierżanowska, *Kryteria oceny dowodu z opinii biegłego w orzecznictwie sądów...*, s. 21-47.

⁶⁶ Postanowienie SN z 20.07.1977 r., V KZ 54/77, OSNKW 1977, nr 9, poz. 108; wyrok SN z 17.12.2008 r., II KK 140/08, LEX nr 486186.

⁶⁷ Wyrok SN z 6.11.2000 r., IV KKN 477/99, LEX nr 51136.

⁶⁸ P. Girdwoyń, T. Tomaszewski, *Opinie psychografologiczne – w poszukiwaniu granic nauki i zdrowego rozsądku* [w:] R. Cieśla (red.), *Badania dokumentów...*, s. 37-49.

analogiczny wniosek był też formułowany przez F. Zedlera w odniesieniu do postępowania cywilnego: *jasnowidzenia nie można klasyfikować jako wiadomości specjalnych będących przedmiotem wypowiedzi biegłego, gdyż są efektem przeżyć psychicznych, niezbadanych metodą naukową i nieweryfikowalnych*⁶⁹.

Można by jeszcze próbować uznać, że „jasnowidzenie” nie jest dziedziną naukową, lecz stanowi jedną z gałęzi techniki, sztuki, rzemiosła albo inną umiejętność, dla której ustanawia się biegłego w rozumieniu Rozporządzenia Ministra Sprawiedliwości z 24 stycznia 2005 r. w sprawie biegłych sądowych. Taki argument byłby jednak niesłuszny z kilku przyczyn. Po pierwsze, wspomniane rozporządzenie ma charakter wykonawczy. Wymienione tam gałęzie działalności człowieka mają pozwolić na lepszą, tj. bardziej czytelną organizację list biegłych przy sądach okręgowych, ale nie kształtują zakresu wiadomości specjalnych – w rozumieniu ustawy. Po drugie, nie ma powodów, aby uznać, że wyżej przedstawione kryteria oceny dowodu z opinii biegłego należy stosować wyłącznie wobec typowych metod naukowych, ale już nie wobec opinii opartych na wiedzy z zakresu sztuki czy rzemiosła. Nawet stosunkowo „nienaukowa” opinia z zakresu obuwnictwa, wzornictwa czy sztuki filmowej⁷⁰ (niczego nie ujmując tym dyscyplinom!) musi być jasna, weryfikowalna i dostarczać ustaleń niesprzecznych z obiektywną wiedzą naukową. Po trzecie wreszcie, „jasnowidzenie” w narracji samych zainteresowanych opiera się na „percepcji pozazmysłowej” i nie stanowi „umiejętności”, lecz niepoddający się racjonalnemu poznaniu „dar”. Wiara w istnienie takiego daru to indywidualny wybór każdego człowieka. W procesie karnym, w którego realizację zaangażowane są zasoby państwa i w którym waży się los indywidualnych dóbr jego uczestników, nie ma miejsca dla działań opartych wyłącznie na wierze.

W pewnym sensie można natomiast zgodzić się z K. Borkowską, że „parapsycholog posiada wiedzę szerszą niż przeciętny czło-

⁶⁹ F. Zedler, *Dowód nienazwany w postępowaniu cywilnym*, Polski Proces Cywilny 2018, nr 4, s. 461-481.

⁷⁰ Na liście biegłych sądowych przy Sądzie Okręgowym w Warszawie figurują biegli ustanowieni w każdej z wymienionych specjalizacji, <https://bip.warszawa.so.gov.pl/attachments/download/19992> (dostęp: 25.11.2024).

wiek”⁷¹. Jednak jedyny uzasadniony przypadek powołania „biegłego jasnowidza”, jaki można sobie wyobrazić, został już wskazany przez M. Szmita: „jasnowidz” może zostać uznany za osobę posiadającą wiadomości specjalne dotyczące praktyk i zwyczajów funkcjonujących w środowisku „jasnowidzów”⁷². Wówczas jednak specjalizacją biegłego byłaby „wiedza o jasnowidzeniu i jasnowidzach”, a nie samo „jasnowidzenie”. Na nieco podobnej zasadzie w 2016 r. w Sądzie Rejonowym w Kołobrzegu występował biegły iluzjonista, który był proszony o opinię w przedmiocie uczciwości gry ulicznej w sprawie o oszustwo⁷³.

Podsumowanie

Dla części Czytelników potrzeba drobiazgowego wyjaśnienia w połowie trzeciej dekady XXI wieku, dlaczego w ramach postępowania karnego organy ścigania nie powinny korzystać z pomocy „jasnowidzów”, może wydać się zaskakująca. Praktyka działań ludzi, w tym zatrudnionych w organach ścigania, bywa istotnie zaskakująca⁷⁴. Mamy nadzieję, że zebrane i przedstawione argumenty wpłyną pozytywnie na zmianę tej praktyki. Nadzieja ta opiera się na tym, że organy publiczne powinny swoje działania opierać wyłącznie na obowiązujących przepisach oraz racjonalnych przesłankach. W innym przypadku prowadzi to do postępowania wbrew obowiązującym przepisom oraz marnotrawienia zasobów. W szczególności dobrze ilustrują to historie śledztw w sprawach najbardziej poruszających opinię publiczną, jak m.in. dotyczące zabicia i oskórowania w 1998 r. w Krakowie 23-letniej studentki. Według ustaleń dziennikarzy w toku postępowania przygotowawczego powoływany był w charakterze biegłego właśnie „jasnowidz”. Co więcej, jego „wizje” miały być następnie drobiazgowo

⁷¹ K. Borkowska, *Jasnowidz w postępowaniu karnym...*, s. 148.

⁷² M. Szmit, *Wybrane zagadnienia opiniowania sądowo-informatycznego*, Warszawa 2014, s. 76.

⁷³ P. Słowik, *Biegły iluzjonista oceni sztuczki w sądzie*, Dziennik Gazeta Prawna, <https://prawo.gazetaprawna.pl/artykuly/921192,biegly-iluzjonista-oceni-sztuczki-w-sadzie.html> (dostęp 4.04.2024 r.).

⁷⁴ Nieznana jest skala wykorzystania pomocy „jasnowidzów” w postępowaniach karnych. Niemniej wszystko wskazuje na to, że jest to raczej sytuacja wyjątkowa niż powszechna praktyka.

weryfikowane przez policjantów z garnizonu krakowskiego. Dotyczyć to miało np. poszukiwań budynków podobnych do naszkicowanego w trakcie „wizji” przez „jasnowidza”⁷⁵.

O ile od podmiotów publicznych należy oczekiwać i wymagać opierania swoich działań wyłącznie na stosownych przepisach i weryfikowalnych danych, nie dotyczy to w tym stopniu osób fizycznych. W pełni zrozumiałe jest obiektywnie irracjonalne działanie zrozpaczonych rodzin poszukujących swoich zaginionych bliskich lub sprawców ich śmierci. Dotyczy to także szukania pomocy u „jasnowidzów”. W trakcie badań aktowych, prowadzonych w toku realizowanych projektów badawczych, niesłuchanie często spotkaliśmy się z takimi sytuacjami. Wydaje się, że najwłaściwszym, co mogą zrobić w takich sprawach organy ścigania, to przesłuchanie w charakterze świadka (nie biegłego) autora „wizji”. Oczywiście wyłącznie na okoliczność posiadania przez taką osobę informacji na temat zdarzenia będącego przedmiotem postępowania. Nieuzasadnione prawnie i faktycznie jest przesłuchanie takiej osoby na okoliczność charakteru „wizji”, snów czy innych elementów pozazmysłowego poznania.

„Jasnowidzenie” na obecnym stanie poznania naukowego oraz w obowiązującym w Polsce porządku prawnym nie może zostać uznane za wiadomości specjalne. Ponadto dowód z niego, podobnie jak uzyskany w oparciu o każdą inną metodę nieposiadającą potwierdzonej trafności i rzetelności, powinien zostać uznany za nieprzydatny. W naszym artykule skupiliśmy się na „jasnowidzeniu”, ale według nas jasno jest widoczne, że taki sam sposób analizy powinien dotyczyć wszystkich innych źródeł potencjalnych informacji w postępowaniu karnym. Zwłaszcza jeżeli brak jest dowodów na trafność danej metody lub wręcz istnieją dowody wskazujące na jej nietrafność. Nie może tego wymogu zastępować precedens, tradycja czy nawet utrwalona praktyka. Historia kryminalistyki, w tym najnowsza, zawiera bowiem szereg przypadków korzystania z dowodów, których głównym oparciem był

⁷⁵ Nagranie fragmentu „wizji” prowadzonej przez „jasnowidza” w tej sprawie, z udziałem prokuratora, stanowi część programu *Superwizjer* – dowód w sprawie oskarżonej studentki, <https://player.pl/programy-online/superwizjer-odcinki,337/odcinek-1156,S03E1156,131161> (dostęp 4.09.2024 r.).

właśnie w przeważającej mierze swoisty *usus*. Dotyczy to m.in. takich technik, jak identyfikacja osoby na podstawie morfologii włosa czy odcisków zębów⁷⁶. Niestety tak opacznie rozumiana tradycja doprowadziła do szeregu porażek wymiaru sprawiedliwości, w tym do błędnych skazań⁷⁷. O ile więc oglądanie przebiegu „wizji jasnowidza” w konkretnej sprawie może dla niektórych odbiorców ograniczać się do swoistej egzotyki postępowania karnego, to potencjalne efekty oparcia działań o taki fundament są zdecydowanie pozbawione elementów komicznych. Zwłaszcza dla osób pośrednio i bezpośrednio nimi dotkniętych.

Bibliografia

1. J. Berent, A. Smędra, K. Wochna, *Wartość opinii z badania śladów ugryzienia na ciele człowieka*, Prok. i Pr. 2024, nr 7-8.
2. K. Borkowska, *Jasnowidz w postępowaniu karnym*, Prok. i Pr. 2024, nr 1.
3. D. Brzezińska, *Wybrane metody wykrywcze stosowane w procesach poszlakowych o zabójstwo*, Biuletyn Polskiego Towarzystwa Kryminologicznego im. prof. Stanisława Batawii 2022, nr 29.
4. K. Buczkowski i in. (red.), *Zmiana i Kontrola. Społeczeństwo wobec przestępczości*, Warszawa 2017.
5. E. Cardeña, *The experimental evidence for parapsychological phenomena: A review*, *American Psychologist* 2018, nr 73(5), s. 663-677.
6. R. Cieśla (red.), *Badania dokumentów. Teoria i praktyka*, Wrocław 2023.
7. P. Czarnecki, M. Nowak (red.), *Postępowanie odwoławcze w znowelizowanym kodeksie postępowania karnego*, Kraków 2016.
8. I. Domina, Ł. Pilarz (red.), *Naukowa analiza zagadnień z zakresu bezpieczeństwa narodowego, kryminalistyki i kryminologii*, Lublin 2022.
9. P. Girdwoyń, *Nowe metody identyfikacji w praktyce sądowej*, *Jurisprudencja* 2005, t. 66, nr 58.

⁷⁶ J. Berent, A. Smędra, K. Wochna, *Wartość opinii z badania śladów ugryzienia na ciele człowieka*, Prok. i Pr. 2024, nr 7-8, s.124-157.

⁷⁷ P. Waszkiewicz, *Niesłuszne skazania...*

10. B. Grabowska-Moroz, A. Pietryka, M. Wolny, *Biegli sądowi w Polsce*, Warszawa 2014.
11. T. Grzegorzczuk, *Kodeks postępowania karnego, t. I. Artykuły 1-467. Komentarz*, Warszawa 2014.
12. H. Gulliksen, *Extra-Sensory Perception: What Is It?*, American Journal of Sociology 1938, nr 4.
13. J. Gurgul, *O wadliwości opinii biegłego w procesie karnym*, Prok. i Pr. 2015, nr 4.
14. K. Janoszka, K. Jackowski, *Jasnowidz na policyjnym etacie*, Kraków 2018.
15. J. Jastrow, *ESP, House of Cards*, The American Scholar 1938, nr 1.
16. J. Kluza, *Nienaukowe metody dowodzenia w procesie karnym*, Przegląd Europejskiej Kultury Prawnej 2018, t. 7.
17. M. Lisiecki, *Wykorzystanie medium w pracy organów ścigania*, PP 1996, nr 1.
18. A. Lyons, M. Truzzi, *The blue sense: Psychic detectives and crime*, 1991.
19. J. Moszczyński, M. Goc, E. Gruza (red.), *Kryminalistyka czyli o współczesnych metodach dowodzenia przestępstw*, Warszawa 2020.
20. C. O'Keeffe, R. Wiseman, *Testing alleged mediumship: Methods and results*, British Journal of Psychology 2005, nr 2.
21. S. Pawelec, *Wadliwość opinii biegłego w procesie karnym jako pochodna błędów zawartych w postanowieniu o jej dopuszczeniu*, Prok. i Pr. 2014, nr 4.
22. M. Reiser (red.), *Police psychology: Collected papers*, Los Angeles, 1982.
23. M. Reiser, L. Ludwig, S. Saxe, C. Wagner, *An evaluation of the use of psychics in the investigation of major crimes*, Journal of Police Science & Administration 1979, nr 1.
24. J. B. Rhine, J. G. Pratt, B. M. Smith, C. E. Stuart, *Extra-sensory perception after sixty years*, Oxford 1940.
25. S. A. Schouten, *An overview of quantitatively evaluated studies with mediums and psychics*, Journal of the American Society for Psychical Research 1994, nr 88.

26. S. A. Schouten, *Applied parapsychology studies of psychics and healers*, Journal of Scientific Exploration 1993, nr 4.
27. K. Sławik, M. A. Wasilewska (red.), *Niekonwencjonalne metody rozpoznawczo-wykrywcze: materiały sympozjum naukowego Szczecin-Pobierowo, 24-26.04.2003 r.*, Szczecin 2003.
28. J. Studzińska, J. Dzierżanowska, *Kryteria oceny dowodu z opinii biegłego w orzecznictwie sądów powszechnych i Sądu Najwyższego*, Roczniki Nauk Prawnych 2015, t. 25, nr 2.
29. M. Szmit, *Wybrane zagadnienia opiniowania sądowo-informatycznego*, Warszawa 2014.
30. D. Świecki (red.), *Kodeks postępowania karnego. Komentarz, t. I, Artykuły 1-424*, Warszawa 2024.
31. T. Tomaszewski, *Dowód z opinii biegłego w procesie karnym*, Kraków 2000.
32. M. Trzciński, *Współczesne metody poszukiwań ukrytych zwłok*, Acta Universitatis Lodzensis. Folia Iuridica 2018, t. 83.
33. M. A. Wasilewska, *Percepcja pozazmysłowa jako niekonwencjonalna metoda w praktyce organów ścigania*, Szczecin 2006.
34. P. Waszkiewicz, *Niesłuszne skazania. Skala zjawiska i jego przyczyny w świetle wyników badań prowadzonych w Polsce i za granicą*, Warszawa 2024.
35. J. Widacki (red.), *Kryminalistyka*, Warszawa 2018.
36. D. Wilk, *Biegły konsultant w procesie karnym*, Prok. i Pr. 2019, nr 7-8, s. 69.
37. R. Wiseman, D. West, *An experimental test of psychic detection*, The Police Journal 1997, nr 1.
38. J. Wójcikiewicz, *NIE dla jasnowidza w postępowaniu karnym! Polemika*, Prok. i Pr. 2024, nr 5.
39. J. Wójcikiewicz, *Niekonwencjonalne metody śledcze w polskiej kryminalistyce*, Problemy Współczesnej Kryminalistyki 2014, t. XVIII.
40. Ch. Wynn, A. Wiggins, *Quantum Leaps in the Wrong Direction: Where Real Science Ends and Pseudoscience Begins*, Nowy Jork 2001.
41. F. Zedler, *Dowód nienazwany w postępowaniu cywilnym*, Polski Proces Cywilny 2018, nr 4.

The Illusions of Pseudoscience: The Inadmissibility of a “Clairvoyant” in Criminal Proceedings

Abstract. The article addresses the admissibility of using pseudoscientific methods, including clairvoyance, as a source of evidence in Polish criminal proceedings. It examines the possibility of formally appointing a “clairvoyant” as an expert and evaluates whether such practices comply with existing legal provisions, particularly by contrasting them with the scope of the term “special knowledge” as defined in the Code of Criminal Procedure. The argument is made, that clairvoyance does not meet the criteria for scientific methods, rendering it inadmissible as an evidentiary tool. The main conclusion drawn from this analysis is, that unverifiable and ineffective methods, such as “clairvoyance”, cannot be used in a criminal procedure. The appointment of an expert relying on such a method is both formally and substantively incorrect, and any materials based on such methods should be deemed inadmissible.

Key words: expert, criminal proceedings, special knowledge, clairvoyant, pseudoscience.

Przesłuchanie świadka w trybie art. 185e k.p.k.

Streszczenie. Przedmiotem artykułu jest analiza rozwiązań przewidzianych w art. 185e k.p.k. Niniejszy przepis określa tryb i szczególne zasady przesłuchania świadka z zaburzeniami psychicznymi, zaburzeniami rozwojowymi bądź zakłóceniami zdolności do postrzegania lub odtwarzania postrzeżeń. Rozwiązanie zostało wprowadzone do ustawy karno-procesowej z dniem 15.02.2024 r., celem uwzględnienia szczególnych potrzeb świadków z ww. zaburzeniami. W artykule omówiono szczegółowo zakres podmiotowy, przesłanki oraz tryb zastosowania art. 185e k.p.k. Przedstawiono także wątpliwości dotyczące katalogu osób uprawnionych do udziału w posiedzeniu sądu, na którym przesłuchanie jest przeprowadzane. Na tle poczynionych rozważań sformułowano wnioski *de lege lata* i *de lege ferenda*.

Słowa kluczowe: art. 185e k.p.k., przesłuchanie świadka z zaburzeniami psychicznymi w procesie karnym, zaburzenia psychiczne świadka, świadek z zaburzeniami psychicznymi, świadek z zaburzeniami rozwojowymi, zakłócenia zdolności postrzegania lub odtwarzania postrzeżeń

1. Wprowadzenie

Przepis art. 185e został wprowadzony do Kodeksu postępowania karnego ustawą z 13.01.2023 r.², która w analizowanym zakresie weszła w życie z dniem 15.02.2024 r. Omawiana norma określa tryb i szczegó-

¹ Doktor n. prawnych, lekarz, asystent w Instytucie Nauk Prawnych Wydziału Prawa i Administracji Uniwersytetu Śląskiego w Katowicach, młodszy asystent-lekarz rezydent w Centrum Psychiatrii im. dr K. Czumy w Katowicach. ORCID: 0000-0001-6607-6663.

² Ustawa z 13.01.2023 r. o zmianie ustawy – Kodeks postępowania cywilnego oraz niektórych innych ustaw (Dz.U. poz. 289).

ne zasady przesłuchania świadka, u którego *in tempore procedendi* występują zaburzenia psychiczne, rozwojowe bądź zakłócenia zdolności postrzegania lub odtwarzania postrzeżeń, i znajduje zastosowanie, gdy zachodzi uzasadniona obawa, że przesłuchanie w innych warunkach mogłoby wpłynąć negatywnie na stan psychiczny świadka lub byłoby znacznie utrudnione, a zeznania świadka mogą mieć istotne znaczenie dla rozstrzygnięcia sprawy.

Ratio legis analizowanego rozwiązania sprowadza się do uwzględnienia szczególnych potrzeb świadków prezentujących wspomniane zaburzenia bądź zakłócenia. Regulacja egzemplifikuje tym samym wymogi wynikające z art. 13 Konwencji ONZ z 13.12.2006 r. o prawach osób niepełnosprawnych (dalej KPON)³ w zakresie, w jakim przepis ten nakazuje zapewnić osobom z niepełnosprawnościami, skuteczny dostęp do wymiaru sprawiedliwości, na zasadzie równości z innymi osobami⁴.

Podstawowe założenia wynikające z art. 185e k.p.k. (takie jak zasada jednorazowości przesłuchania, wyłączna kompetencja sądu do jego przeprowadzenia czy obligatoryjny udział psychologa) pokrywają się z zasadami przesłuchań pokrzywdzonych i świadków, o których mowa w art. 185a-c k.p.k. Z uwagi na owe podobieństwa i funkcjonalną zbieżność obu grup przepisów, dorobek doktryny i judykatury wypracowany na gruncie art. 185a-c k.p.k., może być wykorzystywany do interpretacji tych założeń także w odniesieniu do art. 185e k.p.k.

Różny jest jednak podmiotowy zakres zastosowania wskazanych przepisów. W przypadku art. 185e k.p.k., zakres ten nie jest determinowany wiekiem, a szeregiem pojęć o pierwotnie medycznym charakterze (zaburzenia psychiczne, zaburzenia rozwojowe), których nie zdefiniowano w sposób autonomiczny w samej ustawie.

³ Dz.U. z 2012 r. poz. 1169.

⁴ Zapewnienie takowego dostępu może odbywać się właśnie poprzez wprowadzenie dostosowań proceduralnych i dostosowań odpowiednich do ich wieku, w celu ułatwienia skutecznego udziału, bezpośrednio lub pośrednio, zwłaszcza jako świadków, we wszelkich postępowaniach prawnych, w tym na etapie śledztwa i innych form postępowania przygotowawczego (art. 13 KPON *explicite*) – zob. też Uzasadnienie rządowego projektu ustawy o zmianie ustawy – Kodeks postępowania cywilnego oraz niektórych innych ustaw, druk sejm. 2615, s. 51-52. Przyczyną niepełnosprawności w rozumieniu KPON mogą być również zaburzenia psychiczne (*arg. ex art. 1 KPON*).

Chociaż ustawodawca na gruncie art. 185e k.p.k. odnosi się *explicite* jedynie do świadka, to rozwiązania przewidziane w tym przepisie znajdują zastosowanie także do pokrzywdzonego. Za takim wnioskiem przemawia treść art. 52a § 1 k.p.k., który wprost przewiduje możliwość stosowania art. 185e k.p.k. do pokrzywdzonego o szczególnych potrzebach⁵. Wynika to również z uzasadnienia ustawy wprowadzającej art. 185e do Kodeksu postępowania karnego⁶.

Względy gwarancyjne nakazują nadto przyjąć możliwość zastosowania art. 185e k.p.k. do innych uczestników postępowania, którzy przesłuchiwani są w charakterze świadków (np. podmiotu zobowiązanego – art. 91a § 2 zd. 1 k.p.k.), jeżeli *ad casum* zaktualizują się wobec nich przesłanki zastosowania tego przepisu⁷.

2. Zaburzenia psychiczne i terminy pokrewne – zagadnienia terminologiczne

2.1. Zaburzenia psychiczne

Zaburzenia psychiczne mogą być definiowane dwojako – zarówno w ujęciu medycznym, jak i prawnym. Z punktu widzenia przedmiotu niniejszych rozważań i reguł wykładni, najistotniejsze znaczenie ma drugie ujęcie, a więc znaczenie normatywne funkcjonujące w języku prawnym. Niemniej, wobec pierwotnie medycznej genezy tego terminu, nie można całkowicie pominąć znaczenia jakie zostało mu przypisane w tym obszarze nauki.

Poszukując legalnej definicji zaburzeń psychicznych, w pierwszej kolejności wskazać należy, że ustawa karnoprosowa nie definiuje tychże w sposób autonomiczny. Nie określa tym samym, co na-

⁵ Mając na względzie [...] potrzebę zastosowania wobec pokrzywdzonego [...] art. 185e [...] organ prowadzący postępowanie karne ustala właściwości i warunki osobiste pokrzywdzonego oraz rodzaj i rozmiar ujemnych następstw popełnionego na jego szkodę przestępstwa, mając na uwadze charakter tego przestępstwa oraz okoliczności jego popełnienia (art. 52a §1 k.p.k.).

⁶ Zob. Uzasadnienie rządowego projektu ustawy o zmianie ustawy – Kodeks postępowania cywilnego oraz niektórych innych ustaw (druk sejmowy 2615), s. 52-53.

⁷ Tożsame stanowisko prezentowane jest w literaturze przedmiotu – tak np.: D. Gruszecka, *Komentarz do art. 185e [w:] J. Skorupka (red.). Kodeks postępowania karnego. Komentarz*, Warszawa 2023, s. 485.

leży rozumieć przez pojęcie „świadek z zaburzeniami psychicznymi”. Wykładnia systemowa oraz взгляд na zasadę spójności semantycznej tekstów prawnych nakazują odwołać się w tym zakresie do aktu prawnego o podstawowym znaczeniu dla psychiatrycznej opieki zdrowotnej, tj. do ustawy z 19.08.1994 r. o ochronie zdrowia psychicznego.

Niniejsza ustawa zawiera definicję legalną osoby z zaburzeniami psychicznymi, przez którą rozumie się:

- a. osobę chorą psychicznie (wykazującą zaburzenia psychiatryczne),
- b. osobę upośledzoną umysłowo,
- c. osobę wykazującą inne zakłócenia czynności psychicznych, które zgodnie ze stanem wiedzy medycznej zaliczane są do zaburzeń psychicznych, gdy osoba ta wymaga świadczeń zdrowotnych lub innych form pomocy i opieki niezbędnych do życia w środowisku rodzinnym lub społecznym (art. 3 pkt 1 u.o.z.p.).

Termin „osoba z zaburzeniami psychicznymi” ma zatem charakter zbiorczy i w ujęciu podmiotowym pozostaje w stosunku nadrzędności do pojęć wymienionych w pkt a-c powyżej. Przepis art. 3 pkt 1 u.o.z.p. pozwala też na pośrednie zdefiniowanie samych zaburzeń psychicznych i przyjęcie, że w zakresie semantycznym tego pojęcia mieszczą się odpowiednio: choroby psychiczne, upośledzenie umysłowe oraz inne zakłócenia czynności psychicznych, które zgodnie ze stanem wiedzy zaliczane są do zaburzeń psychicznych i rodzą konieczność świadczeń zdrowotnych lub innych form pomocy czy opieki⁸.

Treść art. 3 pkt 1 lit. a u.o.z.p. prowadzi do wniosku, że choroba psychiczna w znaczeniu prawnym jest zaburzeniem psychicznym, w przebiegu którego występują zaburzenia psychiatryczne, tj. zaburzenia w zakresie prawidłowej percepcji i interpretacji otaczającej rzeczywistości, które uniemożliwiają jednostce jej racjonalny i prawidłowy (krytyczny) osąd⁹. Takie stany mogą być skutkiem urojeń czy omamów

⁸ M. Burdzik, *Ochrona interesów pokrzywdzonego z zaburzeniami psychicznymi na gruncie polskiej procedury karnej (uwagi w kontekście pełnomocnictwa obligatoryjnego)*. PiP 2022, nr 12, s. 118.

⁹ M. Burdzik, *Prawa osób z zaburzeniami psychicznymi w świetle standardów prawa międzynarodowego* [w:] J. Jaskiernia, K. Spryszak (red.), *Wyzwania dla polskiego systemu ochrony praw człowieka u progu trzeciej dekady XXI wieku*, Wydawnictwo Adam Marszałek, Toruń 2021, s. 554.

doznawanych przez jednostkę. W literaturze medycznej wskazuje się, że tak skonstruowana definicja choroby psychicznej stanowi dalece idące uproszczenie, gdyż istnienie zaburzeń psychotycznych nie wyczerpuje tego pojęcia¹⁰.

Z kolei upośledzenie umysłowe to zaburzenie psychiczne cechujące się zahamowaniem bądź niepełnym rozwojem umysłu, przejawiającym się w pogorszeniu zdolności składających się na ogólny poziom inteligencji (tj. zdolności poznawczych, ruchowych, społecznych czy mowy)¹¹. Wskazać należy, że pojęcie to ma charakter nieaktualny¹². W bieżącej terminologii medycznej zastępowane jest ono terminem niepełnosprawności intelektualnej, które pozbawione jest pejoratywnego wydźwięku.

Natomiast inne zakłócenia czynności psychicznych (art. 3 pkt 1 lit. c. u.o.z.p.) to stany zaliczane do zaburzeń psychicznych, których obraz kliniczny lub etiologia nie pozwalają na rozpoznanie choroby psychicznej czy upośledzenia umysłowego w przedstawionych powyżej znaczeniach, a które rodzą konieczność opieki lub leczenia. W tej kategorii mieszczą się np. zaburzenia lękowe (dawniej nerwicowe), zaburzenia osobowości czy zaburzenia odżywiania¹³.

W ujęciu medycznym zaburzenie psychiczne definiuje się jako zespół objawów (syndrom) lub wzorzec zachowania charakteryzujący się klinicznie istotnymi zaburzeniami funkcji poznawczych, regulacji emocji lub zachowania danej osoby, które odzwierciedlają dysfunkcję procesów psychologicznych, biologicznych lub rozwojowych leżących u podstaw funkcjonowania psychicznego. Zaburzenia psychiczne są

¹⁰ S. Pużyński, *Choroba psychiczna – problemy z definicją oraz miejscem w diagnostyce i regulacjach prawnych*, Psychiatria Polska 2007, nr 3, s. 306.

¹¹ S. Pużyński, J. Wciórka (red.), *Klasyfikacja zaburzeń psychicznych i zaburzeń zachowania w ICD-10. Opisy kliniczne i wskazówki diagnostyczne*, Kraków-Warszawa 2000, s. 189.

¹² Ten sam wniosek należy odnieść do innych synonimicznych pojęć nadal funkcjonujących w porządku prawnym – takich jak chociażby niedorozwój umysłowy (art. 13 §1 k.c.).

¹³ M. Burdzik, *Ochrona interesów pokrzywdzonego z zaburzeniami psychicznymi na gruncie polskiej procedury karnej (uwagi w kontekście pełnomocnictwa obligatoryjnego)*, PiP 2022, nr 12, s. 120. Zob. także S. Pużyński, *Choroba psychiczna...*, s. 305.

typowo związane ze znacznym cierpieniem lub niepełnosprawnością w życiu społecznym, zawodowym lub w innych ważnych obszarach funkcjonowania jednostki¹⁴. Tak rozumiane zaburzenie psychiczne jest obecnie wiodącym terminem z punktu widzenia nozologicznego¹⁵. Na gruncie medycznym odchodzi się tym samym od pojęcia „choroby psychicznej” z uwagi na pejoratywny wydźwięk tej ostatniej¹⁶.

Rozpoznanie zaburzenia psychicznego opiera się na ocenie objawów ustalonych na podstawie anamnezy (wywiadu chorobowego) oraz badania przedmiotowego, ewentualnie badań pomocniczych, i przyporządkowaniu tych objawów do konkretnego rozpoznania, zawartego w obowiązującej klasyfikacji chorób (diagnoza nozologiczna). W Europie obowiązuje obecnie Międzynarodowa Klasyfikacja Chorób i Problemów Zdrowotnych (ang. *International Statistical Classification of Diseases and Related Health Problems*), w wersji 10 (ICD-10), która zastępowana jest stopniowo wersją 11 (ICD-11)¹⁷. W Stanach Zjednoczonych stosuje się z kolei opracowaną przez Amerykańskie Towarzystwo Psychiatryczne klasyfikację DSM-5 (ang. *Diagnostic and Statistical Manual of Mental Disorders*), która w całości poświęcona jest zaburzeniom psychicznym.

Podjęmując próbę uwspólnienia medycznego i prawnego znaczenia zaburzeń psychicznych, należy zauważyć, że zaburzenia psychiczne sklasyfikowane w ICD-10/11 czy DSM-5 (zaburzenia psychiczne w znaczeniu medycznym) można każdorazowo zaliczyć do: chorób psychicznych, upośledzenia umysłowego (niepełnosprawności intelektualnej) bądź innych zakłóceń czynności psychicznych w rozumieniu art. 3 pkt 1 u.o.z.p. (zaburzenia psychiczne w znaczeniu prawnym).

¹⁴ World Health Organization, *International Classification of Diseases 11th Revision*, <https://icd.who.int/en> (dostęp 25.04.2024 r.).

¹⁵ P. Gałecki, K. Bobińska, *Komentarz do art. 3 [w:] P. Gałecki P. K. Bobińska K. Eichstädt K. Ustawa o ochronie zdrowia psychicznego. Komentarz*, Warszawa 2016, s. 42.

¹⁶ J. Wciórka, *Psychopatologia: objawy i zespoły zaburzeń psychicznych* [w:] J. Rybakowski, S. Pużyński, J. Wciórka (red.), *Psychiatria. Podstawy Psychiatrii*, t. 1, Wrocław, 2010, s. 311.

¹⁷ Zaburzenia psychiczne zostały sklasyfikowane w ICD-10 w rozdziale V (*Zaburzenia psychiczne i zachowania dorosłych*) i obejmują rozpoznania objęte kodami F00-F99. Z kolei, w nowej, 11 wersji ww. klasyfikacji umieszczono je w rozdziale VI (*Zaburzenia psychiczne, behawioralne lub neurorozwojowe*) i objęto kodami 6A00-6E0Z.

Przyjmując nieco inną optykę, można stwierdzić, że pomimo różnic terminologicznych, w tym nazbyt zawężonego charakteru definicji legalnej choroby psychicznej, czy archaiczności pojęcia „upośledzenie umysłowe”, katalog zaburzeń psychicznych ujętych w ICD-10/11 (lub w DSM-5) pokrywa się zakresowo z katalogiem zaburzeń psychicznych ustalonym na podstawie art. 3 pkt 1 u.o.z.p. Nie istnieje bowiem zaburzenie psychiczne sklasyfikowane w ICD (DSM), którego nie dałoby się przypisać do jednej z trzech kategorii zaburzeń psychicznych wymienionych w art. 3 pkt 1 u.o.z.p., i odwrotnie.

Konkludując tę część rozważań, przyjąć należy, że świadek z zaburzeniami psychicznymi w rozumieniu art. 185e k.p.k. to osoba, u której rozpoznano jedno bądź kilka zaburzeń sklasyfikowanych w ICD10/11/DSM-5 jako zaburzenia psychiczne, stanowiących jednocześnie chorobę psychiczną, upośledzenie umysłowe bądź inny rodzaj tych zaburzeń w rozumieniu art. 3 pkt 1 u.o.z.p.

2.2. Zaburzenia rozwojowe

Zaburzenia rozwojowe obejmują heterogenną grupę zaburzeń, które – jak sama nazwa wskazuje – pojawiają się w okresie rozwoju człowieka i skutkują nieprawidłowościami w rozwoju (fizycznym, psychicznym czy psychospołecznym). Powyższe zdanie wymaga jednak pewnego doprecyzowania. Otóż rozwój osobniczy człowieka (tzw. ontogeneza), obejmuje zmiany zachodzące w organizmie od momentu zapłodnienia komórki jajowej aż do śmierci. Pojęcie zaburzeń rozwojowych powinno być natomiast odnoszone wyłącznie do zaburzeń pojawiających się w fazie rozwoju progresywnego (tj. do zakończenia okresu dojrzewania)¹⁸. Etiologia tych zaburzeń, jak również możliwość kompensacji ewentualnych deficytów, ma charakter wieloczynnikowy i złożony. Szczegółowa analiza tych zagadnień wykracza poza ramy i potrzeby niniejszego opracowania, toteż nie będzie prowadzona.

Trzeba natomiast zauważyć, że istotna część zaburzeń rozwojowych, z nozologicznego punktu widzenia, należy do omówionych

¹⁸ M. Krawczyński, M.R. Krawczyński, *Zaburzenia rozwojowe: terminologia i klasyfikacja, zakres normy rozwojowej*, *Pediatrica Polska* 2010, nr 1, s. 5.

powyżej zaburzeń psychicznych (dotyczy to m.in. zaburzeń neurorozwojowych, takich jak niepełnosprawność intelektualna czy zaburzenia ze spektrum autyzmu)¹⁹. Co więcej, niektóre zaburzenia rozwojowe ośrodkowego układu nerwowego, chociaż nie są zaliczane do zaburzeń psychicznych, mogą prowadzić do ich powstania, skutkując np. wspomnianą już niepełnosprawnością intelektualną (przepuklina oponowo-mózgowa, wielkogłowie czy zespół Aperta)²⁰. *Prima facie* wydawać by się mogło, że wprowadzenie odrębnego pojęcia zaburzeń rozwojowych obok zaburzeń psychicznych jest zabiegiem zbędnym. Terminy te nie pozostają jednak w stosunku nadrzędności, a krzyżowania się. Możliwe są bowiem sytuacje, w których zaburzenie rozwojowe nie będzie wiązać się z występowaniem deficytów intelektualnych czy innych zaburzeń psychicznych *per se*²¹. Niektóre wady wrodzone²² mogą manifestować się głównie w sferze fizycznej (np. dysplazja stawu biodrowego) czy rzutować wyłącznie na stan somatyczny (np. dysplazja czy jednostronna agenezja nerki).

W tym miejscu powstaje pytanie, czy art. 185e k.p.k. powinien być stosowany w tych ostatnich przypadkach. Aprioryczne odrzucenie takiej możliwości nie jest dopuszczalne z uwagi na zakaz wykładni *per non est*²³. Trzeba też pamiętać, że *ratio legis* art. 185e k.p.k. sprowadza się do realizacji uprawnień wynikających z art. 13 KPN, który gwarantuje równy dostęp do wymiaru sprawiedliwości osobom z niepełnosprawnościami. Przyczyną tych ostatnich mogą być zaś zarówno zaburzenia psychiczne, jak i somatyczne (art. 1 KPN). *De lege*

¹⁹ P. Gałęcki, A. Szulc, *Psychiatria. Rozpoznanie według ICD-11*, t.1, Wrocław 2023, s. 105.

²⁰ D. Dunin-Wąsowicz, *Zaburzenia rozwojowe układu nerwowego*, Medycyna po Dyplomie. Neurologia, <https://podyplomie.pl/wiedza/neurologia/172,zaburzenia-rozwojowe-ukladu-nerwowego> (dostęp 8.05.2024 r.).

²¹ Dla przykładu rozwój umysłowy dzieci z przepuklinami oponowo-rdzeniowymi jest zwykle prawidłowy; *Ibidem*.

²² Z nozologicznego punktu widzenia, wady wrodzone, jako następstwa nieprawidłowego rozwoju prenatalnego, powstałe w okresie rozwoju progresywnego, również zaliczają się do zaburzeń rozwojowych w szerokim znaczeniu.

²³ Jeśli zamysłem ustawodawcy byłoby ograniczenie art. 185e k.p.k. tylko do zaburzeń rozwojowych skutkujących zaburzeniami psychicznymi *per se*, to z uwagi na wskazaną w tekście głównym zależność pomiędzy tymi pojęciami, odrębne odniesienie się do „zaburzeń rozwojowych” należałoby uznać za zbędne.

lata należy więc przyjąć, że art. 185e k.p.k. może mieć zastosowanie do każdego zaburzenia rozwojowego (niezależnie od jego charakteru czy etiologii), jeżeli zaburzenie to sprawia, że przesłuchanie świadka w innych warunkach niż przewidziane w art. 185e k.p.k. mogłoby mieć negatywny wpływ na jego stan psychiczny lub byłoby znacznie utrudnione (szerzej zob. rozdz. 3.2). Założenie to potwierdza również kontekst systemowy²⁴.

2.3. Zaburzenia postrzegania i odtwarzania postrzeżeń

Ostatnią grupą zaburzeń wymienioną w art. 185e § 1 k.p.k. są zakłócenia zdolności postrzegania i odtwarzania postrzeżeń. Pojęcia te nie stanowią *novum* w procedurze karnej, gdyż ustawodawca odnosi się do nich *implicite* w 192 § 2 k.p.k. Ich znaczenie w doktrynie jest więc względnie ustalone, co wyklucza konieczność dokonywania pełnej analizy terminologicznej.

Należy jedynie zauważyć, że w obu tych przypadkach (tj. zarówno w art. 185e § 1 k.p.k., jak i w art. 192 § 2 k.p.k.) ustawodawca posłużył się pojęciem „postrzegania”, a nie „spostrzegania”. Chociaż na poziomie języka powszechnego oba pojęcia można uznać za synonimiczne, to w rzeczywistości nie są one tożsame.

Nauki medyczne precyzyjnie definiują „zaburzenia spostrzegania”, odnosząc je do szeregu objawów w zakresie prawidłowej percepcji i interpretacji otaczającej rzeczywistości, które mogą występować w obrazie klinicznym poszczególnych zaburzeń psychicznych²⁵.

²⁴ O szerokim rozumieniu zaburzeń rozwojowych świadczy chociażby § 3 ust. 1 Rozporządzenia Ministra Sprawiedliwości z 22.09.2024 r. w sprawie sposobu przygotowania i przeprowadzenia przesłuchań w trybie określonym w art. 185a-185c oraz art. 185e k.p.k. oraz warunków, jakim powinny odpowiadać pomieszczenia przeznaczone do przeprowadzania takich przesłuchań (Dz.U. poz. 1477). Zgodnie z przywołanym przepisem, sąd, a w postępowaniu przygotowawczym prokurator, w celu przygotowania przesłuchania świadka o szczególnych potrzebach musi ustalić m.in. stopień jego sprawności ruchowej. Mowa tu zatem o kwestii, która nie jest bezpośrednio związana ze sferą psychiczną, a z ewentualną niepełnosprawnością fizyczną. Potwierdza to również bezpośrednio § 17 pkt 3 wspomnianego rozporządzenia, który stanowi, iż przyjazny pokój przesłuchań i toaleta powinny uwzględniać możliwości i sposoby poruszania się osób z niepełnosprawnością ruchową.

²⁵ Do tak rozumianych zaburzeń spostrzegania zalicza się m.in. omamy (inaczej halucynacje) czy psuedohalucynacje, które są fałszywymi spostrzeżeniami nieistniejących

Wydaje się, że zakłócenia postrzegania, o których mowa w art. 185e § 1 k.p.k., mają szersze znaczenie normatywne. Poza zaburzeniami spostrzegania *per se*, w zakresie semantycznym tego pojęcia mieszczą się również zakłócenia procesu percepcji wynikające bezpośrednio z dysfunkcji narządów zmysłów (wada wzroku, słuchu etc.)²⁶. Proces percepcji może też ulegać zakłóceniu w przebiegu różnych stanów somatycznych (niedobór sodu, przełom tarczycowy), które *ad casum* upośledzają zdolność do właściwej detekcji rzeczywistości, a jednocześnie niewyczerpujących kryteriów diagnostycznych żadnego z zaburzeń psychicznych.

Sam proces odtwarzania postrzeżeń polega na ich dekodowaniu ze śladów pamięciowych, celem dalszego wykorzystania. W przypadku art. 185e § 1 k.p.k., ślady pamięciowe określonych zdarzeń zapisane w pamięci świadka podlegają zatem odtworzeniu celem ich następczego przedstawienia organowi procesowemu w formie oświadczenia wiedzy (zeznania). Aby materiał spostrzeżony mógł zostać odtworzony, musi najpierw zostać zapamiętany²⁷. Ten pozorny truizm prowadzi do wniosku, że na poziomie psychopatologicznym zakłócenia procesu odtwarzania postrzeżeń wynikać będą przede wszystkim z zaburzeń pamięci świadka. Nie jest to jednak czynnik wyłączny. Operowanie materiałem pamięciowym wymaga bowiem sprawnych procesów myślowych, a szerzej – funkcji poznawczych. Zakłócenia tych ostatnich mogą być elementem obrazu klinicznego (objawem) zaburzeń psychicznych, jak również wynikać z innych czynników, w tym zaburzeń somatycznych (np. hiponatremia, infekcja wirusowa²⁸).

w rzeczywistości bodźców, z silnym przekonaniem o prawdziwości doznań i ich niekorygowalnością. Dla przykładu osoba z halucynacjami wzrokowymi jest przekonana o tym, że widzi w pomieszczeniu daną osobę lub postać, której nie widzą inni. Zaburzenia spostrzegania mogą także stanowić objaw schorzeń neurologicznych (halucynoidy, agnozje). Zob. np. P. Gałęcki, A. Szulc. *Psychiatria*, Wrocław 2018, s. 37-42.

²⁶ J. Widacki, *Przeceniona i niedoceniona rola biegłego psychologa w procesie karnym*, Pal. 2023, nr 5, s. 70-71.

²⁷ E. Gruza, *Psychologia sądowa dla prawników*, Warszawa 2021, s. 58.

²⁸ Infekcje wirusowe w ostrej fazie choroby mogą być przyczyną osłabienia procesów poznawczych (przede wszystkim pamięci operacyjnej i funkcji wykonawczych), zob. M. Talarowska, A. Florkowski, M. Macander, P. Gałęcki, *Grypa i infekcje grypopochodne a funkcje poznawcze*, Neuropsychiatria i Neuropsychologia 2010, nr 5, s. 150.

3. Przesłanki zastosowania art. 185e k.p.k. i sposób ich ustalenia

Zastosowanie trybu przesłuchania przewidzianego w art. 185e k.p.k. jest możliwe, gdy:

- 1) u świadka występują zaburzenia psychiczne, zaburzenia rozwojowe lub zakłócenia postrzegania bądź odtwarzania postrzeżeń, w ustalonym powyżej znaczeniu;
- 2) istnieje uzasadniona obawa, że przesłuchanie w innych warunkach niż wskazane w art. 185e k.p.k. mogłoby wpłynąć negatywnie na stan psychiczny świadka lub byłoby znacznie utrudnione;
- 3) zeznania świadka mogą mieć istotne znaczenie dla rozstrzygnięcia sprawy.

Wyżej wymienione przesłanki muszą zostać spełnione kumulatywnie. Ocena ich zaistnienia jest domeną organu prowadzącego postępowanie karne, który w tym celu ustala właściwości i warunki osobiste świadka, przy pomocy tzw. kwestionariusza indywidualnej oceny (art. 52a § 5 k.p.k. w zw. z § 3 tegoż). Wzór kwestionariusza ma zostać określony w rozporządzeniu Ministra Sprawiedliwości (art. 52a § 6 k.p.k.), które jak dotąd nie zostało wydane. Modelowe założenie zakładające wykorzystanie kwestionariusza może w praktyce napotykać na pewne trudności (zob. niżej).

3.1. Stwierdzenie zaburzeń psychicznych, zaburzeń rozwojowych bądź zakłóceń w procesie postrzegania lub odtwarzania postrzeżeń

Na wstępie wskazać należy, że ustalenia dotyczące stanu psychicznego, a co za tym idzie – istniejących w tej materii zaburzeń czy zakłóceń, wymagają – co do zasady – wiadomości specjalnych z zakresu psychiatrii lub psychologii²⁹, których organ nie posiada i których nie da się „zastąpić” kwestionariuszem.

Nie może zatem ująć uwadze, że ustawodawca odnosząc się do przesłanki nr 1, posłużył się kategorycznym sformułowaniem „u świadka występują zaburzenia [...]”, co *prima facie* nakazuje przyjąć, iż oko-

²⁹ Podobnie M. Kurowski, *Komentarz do art. 185e [w:] D. Świecki (red.). Kodeks postępowania karnego. Komentarz*, t. 1, Artykuły 1-424, Warszawa 2024, s. 708.

liczność ta musi zostać potwierdzona przez organ, w odróżnieniu od przesłanek 2-3, które mogą opierać się „jedynie” na prawdopodobieństwie ich zaistnienia („zachodzi obawa”; „zeznania [...] mogą mieć istotne znaczenie”).

Oczywiście, w pewnych przypadkach, dla stwierdzenia zaburzeń, o których mowa w art. 185e § 1 k.p.k., przynajmniej teoretycznie, wystarczające będzie posłużenie się dokumentacją medyczną, o ile takowa znajdzie się w posiadaniu organu procesowego. Należy jednak pamiętać, że stan psychiczny może podlegać zmianom w czasie. Oparcie oceny dyskutowanej przesłanki wyłącznie o dokumentację może dotyczyć wyłącznie zaburzeń manifestujących się *prima facie* i cechujących się chronicznym przebiegiem, tj. takich, których obraz kliniczny (w tym stopień prezentowanych deficytów czy nasilenie objawów) jest względnie stały bądź ulega jedynie nieznacznym zmianom w czasie, niemniej nigdy nie obserwuje się pełnej remisji objawów. Do takowych zaburzeń można zaliczyć np. niepełnosprawność intelektualną głębszego stopnia czy przewlekły proces schizofreniczny przebiegający z przetrwałymi objawami negatywnymi³⁰.

Ocena stanu świadka oparta o dokumentację medyczną nie będzie natomiast tak oczywista w przypadku zaburzeń o przebiegu epizodycznym, tj. zaburzeń przebiegających z okresami remisji i zaostrzeń (np. choroba afektywna dwubiegunowa, zaburzenia depresyjne nawracające). W takich przypadkach stan psychiczny może bowiem ulegać bardziej dynamicznym zmianom. Treść art. 185e § 1 k.p.k. w zw. z art. 52a § 5 k.p.k. prowadzi do wniosku, iż relewantne znaczenie dla zastosowania instrumentów przewidzianych w art. 185e k.p.k. ma wyłącznie stan psychiczny świadka istniejący *in tempore procedendi*, a ściślej

³⁰ Do objawów negatywnych zalicza się m.in. spłylenie afektu (w pewnym uproszczeniu – spłylenie ekspresji przeżywanych emocji), alogię („zubożenie mowy”), formalne zaburzenia myślenia (np. rozkojarzenie, spowolnienie toku myślenia) czy ambiwalencję (jednoczesne występowanie przeciwstawnych odczuć/pragnień), zob. P. Galecki, A. Szulc. *Psychiatria*, Wrocław, 2018, s. 161. Przetrwałe objawy negatywne (deficytowe, ubytkowe) to objawy odporne na leczenie, ograniczające zdolność do normalnego funkcjonowania oraz obecne w okresach klinicznej stabilizacji. Zob. P. Wójciak, K. Domowicz, J. Rybakowski, *Objawy negatywne schizofrenii pierwotne i wtórne, zespół deficytowy, uporczywe objawy negatywne*, *Neuropsychiatria i Neuropsychologia* 2017, nr 12, s. 108.

rzecz ujmując, stan istniejący w momencie podejmowania decyzji co do trybu przesłuchania. Sam fakt leczenia psychiatrycznego w przeszłości nie jest równoznaczny z istnieniem zaburzeń psychicznych w toku procesu³¹.

Organ procesowy nie zawsze będzie też posiadał dokumentację medyczną świadka bądź inną obiektywną informację na temat występujących u niego zaburzeń. Takie informacje mogą oczywiście zostać przekazane organowi przez innych uczestników postępowania, zwłaszcza samego świadka (pokrzywdzonego) czy jego przedstawiciela ustawowego. Należy jednak pamiętać, że art. 185e k.p.k. (w odróżnieniu od art. 185a k.p.k. czy art. 185b k.p.k.) nie dotyczy wyłącznie małoletnich, toteż nie każda osoba, do której przepis ten ma zastosowanie, będzie posiadała przedstawiciela ustawowego. Taki przedstawiciel jest wyznaczany dla osoby pełnoletniej wyłącznie w następstwie jej ubezwłasnowolnienia (art. 13 § 2 k.c., art. 16 § 2 k.c.). Nie każde zaburzenie psychiczne czy rozwojowe skutkuje zaś – niejako *ipso facto* – ubezwłasnowolnieniem.

Chociaż ujawnienie informacji na temat ewentualnych zaburzeń leży w interesie świadka, gdyż pozwala na zastosowanie wobec niego instrumentów przewidzianych w art. 185e k.p.k., to świadek jako podmiot – co do zasady – nieprofesjonalny, może zataić przed organem relewantne okoliczności na temat własnego stanu psychicznego, nie rozumiejąc celu ich ujawnienia.

Biorąc pod uwagę podmiotowy zakres zastosowania art. 185e k.p.k., należy nadto zwrócić uwagę na trzy kwestie. Po pierwsze, specyfika niektórych zaburzeń psychicznych może sprawić, że świadek w ogóle nie będzie miał świadomości ich istnienia³². Brak wglądu choro-

³¹ Tym samym, nawet jeśli świadek dostarczy dokumentację medyczną z „wcześniejszego” leczenia, to zawarte tam informacje nie będą w prosty sposób przekładać się na ocenę jego bieżącego stanu psychicznego. Nie pozwolą bowiem na ocenę nasilenia prezentowanych *ad casum* objawów a zatem na ustalenie, czy mamy do czynienia ze świadkiem, u którego „występują” zaburzenia psychiczne.

³² Mowa tu przede wszystkim o zaburzeniach psychotycznych, cechujących się silnym, niekorygowanym przekonaniem o prawdziwości percepcowanych doznań (a co z tym idzie, nieprzypisywaniem im chorobowego charakteru), czy o zaburzeniach niepsychotycznych o charakterze egosyntonicznym – dla przykładu przesadny perfekcjonizm cechujący jednostki z anankastycznym zaburzeniem osobowości w większości

bowego³³ wyklucza – co oczywiste – możliwość poinformowania organu procesowego o tych zaburzeniach. Wykorzystanie kwestionariusza indywidualnej oceny nie zniweluje ww. problemu. Po drugie, opór dotyczący ujawnienia informacji o własnym stanie zdrowia psychicznego może być też motywowany nadal istniejącym w społeczeństwie zjawiskiem stygmatyzacji społecznej osób z zaburzeniami psychicznymi³⁴. Po trzecie, dyskutowany opór może być bezpośrednim następstwem prezentowanych przez świadka zaburzeń i wynikać z motywowanej chorobowo interpretacji działań organu procesowego jako wrogich i zagrażających³⁵.

Jeśli organ procesowy nie będzie posiadał dokumentacji medycznej bądź innych, wiarygodnych informacji wskazujących jednoznacznie na istnienie zaburzeń stanu psychicznego świadka, to w przedstawionych powyżej konfiguracjach, co do zasady, konieczne będzie powołanie biegłych posiadających wiadomości specjalne z zakresu psychiatrii lub psychologii.

Wydaje się, że twórcy nowelizacji z 13.01.2023 r. w pewnym sensie dostrzegli ww. problemy, gdyż w zaproponowanym „Wzorze kwestionariusza indywidualnej oceny świadka” jedna z możliwych odpowiedzi na pytanie dotyczące zasadności zastosowania art. 185e k.p.k. brzmi: *„Zachodzi uzasadnione przekonanie, że tak, ale brak jest wystarczającego potwierdzenia zasadności zastosowania trybu określonego w art.*

przypadków traktowany jest jako integralna cecha tej osoby, a nie stan kliniczny wymagający pogłębionej pracy terapeutycznej – A. Rizvi. T.J. Torrico. *Obsessive-Compulsive Personality Disorder In: StatPearls*, Treasure Island [FL] 2023. <https://europepmc.org/article/NBK/nbk597372> (dostęp 28.11.2024 r.).

³³ To jest brak świadomości istnienia określonego zaburzenia i potrzeby jego leczenia. Zob. J. Wciórka, *Psychopatologia: objawy i zespoły zaburzeń psychicznych* [w:] J. Rybakowski, S. Pużyński, J. Wciórka (red.), *Psychiatria. Podstawy...*, s. 366.

³⁴ Na ten temat zob. np. M. Babicki, K. Kotowicz, P. Piotrowski i in., *Obszary stygmatyzacji i dyskryminacji osób chorujących psychicznie wśród respondentów internetowych w Polsce*, *Psychiatria Polska* 2018, nr 52(1), s. 93 i n.

³⁵ Dla przykładu, świadek z urojeniami prześladowczymi będzie całkowicie „przekonany” o tym, że jest prześladowany przez określoną osobę bądź grupę osób, i będzie podtrzymywał to przekonanie „z urojeniową pewnością” nawet wobec dostarczania mu obiektywnych dowodów na nieprawdziwość tych założeń. Możliwe jest, że organ procesowy zostanie „wciągnięty” w ww. system urojeniowy. W takim przypadku obiektywnie neutralne (a nawet korzystne) działania organu będą odbierane przez świadka w sposób wrogi czy zagrażający.

185e (świadek nie dysponuje orzeczeniem o stopniu niepełnosprawności lub innym dokumentem dotyczącym jego stanu zdrowia bądź nie są one wystarczające do ustalenia, czy zachodzą podstawy do przesłuchania świadka w tym trybie) – należy rozważyć dopuszczenie dowodu z opinii biegłego lekarza psychiatry, biegłego psychologa, biegłego pedagoga specjalnego lub biegłego innej specjalności”³⁶.

Należy jednak zauważyć, że *de lege lata*, badanie lekarskie lub psychologiczne świadka wymaga jego zgody (art. 192 § 4 k.p.k.). Analizowany art. 185e k.p.k. nie zawiera odrębnych postanowień w tej materii. Względę gwarancyjne nakazują przyjąć, że zbadanie świadka przez biegłych innych specjalności (np. biegłego pedagoga) również takiej zgody wymaga. Nie jest zatem możliwe zbadanie świadka, gdy ten sprzeciwia się temu, co czyni z omawianego rozwiązania instrument iluzoryczny we wszystkich tych przypadkach, w których świadek odmówi badania, działając z pobudek chorobowych³⁷. Założenie jednoznaczności przesłuchania świadka w trybie art. 185e k.p.k. zasadniczo wyklucza też możliwość jego uprzedniego przesłuchania na podstawie art. 192 § 2 k.p.k. celem ustalenia, czy *ad casum* konieczne jest zastosowanie trybu z art. 185e k.p.k.

Przy braku zgody świadka na badanie możliwe jest wydanie przez biegłych opinii opartej wyłącznie na analizie dokumentacji medycznej albo opinii abstrakcyjnej³⁸. Nie rozwiązuje to jednak w pełni przedstawionych powyżej problemów. Wydanie opinii niepoprzedzonej badaniem psychiatrycznym bądź psychologicznym w wielu przypadkach nie pozwoli na stwierdzenie z całkowitą pewnością (która *de lege lata* jest wymagana), że u świadka *in tempore processus* występują zaburzenia wymienione w art. 185e § 1 k.p.k., a więc, że spełniona jest pierwsza z przesłanek zastosowania ww. przepisu.

³⁶ Uzasadnienie rządowego projektu ustawy..., s. 241.

³⁷ Na przykład, gdy z powodu doznawanych urojeń będzie interpretował działania organów procesowych jako wrogie czy zagrażające.

³⁸ Opinia abstrakcyjna polega na analizie sytuacji hipotetycznej i udzieleniu odpowiedzi na pytanie sądu z wykorzystaniem aktualnej wiedzy i doświadczenia biegłego bez odwoływania się do konkretnego stanu rzeczywistego. Zob. P. Gałęcki, *Rodzaje opinii psychiatrycznych* [w:] P. Gałęcki, K. Eichstaedt, *Psychiatria sądowa*, Warszawa 2022, s. 135-136.

Wart odnotowania jest też pogląd o możliwość wydania przez biegłych opinii *ex post*, tj. po przeprowadzeniu przesłuchania w trybie art. 185e k.p.k.³⁹ W takim przypadku biegli, na podstawie obserwacji zachowań świadka oraz jego wypowiedzi podczas przesłuchania, mieliby wypowiedzieć się co do występowania u niego zaburzeń psychicznych, rozwojowych czy zakłóceń w zakresie postrzegania bądź odtwarzania postrzeżeń⁴⁰. O ile kwestia dopuszczalności takiego dowodu niejako *in genere* nie budzi żadnych wątpliwości, to wydanie opinii *ex post* nie rozwiązuje przedstawionych powyżej dylematów. W obecnym stanie prawnym warunkiem zastosowania art. 185e k.p.k. jest bowiem stwierdzenie, że u świadka „występują” określone zaburzenia. *De lege lata* ustalenie tej okoliczności musi więc poprzedzać decyzję o zastosowaniu omawianego trybu przesłuchania (stanowi ona *conditio sine qua non* zastosowania art. 185e k.p.k.).

Chociaż przesłuchanie w trybie art. 185e k.p.k. nie implikuje niekorzystnych następstw procesowych dla samego świadka, to ogranicza prawo do obrony oskarżonego, pozbawiając go możliwości udziału w tej czynności procesowej (szerzej zob. rozdz. 4.4.). Nie można zatem zaakceptować tezy o dopuszczalności „wstecznej” weryfikacji przesłanek zastosowania art. 185e k.p.k. na podstawie opinii, która wydawana jest dopiero po przeprowadzeniu przesłuchania w tym trybie.

Oczywiście wydanie opinii aposteriorycznej może być niezwykle pomocne przy ocenie dalszego sposobu procedowania ze świadkiem. Jak słusznie przyjmuje M. Kurowski, w razie ustalenia, że zaburzenia, o których mowa w art. 185e § 1 k.p.k., nie występują, dalsze czynności ze świadkiem powinny być prowadzone w „zwykłym” trybie⁴¹. W takim przypadku opinia nie służy jednak „wstecznej” legitymizacji zastosowania art. 185e k.p.k., a określeniu sposobu dalszego procedowania.

De lege ferenda należy rozważyć zmianę sposobu sformułowania analizowanej przesłanki, tak aby art. 185e k.p.k. znajdował

³⁹ M. Kurowski, *Komentarz do art. 185e...*, s. 708.

⁴⁰ Niewątpliwie opinia oparta na obserwacji zachowań świadka (jako odnosząca się do konkretnego stanu faktycznego) będzie znacznie bardziej przydatna *ad casum*, aniżeli opinia abstrakcyjna (oparta na analizie sytuacji hipotetycznej).

⁴¹ M. Kurowski, *Komentarz do art. 185e...*, s. 708.

zastosowanie również, gdy zachowanie świadka wskazuje na możliwość występowania u niego zaburzeń psychicznych, zaburzeń rozwojowych czy zakłóceń postrzegania bądź odtwarzania postrzeżeń. Za takim rozwiązaniem przemawia przede wszystkim *ratio legis* art. 185e k.p.k., a także – wykazany powyżej – brak obiektywnych możliwości stwierdzenia tych zaburzeń przez organy procesowe nieposiadające wiedzy specjalnej z zakresu psychiatrii czy psychologii. Oczywiście zaaprobowanie ww. postulatu sprawi, że art. 185e k.p.k. zbliży się do rozwiązania przewidzianego w art. 192 § 2 k.p.k. pod kątem przesłanek zastosowania obu tych przepisów. Fakt ten nie wyklucza jednak przyjęcia przedstawionego postulatu. Oba przepisy przewidują bowiem inne instrumenty gwarancyjne, inny jest też ich cel.

Teoretycznie, jako alternatywę, można rozważyć wprowadzenie przepisu pozwalającego na poddanie świadka badaniu przez biegłych celem ustalenia podstaw do zastosowania art. 185e k.p.k., także gdy świadek sprzeciwia się temu. Takie rozwiązanie należy jednak odrzucić. Jego zastosowanie skutkowałoby bowiem ingerencją w autonomię woli świadka i stwarzało ryzyko jego traumatyzacji (poprzez przymusowe wykonanie czynności procesowej), stanowiąc tym samym antytezę założeń, jakim hołdować ma art. 185e k.p.k.

3.2. Uzasadniona obawa co do negatywnych następstw przesłuchania w innych warunkach

Druga przesłanka wiąże się z powstaniem w organie uzasadnionej obawy, że przesłuchanie w innych warunkach niż wskazane w art. 185e k.p.k. mogłoby wpłynąć negatywnie na stan psychiczny świadka lub byłoby znacznie utrudnione.

Przez inne warunki rozumie się przesłuchanie prowadzone na zasadach ogólnych (art. 177 k.p.k. i n.), a także przesłuchanie w jednym z pozostałych trybów szczególnych przewidzianych w ustawie karprocesowej (art. 185a-c k.p.k., art. 192 k.p.k.).

In facto precyzyjna ocena tego, jak dana czynność procesowa (w tym wypadku przesłuchanie) może wpłynąć na stan psychiczny osoby przesłuchiwanej czy przebieg czynności, również wymaga wiadomości specjalnych z zakresu psychiatrii lub psychologii. Niemniej, jak

już wskazano we wcześniejszym fragmencie, w tym przypadku ustawodawca wymaga „jedynie” uprawdopodobnienia, tj. powstania w organie uzasadnionej obawy co do negatywnych następstw przesłuchania albo utrudnień w jego przebiegu.

Obawa, o której mowa w art. 185e §1 k.p.k., musi być uzasadniona. Oznacza to, że musi wynikać z realiów konkretnej sprawy. W tym wypadku podstawowe znaczenie mają stwierdzone zaburzenia stanu psychicznego, rozwojowego czy zdolności percepcyjnych świadka. Oczywiście należy brać pod uwagę także czynniki przedmiotowe – tj. okoliczności samej sprawy.

Warto zauważyć, że ustawodawca nie dookreślił stopnia wpływu przesłuchania na stan psychiczny świadka, ograniczając się jedynie do stwierdzenia, iż chodzi o wpływ „negatywny”⁴². Pozornym truizmem jest stwierdzenie, że każde przesłuchanie może wywoływać w osobie przesłuchiwanej pewien dyskomfort psychiczny (obawę, niepokój, niepewność, strach itd.), a co za tym idzie – przejściowo „wywierać negatywny wpływ” na jej stan psychiczny. Wydaje się jednak, że takie rozumienie omawianej przesłanki, jako nazbyt szerokie, nie jest właściwe. Przyjąć raczej należy, że mowa tu o negatywnych następstwach, które z uwagi na swoje nasilenie (natężenie) bądź długotrwałość przekroczą „typowe” uciążliwości związane z przesłuchaniem.

Trzeba przy tym pamiętać, że osoby, o których mowa w art. 185e k.p.k., to – *ex definitione* – osoby o szczególnych potrzebach. Podmioty te mogą być więc bardziej „wrażliwe” na czynniki sytuacyjne związane z przesłuchaniem, a co za tym idzie – bardziej podatne na negatywne następstwa tej czynności procesowej aniżeli osoby nieprezentujące zaburzeń stanu psychicznego. Ocena dyskutowanej przesłanki musi być więc odpowiednio zrelatywizowana do zdolności adaptacyjnych osoby, która ma zostać przesłuchana.

Jak już sygnalizowano, w ocenie należy uwzględniać także czynniki przedmiotowe, tj. okoliczności samej sprawy. Dotyczy to zwłaszcza przestępstw popełnianych z użyciem przemocy (bru-

⁴² Podobnie zresztą jak ma to miejsce w art. 185a § 4 zd. 1 k.p.k. czy art. 185b § 2 k.p.k.

talnych, okrutnych) lub groźby bezprawnej, które skutkują poważną traumatyzacją ofiary. Doznanie traumy może być zresztą samodzielnym i bezpośrednim czynnikiem prowadzącym do rozwoju zaburzeń psychicznych (ostra reakcja na stres, zespół stresu pourazowego czy trwała zmiana osobowości)⁴³. Nie powinno zatem budzić większych zastrzeżeń stwierdzenie, że przesłuchanie co do takich okoliczności może skutkować dekompensacją psychiczną przesłuchiwanego, która wynika z konieczności „powrotu” do traumatycznych przeżyć. Wniosek ten należy w pierwszej kolejności odnosić do pokrzywdzonego. Niemniej dotyczy on również świadka. Brak pokrzywdzenia nie wyklucza powstania negatywnych następstw psychicznych związanych z percepcją brutalnego zdarzenia.

Warto w tym miejscu zauważyć, że szczególny tryb przesłuchania, przewidziany w art. 185a k.p.k. w zakresie przedmiotowym obejmuje co prawda przestępstwa popełnione z użyciem przemocy lub groźby bezprawnej, jak i czyny określone w rozdziałach XXIII, XXV i XXVI Kodeksu karnego. Niemniej w zakresie podmiotowym ogranicza się wyłącznie do pokrzywdzonych, którzy w chwili przesłuchania nie ukończyli 15 lat. Tożsamo, przesłuchanie z art. 185b k.p.k. w zakresie podmiotowym dotyczy wyłącznie świadków, którzy nie przekroczyli ww. granicy wieku. Tryb przewidziany w art. 185e k.p.k. może zatem znaleźć zastosowanie w razie konieczności przesłuchania „starszych” pokrzywdzonych⁴⁴ bądź świadków co do przestępstw popełnionych z użyciem przemocy czy groźby bezprawnej, gdy z uwagi na charakter ww. przestępstw oraz okoliczności ich popełnienia (brutalny *modus operandi*, głęboki stopień naruszenia dóbr prawnych, okrucieństwo, powtarzający się bądź przetrwały charakter itd.) przesłuchanie w trybie zwyczajnym (art. 177 k.p.k. i n.) nie będzie wystarczające do zapobieżenia wystąpieniu negatywnych następstw w psychice przesłuchiowanych osób⁴⁵.

⁴³ P. Gałęcki, A. Szulc, *Psychiatria...*, s. 256, 258, 342.

⁴⁴ Nie dotyczy to czynów zabronionych stypizowanych w art. 197-199 k.k. W tym zakresie, w przypadku konieczności przesłuchania pokrzywdzonego, który ukończył 15 lat, zastosowanie znajdzie instrument przewidziany w art. 185c § 1a k.p.k.

⁴⁵ W tym aspekcie rozwiązanie przewidziane w art. 185e k.p.k. może chronić do-

Zastosowanie art. 185e k.p.k. jest też możliwe, gdy organ stwierdzi, że przesłuchanie świadka w innych warunkach „byłoby znacznie utrudnione”. Nie chodzi tu o jakiekolwiek utrudnienia, a jedynie utrudnienia „znaczne” (istotne, wyraźne). Aby określić, czy utrudnienia mają taki charakter, należy odpowiedzieć na pytanie, czy uniemożliwią one przeprowadzenie danej czynności w rozsądnym (przewidywanym ku temu) terminie, z zachowaniem wymogów proceduralnych, a zwłaszcza gwarancji procesowych uczestniczących w niej podmiotów⁴⁶. W tym kontekście warto zaznaczyć, że dekompensacja stanu psychicznego, wywołana przesłuchaniem, może być też rozpatrywana w ramach su-

brostan psychiczny świadków i ofiar przestępstw o szczególnym ciężarze gatunkowym, zapobiegając dalszemu nasileniu prezentowanych przezeń zaburzeń psychicznych, niezależnie od ich wieku. W tym sensie, art. 185e k.p.k. egzemplifikuje też założenia wynikające z motywu 20. dyrektywy PE i Rady (UE) 2011/36/UE z 5.04.2011 r. w sprawie zapobiegania handlowi ludźmi i zwalczania tego procederu oraz ochrony ofiar, zastępująca decyzję ramową Rady 2002/629/WSiSW (Dz. Urz. UE L 101, s. 1). Zgodnie z przywołanym motywem: *ofiary handlu ludźmi [...] należy chronić przed powtórnią wiktymizacją i dalszymi traumatycznymi przeżyciami podczas postępowania karnego. Należy unikać zbędnego powtarzania przesłuchań w trakcie postępowania przygotowawczego i postępowania sądowego, na przykład w stosownych przypadkach, poprzez sporządzenie, jak tylko będzie to możliwe w toku postępowania, zapisu wideo tych rozmów. W tym celu ofiarom handlu podczas postępowania przygotowawczego i sądowego należy zapewnić traktowanie odpowiadające ich indywidualnym potrzebom. Oceniając ich indywidualne potrzeby, należy uwzględnić takie okoliczności jak wiek, ewentualna ciąża, stan zdrowia, ewentualna niepełnosprawność i inne okoliczności osobiste, jak również fizyczne i psychiczne konsekwencje działalności przestępczej, której poddana została ofiara*. Założenia te ulegają konkretyzacji w art. 12 ust. 4 dyskutowanej dyrektywy.

⁴⁶ Dla przykładu, objawy lękowe o łagodnym nasileniu mogą utrudniać świadkowi wypowiedzanie się w większym gronie osób, a co za tym idzie – obiektywnie utrudnić złożenie zeznań w toku rozprawy, nie uniemożliwiając jednak przeprowadzenia tej czynności. W ich następstwie świadek może np. mówić „drżącym” / „załamującym się” głosem, chwilowo przerywać swoje wypowiedzi czy unikać kontaktu wzrokowego z innymi uczestnikami postępowania. Jeżeli jednak, mimo ww. utrudnień, złożone zeznania będą tworzyły spójną całość i nie wywołają negatywnych skutków dla kondycji psychicznej świadka, to cel przesłuchania zostanie osiągnięty, a gwarancje proceduralne zachowane. Dla kontrastu, objawy lękowe o znacznym nasileniu skutkujące całkowitą niemożnością wypowiedzi w obecności innych osób (gonitwa myśli, brak zdolności do koncentracji, agitacja, somatyzacje objawów itd.) całkowicie uniemożliwią świadkowi złożenie zeznań na rozprawie. W takim przypadku utrudnienia przyjmą więc charakter „znacznego”, gdyż osiągnięcie celu danej czynności, *ad casum* nie będzie możliwe.

biektywnych czynników ograniczających swobodę wypowiedzi przesłuchiwanego⁴⁷.

Czynnikiem utrudniającym przeprowadzenie przesłuchania mogą być też atypowe reakcje behawioralne świadka, wynikające z występujących u niego zaburzeń psychicznych czy rozwojowych. Dotyczy to zwłaszcza zachowań auto- i alloagresywnych, skłonności do dysforii, zachowań impulsywnych, gwałtownych czy nieprzewidywalnych⁴⁸. Chęć zapobieżenia takim sytuacjom może uzasadniać zastosowanie art. 185e k.p.k. w celu przeprowadzenia przesłuchania w „przyjaznych” (znanych) świadkowi warunkach (zob. pkt 4.3.), niwelujących ryzyko wystąpienia ww. zachowań.

Dla porządku wskazać należy, że obie składowe omawianej przesłanki zostały połączone funktorem alternatywy zwykłej („lub”). Oznacza to, że dla zastosowania art. 185e k.p.k. wystarczające jest powstanie w organie obawy co do jednego z ww. aspektów.

3.3. Istotność zeznań świadka o szczególnych potrzebach

Ostatnim warunkiem przesłuchania w trybie art. 185e k.p.k. jest stwierdzenie, iż zeznania świadka mogą mieć istotne znaczenie dla rozstrzygnięcia danej sprawy. Niniejsza przesłanka dotyczy apriorycznej oceny zeznania świadka, w kontekście ich istotności (niezbędności, ważności) dla rozstrzygnięcia o przedmiocie procesu. Przesłanka zostanie spełniona, jeżeli organ może zakładać, że uzyskane od świadka informacje będą niezbędne dla „uzupełnienia podstawy faktycznej rozstrzygnięcia w zakresie wymaganych dla ustalenia sprawstwa i istoty czynu”⁴⁹.

3.4. Wniosek o przeprowadzenie przesłuchania w trybie art. 185e k.p.k.

Stwierdzenie zaistnienia omówionych powyżej przesłanek, a co za tym idzie – konieczność przesłuchania świadka w trybie art. 185e k.p.k.

⁴⁷ Chociaż czynniki subiektywne nie mogą mieć znaczenia dominującego w zakresie oceny zachowania warunków „swobody wypowiedzi”, to nie można ich pomijać. Zob. R. Koper, *Swoboda wypowiedzi osoby przesłuchiwanej w procesie karnym*, Warszawa 2022, rodz. IV.5/el.LEX.

⁴⁸ M. Burdzik, *Osoba z zaburzeniami psychicznymi jako uczestnik postępowania karnego*, Warszawa 2024, s. 519 i n.

⁴⁹ Tak słusznie: D. Gruszecka, *Komentarz do art. 185e...*, s. 485.

może mieć miejsce zarówno na etapie postępowania przygotowawczego, jak i w stadium jurysdykcyjnym.

W pierwszym przypadku wniosek o przesłuchanie powinien skierować do sądu prokurator. Ustawa karnoprosowa nie określa tego, jaki prokurator jest właściwy (a co za tym idzie – zobligowany) do dokonania omawianej czynności. Kwestii tej nie reguluje również ustawa z 28.01.2016 r. Prawo o prokuraturze⁵⁰ czy rozporządzenie Ministra Sprawiedliwości z 7.04.2016 r. – Regulamin wewnętrznego urzędowania powszechnych jednostek organizacyjnych prokuratury⁵¹. Ten ostatni akt prawny może stanowić jednak pewną wskazówkę interpretacyjną. Otóż, zgodnie z jego § 171 w sprawach, o których mowa w art. 185a-c k.p.k., z wnioskiem do sądu występuje prokurator prowadzący lub nadzorujący postępowanie, który następnie bierze udział w czynności przesłuchania. Chociaż przywołany przepis nie odnosi się wprost do art. 185e k.p.k. (co należy rozpatrywać w kategorii uchybienia legislacyjnego), to z uwagi na funkcjonalne powiązanie art. 185a-c k.p.k. i art. 185e k.p.k., przyjąć należy, że w przypadku konieczności wystąpienia z wnioskiem o przesłuchanie w trybie art. 185e k.p.k. zastosowanie znajdą tożsame zasady.

Jeżeli potrzeba zastosowania art. 185e k.p.k. wyłoni się dopiero na etapie postępowania sądowego, to decyzję w tym przedmiocie podejmuje sąd, który może działać również z urzędu, tj. gdy żaden z zainteresowanych podmiotów nie złożył wniosku o przesłuchanie świadka w omawianym trybie. Żaden przepis ustawy karnoprosowej nie ogranicza bowiem kompetencji decyzyjnej sądu w tym zakresie, nie uzależnia jej również od faktu złożenia wniosku. Takiego ograniczenia nie można wywodzić z treści art. 185e § 2 zd. 1 k.p.k. Odwołanie się przez ustawodawcę do momentu „złożenia wniosku” służy jedynie określeniu początkowego momentu biegu terminu na przeprowadzenie przesłuchania (zob. pkt 4.2. poniżej), nie świadczy natomiast o obligatoryjności samego wniosku.

Wniosek o przesłuchanie z zastosowaniem art. 185e k.p.k. może zostać złożony na podstawie art. 9 § 2 k.p.k. przez samego świadka (pokrzywdzonego) bądź innych uczestników postępowania (w tym

⁵⁰ Tekst jedn. Dz.U. z 2024 r. poz. 390.

⁵¹ Tekst jedn. Dz.U. z 2023 r. poz. 1115 ze zm.

przedstawicieli ustawowych czy podmioty profesjonalne – obrońcę, pełnomocnika strony)⁵². Taka możliwość dotyczy zarówno postępowania sądowego, jak i przygotowawczego. Chociaż wniosek nie będzie miał charakteru wiążącego, to może stanowić impuls do podjęcia dalszych działań przez organy procesowe.

4. Zasady i tryb przesłuchania świadka o szczególnych potrzebach

4.1. Właściwość sądu

W razie spełnienia przesłanek omówionych w pkt 3, niezależnie od etapu postępowania, świadek o szczególnych potrzebach jest przesłuchiwany przez sąd na posiedzeniu z udziałem biegłego psychologa (art. 185e §2 zd. 1 k.p.k.). Ustawodawca nie przewidział szczególnych reguł dotyczących ustalania właściwości sądu. Kierując się regułami ogólnymi, przyjąć należy, że sądem rzeczowo i miejscowo właściwym do przeprowadzenia przesłuchania będzie każdorazowo sąd powołany do rozpoznania sprawy w pierwszej instancji (art. 329 §1 k.p.k.). Czynność przesłuchania będzie przeprowadzana w składzie jednoosobowym (art. 329 §2 k.p.k.).

4.2. Termin przesłuchania

Przesłuchanie w trybie art. 185e k.p.k. powinno odbyć się nie później niż w terminie 14 dni od wpływu wniosku o zastosowanie rozwiązań przewidzianych w tym przepisie (185e § 2 zd. 1 k.p.k.). Aprobując możliwość podjęcia decyzji także przez sąd działający *ex officio*, należy przyjąć, że w tym ostatnim przypadku ww. termin biegnie od momentu podjęcia przez sąd przedmiotowej decyzji.

Przeprowadzenie przesłuchania po upływie powyższego terminu nie skutkuje bezskutecznością tej czynności dowodowej. Nie rodzi też innych konsekwencji w płaszczyźnie procedury karnej. Przyjąć zatem należy, że termin, o którym mowa w art. 185e § 2 zd. 1 k.p.k., ma charakter instrukcyjny⁵³.

⁵² J. Zagrodnik, *Obrońca i pełnomocnik w procesie karnym i karnym skarbowym*, Warszawa 2020, s. 216.

⁵³ Tak też np. K. Sychta, *Komentarz do art. 185a-f [w:] J. Zagrodnik (red.). Kodeks postępowania karnego. Komentarz*, Warszawa 2024, s. 508.

4.3. Warunki techniczne przesłuchania

Przebieg przesłuchania utrwała się za pomocą urządzenia rejestrującego obraz i dźwięk (art. 147 § 2a k.p.k.). Zapis ten odtwarza się następnie na rozprawie głównej, gdzie odczytuje się również protokół przesłuchania (art. 185e § 2 zd. 4 *in fine* k.p.k.).

Przesłuchanie przeprowadza się w odpowiednio przystosowanych pomieszczeniach w siedzibie sądu albo poza jego siedzibą. Szczegółowe warunki, jakim powinny odpowiadać powyższe pomieszczenia, w tym ich wyposażenie techniczne, określa rozporządzenie Ministra Sprawiedliwości z 22.09.2024 r. w sprawie sposobu przygotowania i przeprowadzenia przesłuchań w trybie określonym w art. 185a-185c oraz art. 185e Kodeksu postępowania karnego oraz warunków, jakim powinny odpowiadać pomieszczenia przeznaczone do przeprowadzania takich przesłuchań⁵⁴ (dalej: Rozp.WP).

Wymogi przewidziane w ww. rozporządzeniu odnoszące się do pokoju przesłuchań służą unikaniu dystraktorów i stresorów, które mogłyby wpływać negatywnie na stan psychiczny świadka lub utrudniać przeprowadzenie przesłuchania (§ 17-19 Rozp.WP).

Co istotne, akt ten gwarantuje świadkowi o szczególnych potrzebach możliwość wcześniejszego obejrzenia pokoju przesłuchań (§ 6). Rozwiązanie to należy ocenić pozytywnie, gdyż sprzyja uprzedniej „adaptacji” świadka do miejsca, w którym czynność procesowa będzie przeprowadzana, co może zmniejszać opór przed partycypacją w przesłuchaniu oraz dyskomfort z tym związany.

Z punktu widzenia prowadzonych rozważań istotne jest też dostrzeżenie, że ustawodawca dopuszcza możliwość przesłuchania świadka „w innym miejscu”, tj. poza przyjaznym pokojem przesłuchań, jeżeli uzasadniają to indywidualne potrzeby świadka i istnieje możliwość utrwalenia czynności za pomocą urządzenia rejestrującego obraz i dźwięk (art. 185f § 1 zd. 2. k.p.k.). *De lege lata* brak jest przeszkód normatywnych do przyjęcia, iż „innym miejscem”, o którym mowa w art. 185f § 1 k.p.k. może być również miejsce zamieszkania świadka o szczególnych potrzebach. Łatwo wyobrazić sobie korzyści płynące

⁵⁴ Dz.U. z 2024 r. poz. 1477.

z przesłuchania prowadzonego w „znanym”, a co za tym idzie – „przyjaznym” dla świadka środowisku domowym. Takie miejsce przesłuchania może być szczególnie korzystne dla świadków z niepełnosprawnością intelektualną czy osób z zaburzeniami lękowymi nasilającymi się np. w szeroko-pojętych miejscach publicznych albo dla osób z zaburzeniami ze spektrum autyzmu⁵⁵.

4.4. Osoby uprawnione do udziału w posiedzeniu

W posiedzeniu, na którym dokonuje się przesłuchania, może wziąć udział prokurator, obrońca oraz pełnomocnik. Nie może natomiast uczestniczyć w nim sam oskarżony (*arg. a contrario* ex art. 185e § 2 zd. 2 k.p.k.). Przy przesłuchaniu mogą być obecne także osoby wymienione w art. 51 § 2 i 3 k.p.k. lub osoba pełnoletnia wskazana przez świadka, o ile ich obecność nie ograniczy swobody wypowiedzi przesłuchiwanego (art. 185e § 2 zd. 3 k.p.k.). Ocena powyższej przesłanki negatywnej leży w gestii organu prowadzącego przesłuchanie, tj. sądu, który dokonuje jej w uzgodnieniu ze świadkiem, a w miarę potrzeby także z biegłym psychologiem (§ 10 ust. 1 pkt 3 Rozp.WP).

W tym miejscu należy zwrócić uwagę na trzy kwestie. Po pierwsze, nie do końca zrozumiałe jest całkowite pozbawienie oskarżonego uprawnienia do udziału w przesłuchaniu prowadzonym w trybie art. 185e k.p.k. O ile rozwiązanie takie jest uzasadnione w odniesieniu do przesłuchania pokrzywdzonego o szczególnych potrzebach, gdyż zapobiega jego wtórnej wiktymizacji⁵⁶, to trudno znaleźć dostateczne argumenty przemawiające za apriorycznym wykluczeniem oskarżonego z przesłuchania świadka niebędącego jednocześnie pokrzywdzonym. Nie powinno ująć uwadze, że art. 185e k.p.k. ogranicza prawo do obrony oskarżonego, uniemożliwiając mu osobisty udział w czynności przesłuchania. Limitacja tego prawa powinna mieć więc każdorazowo

⁵⁵ Warto zaznaczyć, że zaburzenia należące do spektrum autyzmu cechują się brakiem zdolności adaptacyjnych do nowych doświadczeń i okoliczności. W przebiegu tych zaburzeń może nadto występować nadwrażliwość na bodźce sensoryczne. Zob. P. Gałęcki, A. Szulc, *Psychiatria. Rozpoznania według ICD-11*, t. 1, s. 139.

⁵⁶ Prawo do obrony nie ma bowiem charakteru absolutnego i w pewnych przypadkach ustępuje wobec potrzeby ochrony innych wartości, takich jak ochrona interesów pokrzywdzonego. Zob. postanowienie SN z 7.03.2022 r., V KK 13/22, LEX nr 3409385.

silne uzasadnienie. Nie sposób zaś przyjąć, że obecność oskarżonego w każdym przypadku będzie wpływała negatywnie na stan psychiczny świadka, którego dobra prawne nie zostały bezpośrednio naruszone bądź zagrożone przestępstwem. Oczywiście świadek o szczególnych potrzebach może być bardziej podatny na stresory, ale te nie zawsze muszą wiązać się ściśle z osobą oskarżonego. Ocena tej kwestii powinna być więc dokonywana *in concreto* a nie *in abstracto*⁵⁷. *De lege ferenda* należałoby przyjąć, że oskarżony może uczestniczyć w przesłuchaniu świadka niebędącego pokrzywdzonym, chyba że zachodzi uzasadniona obawa, iż jego obecność może wpływać negatywnie na stan psychiczny świadka albo znacząco utrudni przesłuchanie. Za postulatem tym przemawia potrzeba możliwie pełnego urzeczywistnienia prawa do obrony oskarżonego, a co za tym idzie – realizacja standardów rzetelnego procesu w toku konkretnych postępowań karnych.

Po drugie, ustawodawca nie przewiduje odrębnej podstawy normatywnej pozwalającej na wyznaczenie oskarżonemu obrońcy z urzędu dla potrzeb udziału w ww. przesłuchaniu, jeżeli ten nie ustanowił obrońcy z wyboru⁵⁸. Trudno znaleźć racjonalne uzasadnienie dla takiego rozwiązania. Zwiększa ono bowiem ryzyko konieczności powtórnego przesłuchania świadka o szczególnych potrzebach. Ryzyko to może zostać całkowicie wyeliminowane poprzez wprowadzenie do art. 185e k.p.k. rozwiązania analogicznego do tego przewidzianego w art. 185a § 2 zd. 4 k.p.k.⁵⁹. Zgodnie z tym ostatnim przepisem, jeżeli oskarżony zawiadomiony o przesłuchaniu świadka nie posiada obrońcy z wyboru,

⁵⁷ Brak pokrzywdzenia w rozumieniu art. 49 § 1 k.p.k., nie wyklucza traumatyzacji psychicznej świadka w następstwie percepcji zmysłowej czynu zabronionego. Nie powinno się jednak apriorycznie zakładać, że takie następstwo powstaje w każdym przypadku, zwłaszcza że przepis art. 185f k.p.k. w odróżnieniu od art. 185a-c k.p.k., może być stosowany w sprawie o każdy czyn zabroniony stypizowany w Kodeksie karnym, a więc nie tylko, gdy dochodzi do ingerencji w zdrowie, życie czy wolność seksualną człowieka.

⁵⁸ Tak też C. Kulesza, *Komentarz do art. 185e [w:] K. Dudka (red.), Kodeks postępowania karnego. Komentarz*, Warszawa 2023, el.LEX/kom, teza 3.

⁵⁹ Dla porządku wskazać należy, że *de lege lata* w razie przesłuchania świadka w trybie art. 185e k.p.k. nie jest możliwe wyznaczenie oskarżonemu obrońcy w oparciu o art. 185a § 2 zd. 4 k.p.k. stosowany *per analogiam*. Wynika to z zakazu wprost przewidzianego w art. 185e § 5 k.p.k. Zgodnie z tymże w odniesieniu do świadków przesłuchiwalnych w trybie art. 185e k.p.k., przepisów art. 185a-185c k.p.k. nie stosuje się.

sąd wyznacza mu obrońcę z urzędu. Tożsama zasada powinna mieć zastosowanie do przesłuchań prowadzonych na podstawie art. 185e k.p.k. Aprobata powyższego postulatu doprowadzi niewątpliwie do wzrostu kosztów postępowania. Niemniej, zmniejszając ryzyko powtórności przesłuchania, przyczyni się też do lepszej ochrony świadków i pokrzywdzonych o szczególnych potrzebach, a co za tym idzie – urzeczywistni *ratio legis* art. 185e k.p.k.

Po trzecie, sposób skonstruowania katalogu podmiotów uprawnionych do udziału w przesłuchaniu stwarza pewną wątpliwość. Odesłanie do art. 51 § 2 i 3 k.p.k. pozwala bezsprzecznie przyjąć, iż w przesłuchaniu mogą uczestniczyć odpowiednio: przedstawiciele ustawowi małoletniego lub ubezwłasnowolnionego pokrzywdzonego (art. 51 § 2 k.p.k.) albo opiekun faktyczny pokrzywdzonego nieporadnego⁶⁰. Zachodzi jednak pytanie, czy uprawnienie to przysługuje również przedstawicielom ustawowym bądź opiekunowi faktycznemu małoletniego, ubezwłasnowolnionego lub nieporadnego świadka, który nie jest jednocześnie pokrzywdzonym w danej sprawie. Zagadnienie to nie ma jedynie charakteru teoretycznego. Ustawa karnoprocesowa nie reguluje w sposób autonomiczny zasad reprezentacji powyższych kategorii świadków, chociaż osoby te mogą uczestniczyć w konkretnych postępowaniach⁶¹. Ścisła wykładnia literalna art. 185e § 2 zd. 3 k.p.k., dokonywana w zw. z art. 51 § 2 i 3 k.p.k. może *prima facie* prowadzić do wniosku, iż uprawnienie do udziału w przesłuchaniu nie zostało przyznane przedstawicielom ustawowym świadka niebędącego pokrzywdzonym. Osobami wymienionymi w art. 51 § 2 lub 3 k.p.k. są bowiem, *verba legis*, przedstawiciele pokrzywdzonego⁶².

⁶⁰ Pokrzywdzony nieporadny to osoba pełnoletnia i nieubezwłasnowolniona (*arg. a rubrica ex art. 51 § 2 k.p.k.*), która w szczególności z uwagi na swój wiek lub stan zdrowia nie jest w stanie samodzielnie realizować przysługujących jej uprawnień procesowych (art. 51 § 3 k.p.k.). Tym samym zaburzenia w zakresie stanu psychicznego mogą wywoływać stan nieporadności, jeżeli w ich następstwie, z uwagi na nasilenie objawów psychopatologicznych, pokrzywdzony *ad casum* nie będzie w stanie samodzielnie radzić sobie z przysługującymi mu uprawnieniami i ciążącymi nań obowiązkami procesowymi. Szerzej zob. M. Burdzik, *Ochrona interesów...*, s. 120-121.

⁶¹ Nie można bowiem wykluczyć sytuacji, w której do złożenia zeznań wezwana zostanie osoba ubezwłasnowolniona.

⁶² W art. 185e § 2 k.p.k. nie wprowadzono klauzuli „odpowiedniego” stosowania art. 51

Powyższy sposób interpretacji art. 185e § 2 zd. 3 k.p.k. nie wydaje się właściwy, z uwagi na gwarancyjny charakter analizowanego rozwiązania. Skoro *ratio legis* art. 185e k.p.k. sprowadza się również do wsparcia świadków o szczególnych potrzebach, to nie można odmówić prawa do udziału w przesłuchaniu ich przedstawicielom ustawowym, zwłaszcza że obecność tych osób może stanowić realne wsparcie psychiczne dla przesłuchiwanego. Trudno zaaprobować możliwość przesłuchania świadka w „przyjaznych” dlań warunkach (art. 185f § 1 zd. 2 k.p.k.) przy jednoczesnym pozbawieniu go obecności osoby, z którą jest blisko związany. Z powyższych względów, opierając się na wykładni funkcjonalnej art. 185e § 2 zd. 3 k.p.k., należy raczej przyjąć, iż poczynione tam odesłanie do art. 51 § 2 lub 3 k.p.k. pozwala na stosowanie tych ostatnich przepisów – niejako *per analogiam* – także do przedstawicieli ustawowych świadków niebędących pokrzywdzonymi i przyjęcie, że podmioty te mogą uczestniczyć w przesłuchaniu na tożsamych zasadach co przedstawiciele ustawowi pokrzywdzonego. Powyższe założenia potwierdzają przepisy rozporządzenia Ministra Sprawiedliwości, wydanego na podstawie art. 185f § 4 k.p.k., które konkretyzuje zasady prowadzenia przesłuchań w trybie art. 185a-c i e k.p.k.⁶³

Oczywiście świadek może samodzielnie wskazać osobę pełnoletnią, która będzie towarzyszyć mu przy przesłuchaniu (art. 185e § 2 zd. 3 k.p.k.). Niniejsze uprawnienie może na pierwszy rzut oka poddawać w wątpliwość wcześniejsze wywody. Nie ma bowiem żadnych przeszkód ku temu, by w razie wątpliwości interpretacyjnych, świadek jako osobę towarzyszącą wskazał właśnie swojego przedstawiciela ustawowego czy opiekuna faktycznego. Zaburzenia psychiczne mogą jednak skutkować zniesieniem faktycznej zdolności do skorzystania z tego uprawnienia. Muszą zatem istnieć równoległe mechanizmy gwa-

§ 2 lub 3 k.p.k., ale odesłano do nich „wprost” poprzez wskazanie, że uprawnienie do udziału w przesłuchaniu mają *expressis verbis* „osoby wymienione w art. 51 § 2 lub 3”.

⁶³ Zgodnie z § 9 ust. 1 pkt 1 Rozp.WP przed rozpoczęciem przesłuchania biegły psycholog ustala z przybyłym na przesłuchanie rodzicem lub opiekunem małoletniego świadka, a w przypadku świadka, o którym mowa w art. 185e k.p.k., z jego przedstawicielem ustawowym lub osobą, pod której pieczę bądź stałą pieczę świadek pozostaje, stan fizyczny i psychiczny świadka w dniu czynności.

rantujące świadkowi o szczególnych potrzebach wsparcie jego przedstawiciela ustawowego, także gdy sam świadek, z powodu doznawanych objawów, nie przejawia inicjatywy w tym zakresie.

4.5. Zasada jednorazowości przesłuchania

Ustawodawca wprowadził zasadę jednorazowości przesłuchania świadka o szczególnych potrzebach, od której można odstąpić wyłącznie, jeżeli wyjdą na jaw istotne okoliczności, których wyjaśnienie wymaga ponownego przesłuchania, lub w razie uwzględnienia wniosku dowodowego oskarżonego, który nie miał obrońcy w czasie pierwszego przesłuchania świadka (art. 185e § 1 k.p.k.).

Wniosek oskarżonego podlega ocenie jak każdy inny wniosek dowodowy. Przyczyną jego oddalenia mogą być okoliczności wskazane w art. 170 § 1 k.p.k.⁶⁴. W tym miejscu warto podkreślić, że pkt 4 przywołanego przepisu może być podstawą do oddalenia wniosku oskarżonego, jeżeli *ad casum* zachodzi uzasadnione niebezpieczeństwo narażenia psychiki świadka o szczególnych potrzebach na traumę związaną z ponownym przesłuchaniem. Ustalenie to powinno jednak bazować na opinii biegłego psychologa wskazującej jednoznacznie na wysokie prawdopodobieństwo negatywnych skutków ponownego złożenia zeznań⁶⁵. Należy bowiem pamiętać, że mowa tu o wniosku oskarżonego, który nie miał obrońcy przy pierwszym przesłuchaniu, a więc nie posiadał możliwości realizacji prawa do obrony w toku ww. czynności dowodowej.

Pojawienie się nowych okoliczności uzasadnia ponowne przesłuchanie świadka wyłącznie, gdy można przypuszczać, że jego zeznania odnoszące się do tych okoliczności będą miały istotne znaczenie dla rozstrzygnięcia sprawy, tj. dla rozstrzygnięcia o kwestii odpowiedzialności karnej oskarżonego, a przesłuchanie świadka będzie jedy-

⁶⁴ Wyrok SN z 16.04.2015 r., V KK 4/15, LEX nr 1681525; postanowienie SN z 7.05.2013 r., III KK 380/12, LEX nr 1362576. Chociaż orzeczenia te odnoszą się do art. 185a k.p.k., to z uwagi na tożsamość przesłanek ponownego przesłuchania świadka sformułowanych na gruncie art. 185a k.p.k. i art. 185e k.p.k. wyrażone tam zapatrywania należy uznać za aktualne także w odniesieniu do art. 185e k.p.k.

⁶⁵ Zob. np. wyrok SN z 27.02.2020 r., V KK 80/19, LEX nr 3123173; postanowienia SN z: 15.06.2021 r., II KK 248/21, LEX nr 3317139; z 21.04.2021 r., V KK/20, LEX nr 3219865.

nym sposobem na wyjaśnienie tychże okoliczności. Chociaż ten ostatni warunek nie został wyrażony w ustawie wprost, to wydaje się, że tak właśnie należałoby interpretować sformułowanie: „[ich] wyjaśnienie wymaga ponownego przesłuchania”. W przeciwnym wypadku powstaje ryzyko nazbyt „swobodnej” interpretacji tego wymogu, a co za tym idzie – nieuzasadnionego odstępstwa od zasady jednorazowości przesłuchania świadków o szczególnych potrzebach.

W tym miejscu należy podzielić poglądy doktryny formułowane w odniesieniu do art. 185a k.p.k., w którym również zastosowano zasadę jednokrotności przesłuchania, aby sędzia przystępujący do tej czynności procesowej dysponował odpowiednim materiałem dowodowym, pozwalającym na wszechstronne przesłuchanie świadka co do relewantnych okoliczności dotyczących czynu zabronionego. Taki wymóg w oczywisty sposób minimalizuje ryzyko ponownego przesłuchania z uwagi na „pojawienie się nowych okoliczności”⁶⁶.

W razie zaistnienia którejkolwiek z ww. okoliczności uzasadniających odstępstwo od zasady jednokrotności, kolejne przesłuchanie powinno podlegać tym samym reżimom co przesłuchanie pierwotne. Należy je zatem przeprowadzić zgodnie z zasadami, określonymi w art. 185e k.p.k.

4.6. Biegły psycholog i jego rola

Jak już wskazano, przesłuchanie w trybie art. 185e k.p.k. przeprowadzane jest przy obligatoryjnym udziale biegłego psychologa. Biegły powinien być osobą płci wskazanej przez świadka, chyba że utrudni to postępowanie (art. 185e § 3 k.p.k.). Rozwiązanie to należy ocenić pozytywnie. Słuszne jest bowiem stanowisko projektodawców tego przepisu, którzy przyjęli, iż „nie da się *a priori* przewidzieć indywidualnych potrzeb w tym zakresie, dlatego wskazanie płci biegłego psychologa powinno pochodzić od osoby przesłuchiwanej”⁶⁷.

⁶⁶ J. Żylińska, *Karnoprosesowa ochrona małoletniego pokrzywdzonego w sprawach o przestępstwa przeciwko wolności seksualnej i obyczajności kilka uwag na tle nowelizacji wprowadzonej ustawą z 13.06.2013 r. o zmianie ustawy – Kodeks karny oraz ustawy – Kodeks postępowania karnego*, Nowa Kodyfikacja Prawa Karnego 2016, nr 39, s. 91.

⁶⁷ Uzasadnienie rządowego projektu..., s. 55-56.

Rola biegłego ma charakter złożony. Podobnie jak w przypadku przesłuchań przeprowadzanych na podstawie art. 185a-c k.p.k., działania biegłego mogą obejmować: przygotowanie świadka do udziału w przesłuchaniu (§ 9 ust. 1 pkt 2 Rozp.WP), udział w czynności przesłuchania oraz wydanie opinii (ustnej lub pisemnej) po jego zakończeniu⁶⁸. Biegły jest pomocnikiem i konsultantem sądu przeprowadzającego przesłuchanie⁶⁹. Z założenia dysponuje on bowiem wiadomościami specjalnymi na temat postępowania ze świadkami o szczególnych potrzebach i wiedzą tą ma służyć organowi procesowemu. Biorąc pod uwagę *ratio legis* art. 185e k.p.k., przyjąć należy, że rola ta sprowadza się również do wsparcia osoby przesłuchiwanej i ułatwienia jej adaptacji do procedury przesłuchania (pomoc w zrozumieniu przebiegu przesłuchania, roli poszczególnych osób czy kierowanych do świadka komunikatów – § 15 ust. 1-2 Rozp.WP). Biegły powinien też czuwać nad stanem psychicznym świadka w toku przesłuchania, a co za tym idzie – wnioskować o przerwanie przesłuchania, jeśli stan ten ulegnie dekompensacji⁷⁰. Rolą biegłego jest też dbałość o obniżanie nadmiernego napięcia emocjonalnego (poziomu lęku czy niepokoju) świadka, zarówno przed przesłuchaniem (§ 9 ust. 1 pkt 2 i § 2 Rozp.WP), w jego trakcie (§ 15 ust. 2 Rozp.WP), jak i po jego zakończeniu (§ 15 ust. 3 Rozp.WP).

Biegły może zadawać pytania świadkowi, niemniej nie powinien zastępować organu procesowego w prowadzeniu czynności przesłuchania⁷¹.

Jedynie dla porządku warto podkreślić, że biegły nie ocenia wiarygodności zeznań świadka *per se*, gdyż zadanie to, pozostaje wyłączną domeną sądu⁷². Biegły powinien natomiast dostarczyć organowi

⁶⁸ Szerzej na ten temat zob. J. Żylińska, *Biegły psycholog a odebranie i ocena zeznań małoletniego świadka w procesie karnym*, Nowa Kodyfikacja Prawa Karnego 2013, nr 30, s. 168-170.

⁶⁹ K. Osiak-Krynica, *Rola biegłego psychologa w przesłuchaniu dziecka w trybie art. 185e Kodeksu postępowania karnego*, Studenckie Zeszyty Naukowe 2019, nr 40, s. 103.

⁷⁰ E. Gruza, *Psychologia sądowa dla prawników*, Warszawa 2021, el.LEX/rozdz. 7.3.

⁷¹ A. Orzechowska, K. Eichstaedt, P. Gałęcki, *Udział biegłego psychologa w przesłuchaniu świadka w świetle polskiego prawa karnego*, Psychiatria Polska 2021, nr 55(5), s. 1178.

⁷² R. Kosior, *Udział biegłego psychologa w przesłuchaniu dziecka*, Prok. i Pr. 2010, nr 4, s. 49; E. Gruza, *Psychologia...*, s. 259.

informacji na temat zaobserwowanych fenomenów psychopatologicznych (psychologiczna ocena zeznań świadka), które mogą mieć istotne znaczenie dla oceny owej wiarygodności.

4.7. Zastosowanie alternatywnych i wspomagających metod komunikacji

Jeżeli świadek ma trudności z komunikacją werbalną, przesłuchanie przeprowadza się przy wykorzystaniu komunikacji wspomagającej i alternatywnej, którymi świadek się posługuje.

W takim przypadku w przesłuchaniu uczestniczy biegły posiadający odpowiednią wiedzę w tym zakresie (art. 185e § 4 k.p.k.). Ustawodawca nie dookreślił profesji biegłego. Nie ma zatem przeszkód ku temu, by był to biegły psycholog (§ 1), który dodatkowo specjalizuje się w zakresie wspomnianych metod komunikacji. Niewątpliwie taki układ należy uznać za najkorzystniejszy z punktu widzenia sprawności procedury przesłuchania (zmniejszenie liczby ogniw dzielących świadka i sędziego) oraz komfortu świadka o szczególnych potrzebach (ograniczenie liczby osób uczestniczących w jego przesłuchaniu, łatwiejsza adaptacja, mniejsza liczba dystraktorów).

W praktyce znalezienie biegłego psychologa posługującego się alternatywnymi bądź wspomagającymi metodami komunikacji może być utrudnione. W razie braku takiego podmiotu, konieczne będzie równoległe korzystanie z pomocy dwóch biegłych – psychologa oraz biegłego z zakresu odpowiednich form komunikacji (§ 10 ust. 1 pkt 3 Rozp.WP).

Przez wspomagające i alternatywne metody komunikacji (ang. *augmentative and alternative communications*, AAC) należy rozumieć wszelkie formy komunikacji, które pozwalają na porozumiewanie się w sposób inny niż werbalny. Do tego rodzaju metod zalicza się: „różne systemy gestów, symboli graficznych czy obrazków, tablice z literami lub symbolami, książki komunikacyjne, sprzęt czy oprogramowanie komputerowe”⁷³.

⁷³ M. Horna-Cieślak, *Przesłuchanie w trybie art. 185e* [w:] M. Horna-Cieślak, P. Małowska, T. Olga (red.), *Metodyka reprezentacji małoletniego pokrzywdzonego w sprawach przestępstw seksualnych*, Warszawa 2024, el.LEX/rozdz.VI.5.1.

Komunikacja alternatywna służy porozumiewaniu się ze świadkiem, który w ogóle nie posiada zdolności do komunikacji werbalnej (toteż niejako „zastępuje” tę ostatnią). Natomiast komunikacja wspomagająca ma charakter uzupełniający względem występującej – chociażby w minimalnym stopniu – zdolności do porozumiewania się za pomocą mowy⁷⁴.

5. Wnioski

Artykuł 185e k.p.k. ma zastosowanie do pokrzywdzonych oraz świadków, u których *in tempore processus* występują zaburzenia określonych funkcji psychicznych (szerzej psychospołecznych), wynikające z zaburzeń psychicznych, zaburzeń rozwojowych bądź innych stanów zakłócających zdolność do postrzegania lub odtwarzania postrzeżeń.

Kategoryczny sposób sformułowania pierwszej z przesłanek warunkujących skorzystanie z art. 185e k.p.k. („u świadka występują zaburzenia”) nakazuje przyjąć, że *de lege lata* ustawodawca wymaga potwierdzenia tej okoliczności. Organ nie może zatem poprzestać na jej uprawdopodobnieniu. Spełnienie powyższego wymogu w realiach konkretnych postępowań może napotykać na istotne trudności. Organ nie posiada bowiem wiadomości specjalnych z zakresu psychiatrii czy psychologii. Oparcie oceny wyłącznie na analizie dokumentacji medycznej może być zaś niewystarczające w przypadku zaburzeń o charakterze epizodycznym czy występujących pierwszorazowo *in tempore processus* (np. rozwijających się w następstwie przestępstwa – jak ostra reakcja na stres). W razie powołania biegłych, świadek nie ma obowiązku poddania się badaniom lekarskim czy psychologicznym (*arg. ex art. 192 § 4 k.p.k.*). Założenie o jednorazowości przesłuchania wyklucza możliwość uprzedniego przesłuchania świadka w trybie art. 192 § 2 k.p.k. celem ustalenia, czy *ad casum* zachodzą przesłanki do zastosowania art. 185e k.p.k. Wobec powyższych trudności, *de lege ferenda* należy rozważyć zmianę sposobu sformułowania pierwszej przesłanki, tak aby art. 185e k.p.k. znajdował zastosowanie również, gdy zacho-

⁷⁴ K. Sychta, *Komentarz do art. 185a-f [w:] J. Zagrodnik (red.), Kodeks..., s. 509 i przywołana tam literatura; J. Mierzwińska-Lorencka, Wzmocnienie ochrony interesów pokrzywdzonych i świadków w postępowaniu karnym*, el.LEX 2023/rozd.4.

wanie świadka wskazuje na możliwość występowania u niego zaburzeń psychicznych, zaburzeń rozwojowych czy zakłóceń postrzegania bądź odtwarzania postrzeżeń. Za takim rozwiązaniem przemawia *ratio legis* art. 185e k.p.k. Akceptacja powyższego postulatu pozwoli na stosowanie tego przepisu także w sytuacjach, w których występowanie zaburzeń u świadka będzie wysoce prawdopodobne, niemniej z różnych względów nie będzie można tego potwierdzić.

Chociaż art. 185e k.p.k. ma charakter gwarancyjny, to jego zastosowanie ogranicza prawo do obrony oskarżonego w zakresie, w jakim pozbawia go możliwości udziału w posiedzeniu, na którym osoba o szczególnych potrzebach jest przesłuchiwana. O ile rozwiązanie to można uznać za uzasadnione w odniesieniu do przesłuchania pokrzywdzonego (przeciwdziałanie wtórnej wiktymizacji), to trudno zaakceptować je, niejako *in genere*, w przypadku przesłuchania świadków, których dobra prawne nie zostały bezpośrednio naruszone lub zagrożone przestępstwem. *De lege ferenda* należałoby przyjąć, że oskarżony może uczestniczyć w przesłuchaniu świadka niebędącego pokrzywdzonym, chyba że zachodzi obawa, iż jego obecność może wpływać negatywnie na jego stan psychiczny albo utrudni przesłuchanie. Za rozwiązaniem tym przemawia konieczność zapewnienia oskarżonemu realnych możliwości realizacji prawa do obrony we wszystkich tych przypadkach, w których jego ograniczenie nie jest wyraźnie uzasadnione.

Niezależnie od powyższego postulatu, poważne wątpliwości budzi też brak regulacji pozwalającej na wyznaczenie oskarżonemu obrońcy z urzędu dla potrzeb udziału w ww. przesłuchaniu, jeżeli ten nie ustanowił obrońcy z wyboru (brak podstawy w art. 185e k.p.k., niemożność stosowania art. 185a § 2 zd. 4 *per analogiam*, z uwagi na wyłączenie przez art. 185e § 5 k.p.k.). Trudno znaleźć racjonalne uzasadnienie dla takiego rozwiązania. Zwiększa ono bowiem ryzyko powtórnego przesłuchania świadka o szczególnych potrzebach. Ryzyko to może zostać całkowicie wyeliminowane poprzez wprowadzenie do art. 185e k.p.k. rozwiązania analogicznego do tego przewidzianego w art. 185a § 2 zd. 4 k.p.k.

Rozwiązania przewidziane w art. 185e k.p.k. służą realizacji art. 13 KPN poprzez zapewnienie świadkom o szczególnych potrzebach

równego dostępu do wymiaru sprawiedliwości. Niezależnie od sformułowanych powyżej zastrzeżeń, art. 185e k.p.k. sprzyja zatem realizacji ciążących na świadku obowiązków (stawiennictwo, złożenie zeznań), których spełnienie może być *ad casum* utrudnione z powodu prezentowanych przezeń zaburzeń.

Jak wskazano na wstępie, tytułowa instytucja jest nowym instrumentem procesowym, toteż jej ocena przeprowadzona w niniejszym artykule opiera się głównie na analizie teoretycznej. Ocena funkcjonowania art. 185e k.p.k. w praktyce wymagać będzie dokonania retrospektywnej rewizji doświadczeń organów procesowych, biegłych oraz innych uczestników postępowania biorących udział w przesłuchaniach prowadzonych w trybie art. 185e k.p.k. (i powstałego na tej kanwie orzecznictwa). Takie dane na chwilę obecną nie są jeszcze dostępne.

Bibliografia

1. M. Babicki, K. Kotowicz, P. Piotrowski i in., *Obszary stygmatyzacji i dyskryminacji osób chorujących psychicznie wśród respondentów internetowych w Polsce*, Psychiatria Polska 2018, nr 52(1).
2. M. Burdzik, *Lekarz w procesie karnym jako gwarant tajemnicy lekarskiej*, Warszawa 2021.
3. M. Burdzik, *Ochrona interesów pokrzywdzonego z zaburzeniami psychicznymi na gruncie polskiej procedury karnej (uwagi w kontekście pełnomocnictwa obligatoryjnego)*, Prok. i Pr. 2022, nr 12.
4. P. Gałęcki, K. Eichstaedt, *Psychiatria sądowa*, Warszawa 2022.
5. P. Gałęcki, K. Bobińska, K. Eichstaedt, *Ustawa o ochronie zdrowia psychicznego. Komentarz*, Warszawa 2016.
6. P. Gałęcki P., A. Szulc, *Psychiatria*, Wrocław 2018.
7. P. Gałęcki, A. Szulc, *Psychiatria. Rozpoznanie według ICD-11*, t. 1, Wrocław 2023.
8. E. Gruza, *Psychologia sądowa dla prawników*, Warszawa 2021.
9. M. Horna-Cieślak, P. Masłowska, T. Olga, *Metodyka reprezentacji małoletniego pokrzywdzonego w sprawach przestępstw seksualnych*, Warszawa 2024.

10. J. Jaskiernia, K. Spryszak (red.), *Wyzwania dla polskiego systemu ochrony praw człowieka u progu trzeciej dekady XXI wieku*, Toruń 2021.
11. R. Koper, *Swoboda wypowiedzi osoby przesłuchiwanej w procesie karnym*, Warszawa 2022.
12. M. Krawczyński, M. R. Krawczyński, *Zaburzenia rozwojowe: terminologia i klasyfikacja, zakres normy rozwojowej*, *Pediatrica Polska* 2010, nr 1.
13. J. Mierzwińska-Lorencka, *Wzmocnienie ochrony interesów pokrzywdzonych i świadków w postępowaniu karnym*, el.LEX 2023.
14. A. Orzechowska, K. Eichstaedt, P. Gałęcki, *Udział biegłego psychologa w przesłuchaniu świadka w świetle polskiego prawa karnego*, *Psychiatria Polska* 2021, nr 55(5).
15. S. Pużyński, J. Wciórka (red.), *Klasyfikacja zaburzeń psychicznych i zaburzeń zachowania w ICD-10. Opisy kliniczne i wskazówki diagnostyczne*, Kraków-Warszawa 2000.
16. S. Pużyński, *Choroba psychiczna – problemy z definicją oraz miejscem w diagnostyce i regulacjach prawnych*, *Psychiatria Polska* 2007, nr 3.
17. J. Rybakowski, S. Pużyński, J. Wciórka (red.), *Psychiatria. Podstawy Psychiatrii*, t. I, Wrocław 2010.
18. J. Skorupka (red.), *Kodeks postępowania karnego. Komentarz*, Warszawa, 2023.
19. D. Świecki (red.), *Kodeks postępowania karnego. Komentarz*, t. I. Artykuły 1-424, Warszawa 2024.
20. M. Talarowska, A. Florkowski, M. Macander, P. Gałęcki, *Grypa i infekcje grypopochodne a funkcje poznawcze*, *Neuropsychiatria i Neuropsychologia* 2010, nr 5.
21. J. Widacki, *Przeceniona i niedoceniona rola biegłego psychologa w procesie karnym*, *Pal.* 2023, nr 5.
22. P. Wójciak, K. Domowicz, J. Rybakowski, *Objawy negatywne schizofrenii pierwotne i wtórne, zespół deficytowy, uporczywe objawy negatywne*, *Neuropsychiatria i Neuropsychologia* 2017 nr 12(3).
23. J. Zagrodnik (red.), *Kodeks postępowania karnego. Komentarz*, Warszawa 2024.

24. J. Zagrodnik, *Obrońca i pełnomocnik w procesie karnym i karnym skarbowym*, Warszawa 2020.
25. J. Żylińska, *Biegły psycholog a odebranie i ocena zeznań małoletniego świadka w procesie karnym*, Nowa Kodyfikacja Prawa Karnego 2013, nr 30.
26. J. Żylińska, *Karnoprosesowa ochrona małoletniego pokrzywdzonego w sprawach o przestępstwa przeciwko wolności seksualnej i obyczajności kilka uwag na tle nowelizacji wprowadzonej ustawą z 13.06.2013 r. o zmianie ustawy – Kodeks karny oraz ustawy – Kodeks postępowania karnego*, Nowa Kodyfikacja Prawa Karnego 2016, nr 39.

Examination of a witness under Article 185e of the Polish Code of Criminal Procedure

Abstract. The article presents an analysis of the solutions provided for in the Article 185e of the Polish Code of Criminal Procedure (CCP). This provision sets out the procedure and special rules for questioning of a witness with mental disorders, developmental disorders, or impairments of the ability to perceive, or reproduce perceptions. The solution was introduced into the CCP on 15.02.2024 in order to take into account the special needs of witnesses with the above mentioned disorders. The article discusses in detail the subject scope, prerequisites and procedure for the application of the Article 185e of the CCP. It presents also doubts concerning the catalogue of persons entitled to participate in the court session at, which the hearing is conducted. On the basis of the considerations made conclusions, including *de lege lata* and *de lege ferenda* postulates were formulated.

Keywords: Article 185e of the Polish Code of Criminal Procedure, examination of a witness with a mental disorder in a criminal trial, mental disorders of a witness, witness with a mental disorder, witness with a developmental disorder, impairment of the ability to perceive or reproduce perceptions.

Subtelna zmiana w Ordynacji podatkowej a duże możliwości dla izby rozliczeniowej we wspieraniu instytucji obowiązanych w obszarze AML/CFT

(część 1)

Streszczenie. Zmiana treści art. 119zu w § 2a pkt 2 Ordynacji podatkowej, wprowadzona w życie w 2023 r. ustawą z 1.12.2022 r. o Systemie Informacji Finansowej, zwiększa możliwości aktywnego realizowania usług przez izbę rozliczeniową, powołaną na podstawie art. 67 pr. bank., wobec podmiotów zobowiązanych do stosowania środków bezpieczeństwa finansowego. Izba będzie mogła świadczyć usługi na rzecz wybranych instytucji obowiązanych w zakresie wykonywania czynności niezbędnych do zastosowania środków bezpieczeństwa finansowego oraz prowadzenia i dokumentowania wyników bieżącej analizy przeprowadzanych transakcji, o której mowa w art. 43 ust. 3 p.p.p.f.t. i to niezależnie od potrzeby podpisywania umowy na podstawie art. 48 p.p.p.f.t. Takie rozwiązanie ukierunkowuje, a jednocześnie zwiększa potencjał izby rozliczeniowej, która wobec realizacji tych zadań będzie mogła korzystać również z informacji rejestrowanej uzyskiwanej w ramach systemu informacji finansowej (SInF) oraz innych informacji (z systemu STIR), które stanowią podstawę do ustalenia wskaźnika ryzyka dla ścigania przestępstw skarbowych przez organy Krajowej Administracji Skarbowej.

Słowa kluczowe: izba rozliczeniowa, instytucja obowiązana, Ordynacja podatkowa, środki bezpieczeństwa finansowego, outsourcing.

¹ Doktor nauk prawnych, radca prawny, ORCID: <https://orcid.org/0000-0003-3074-1355>.

1. Wprowadzenie

Ustawa z 29.08.1997 r. Ordynacja podatkowa była wielokrotnie zmieniana od chwili jej uchwalenia, tj. od 1997 r. Jedna ze zmian została wprowadzona w 2023 r. ustawą z 1.12.2022 r. o Systemie Informacji Finansowej (ustawa o SInF)² i posiada istotne znaczenie dla relacji pomiędzy określonymi instytucjami obowiązany (IO) a izbą rozliczeniową (IR). Kwestia dotyczy wspierania IO przez IR na potrzeby wykonywania obowiązków stosowania środków bezpieczeństwa finansowego w zakresie przeciwdziałania praniu pieniędzy oraz finansowaniu terroryzmu. Ustawodawca w art. 119zu w § 2a pkt 2 o.p. wprowadził rozwiązanie prawne umożliwiające realizację działań przez IR polegających na wykonywaniu przez nią czynności niezbędnych do zastosowania środków bezpieczeństwa finansowego oraz prowadzenia i dokumentowania wyników bieżącej analizy przeprowadzanych transakcji, o której mowa w art. 43 ust. 3 p.p.p.f.t. Czynności te mogą być wykonywane na rzecz banków, spółdzielczych kas oszczędnościowo-kredytowych lub instytucji zobowiązanych, o których mowa w art. 3 pkt 2 lit. c, d, f lub g ustawy o SInF. W tym zakresie „usługa” IR nie opiera się na reżimie umowy, o której mowa w art. 48 p.p.p.f.t., jak ma to miejsce w przypadku pkt 1 art. 119zu w § 2a o.p. Brak jest w treści tego przepisu odpowiedniego odnośnika, jak w pkt 1, co jednak nie wyklucza sporządzenia „innej” umowy, której przedmiotem będzie wsparcie ze strony IR w granicach określonych przez art. 119zu w § 2a pkt 2 o.p. Można więc rozpatrywać, czy IR nie potraktować w pkt 2 jako tzw. „podmiot trzeci” wobec usługobiorcy, czyli IO. Jednakże nie należy tego określenia mylić z określeniem „podmiot trzeci” w świetle brzmienia art. 47 ust. 1 i 3 p.p.p.f.t. Raczej więc należałoby tu wskazać na pośredniczenie IR we współdzieleniu danych pomiędzy podmiotami w sektorze bankowym. Beneficjentami tego typu usługi są: banki, spółdzielcze kasy oszczędnościowo-kredytowe lub inne instytucje zobowiązane, o których mowa w art. 3 pkt 2 lit. c, d, f lub g ustawy o SInF. Zakres podmiotowy niniejszego rozwiązania nie dotyczy więc wszystkich rodzajów IO, a jedynie

² Dz.U. z 2023 r. poz. 180, Rozdział 8, Zmiany w przepisach, art. 36 pkt 4.

wymienionych w tym przepisie³. Należy zaznaczyć, że zgodnie z art. 2 ust 1 p.p.p.f.t. polskie ustawodawstwo AML/CFT zna znacznie szerszy krąg podmiotów określonych jako IO, które mają obowiązek stosowania środków bezpieczeństwa finansowego oraz prowadzenia i dokumentowania analizy przeprowadzanych transakcji. Pozostają one jednak poza wskazanymi w Ordynacji podatkowej możliwościami wsparcia ich wysiłków wobec stosowania środków bezpieczeństwa finansowego oraz prowadzenia i dokumentowania wyników bieżącej analizy przeprowadzanych transakcji w sposób wskazany w pkt 2 art. 119zu w § 2a o.p.

W obszarze prezentowanej tematyki, jako metody badawcze zastosowano przegląd literatury i informacji medialnych oraz analizę przepisów prawnych, zarówno krajowych, jak i europejskich, w tym zwłaszcza przepisów ustaw: pr. bank., p.p.p.f.t., SInF oraz o.p., a także projektowanych i przyjętych przepisów prawa w zakresie AML/CFT prezentowanych i procedowanych na poziomie Unii Europejskiej⁴. Jako hipotezy badawcze przyjęto: 1) rozwiązania pkt 2 art. 119zu w § 2a o.p., dotyczą wyłącznie enumeratywnie wskazanych rodzajów podmiotów, a tym samym instrument ten dyskwalifikuje inne rodzaje IO; 2) przedmiotowe rozwiązanie stanowi odrębną podstawę prawną od wskazanych w p.p.p.f.t. działań do wykonywania, także przez IR, czynności wsparcia niezbędnych do realizacji przez IO środków bezpieczeństwa finansowego oraz prowadzenia i dokumentowania wyników bieżącej analizy przeprowadzanych transakcji, co może rodzić również pewne konsekwencje dla samych IO; 3) rozwiązania przyjęte na poziomie UE – Rozporządzenie 2024/1624 – nie tylko konsumują kwestie określone w pkt 2 art. 119zu w § 2a o.p., ale także rozszerzają możliwości krajowe na budowanie platform wymiany informacji pomiędzy różnymi (nie tylko sektorowymi) rodzajami IO na potrzeby zwiększenia efektywności sys-

³ Angielski skrótowiec oznaczający: *Anti-Money Laundering/Counter Financing of Terrorism* (przeciwdziałanie praniu pieniędzy /finansowaniu terroryzmu).

⁴ Rozporządzenie Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) 2024/1624 z 31.05.2024 r. w sprawie zapobiegania wykorzystywaniu systemu finansowego do prania pieniędzy lub finansowania terroryzmu (Tekst mający znaczenie dla EOG) (Dz.Urz. UE PL L 2024, s. 1624).

temu AML/CFT. Ostateczny kształt interpretacji przedmiotowych przepisów ma zostać nadany przez Wytyczne ALMA do 2027 r.

2. Omówienie zmiany przepisów art. 119zu w § 2a pkt 2 o.p.

Prezentowane rozwiązanie nie stanowi o obowiązku prowadzenia przez IO wszelkich czynności zmierzających do zastosowania środków bezpieczeństwa finansowego w tej instytucji, jedynie tych, które są „niezbędne”. Które czynności są niezbędne (koniecznie potrzebne) dla zastosowania przez IO środków bezpieczeństwa finansowego oraz prowadzenia i dokumentowania wyników bieżącej analizy przeprowadzanych transakcji, powinny uzgodnić między sobą strony (IR i IO) i zawrzeć w tym zakresie postanowienia w wiążącym je porozumieniu. Samo określenie czynności może odnosić się zarówno do informacji (w tym objętych tajemnicą bankową), ich przetwarzania, danych ze scoring’u czy informacji ze źródeł zewnętrznych. Określenie „niezbędne” powinno sprowadzić się, zarówno dla „czynności niezbędnych”, do dostarczenia sprecyzowanego i wyszczególnionego pakietu usługowego, jak i zakontraktowania „dodatkowych” czynności realizowanych w odniesieniu do określonego przypadku wymagającego zastosowania środków bezpieczeństwa finansowego. W tym drugim przypadku należałoby ocenić w IO zdolność IR do działań nieodczynnych wynikających z potrzeb, w sytuacjach skrajnych. W zakres „niezbędności” mogą wchodzić także te czynności, które będą wynikiem nieradzenia sobie przez IO z adekwatnym wobec ryzyka zastosowaniem środków bezpieczeństwa finansowego. Ponadto, w art. 47 p.p.p.f.t. ustawodawca doprecyzowuje zakres „niezbędnych informacji oraz dokumentów” uznając, że są nimi: kopie dokumentów uzyskanych podczas stosowania środków bezpieczeństwa finansowego polegających na identyfikacji klienta i beneficjenta rzeczywistego oraz weryfikacji ich tożsamości, w szczególności za pomocą środków identyfikacji elektronicznej oraz usług zaufania umożliwiających identyfikację elektroniczną w rozumieniu rozporządzenia 910/2014. Zapis możliwy jest do zastosowania *per analogiam*. Jest to jednak tylko wskazanie przykładowe i odnoszące się do „niezbędnych informacji”, nie zaś do „niezbędnych czynności”. Tym samym pojęcie „wykonywania czynności niezbędnych” może mieścić

w sobie także przygotowywanie „niezbędnych informacji”, ale należałoby je interpretować znacznie szerzej niż zakres wskazany w art. 47 ust. 1 p.p.p.f.t. Przy czym wykonywanie czynności niezbędnych powinno być realizowane przez samą IR i nie powinno być poddawane dalszemu outsourcingowi (wynika to np. ze statusu IR wobec innych podmiotów, który został określony w art. 106d ust 1 pr. bank.). Wykonywanie czynności to „coś” więcej niż tylko dostarczanie niezbędnych informacji. Co zastanawiające, ustawodawca wprowadzając pkt 2 w art. 119zu w § 2a o.p., nie powołał się tu na art. 47 p.p.p.f.t. Tym samym rozwiązanie z o.p. wskazywałoby, że jest to jakaś „inna podstawa prawna” wobec wskazanych w p.p.p.f.t. w zakresie możliwości realizowania czynności przez IR na rzecz IO poza tymi, które powołano w art. 47 i art. 48 p.p.p.f.t. (także w zw. z art. 119zu w § 2a pkt 1 o.p.). Przy takiej ocenie, rozwiązanie przyjęte w o.p. powodowałoby znaczne uprzywilejowanie IR w świadczeniu usług obok takich podmiotów jak: podmiot trzeci (art. 47 p.p.p.f.t.), wspieranie się podmiotów w działaniach w ramach grupy (art. 47 ust. 5 p.p.p.f.t.) oraz podejmowania czynności wsparcia przez osobę fizyczną, osobę prawną lub jednostkę organizacyjną nieposiadającą osobowości prawnej, jako działającą w imieniu i na rzecz instytucji obowiązanej, na podstawie pisemnej umowy (art. 48 ust. 1 p.p.p.f.t.)⁵. Taki brak „wpasowania” się w zakresy art. 47 i 48 p.p.p.f.t. dla usługi określonej w art. 119zu w § 2a pkt 2 o.p. to swoiste działanie IR na rzecz reżimu AML/CFT, ale bez zasad w nim funkcjonujących.

Do tych „niezbędnych” czynności będzie można zaliczyć także np. czynności przygotowawcze, które nie są czynnościami *sensu stricto* traktowanymi jako zastosowanie środków (weryfikacja klienta z listą PEP, ang. *Politically Exposed Persons*, tj. osób zajmujących eksponowane stanowisko polityczne). Określenie „czynności niezbędne” do zastosowania środków bezpieczeństwa finansowego oznacza, że czynności tych nie należy traktować jako *sensu stricto* środków (czynności realizujących środki) bezpieczeństwa finansowego określonych w art. 34 p.p.p.f.t. Ich wykonanie ma dopiero zmierzać do zastosowa-

⁵ W tym przypadku czynności może wykonywać również tożsamo określona IR na podstawie art. art. 119zu w § 2a pkt 1 o.p.

nia przez określone IO środków bezpieczeństwa finansowego. Mimo braku powołania się w pkt 2, tak jak w pkt 1, w art. 119zu w § 2a o.p. na pisemną umowę, wydaje się, że do przekazywania pomiędzy wskazanymi podmiotami a IR danych określonych w § 1 niezbędnym staje się również i w tym przypadku zawarcie umowy i to o charakterze pisemnym. Taka forma powinna zabezpieczać interesy obydwu stron, zwłaszcza że na wskazanych w przepisie instytucjach niewykonywanie obowiązków z ustawy o p.p.p.f.t. obwarowane jest wysokimi karami. Inną kwestią jest ta, czy wobec uznania, iż art. 119zu w § 2a pkt 2 o.p. jest pozaustawową (poza ustawą o p.p.p.f.t.) instytucją wsparcia IO, do tego typu czynności będą miały odniesienie przepisy o kontroli i nakładaniu kar, które określono w ustawie o p.p.p.f.t. Odpowiedź jest twierdząca wobec IO, gdyż to ona bez względu na sposób wspierania przeciwdziałań jest odpowiedzialna za skuteczność oraz adekwatność zastosowania środków bezpieczeństwa finansowego.

Wykonanie tych czynności niezbędnych wiąże się z potrzebą zapewnienia w IO prawidłowego procesu realizacji obowiązków AML/CFT i osiągnięcia założonych rezultatów. Tymi instytucjami będą: banki, spółdzielcze kasy oszczędnościowo-kredytowe lub inne instytucje zobowiązane, o których mowa w art. 3 pkt 2 ustawy o SIInF⁶. W szczególności chodzi tu nie tylko o wykonanie przez IO obowiązków ustawowych, ale także tych z nich, których wykonanie byłoby istotne z punktu widzenia tego, aby nie narazić się na negatywną ocenę ze strony podmiotu kontrolującego, zarówno w sferze wewnętrznej (np. *compliance*), jak i zewnętrznej, ze strony podmiotu uprawnionego do przeprowadzenia kontroli przestrzegania zapisów ustawy o p.p.p.f.t. Konieczne jest więc utrzymywanie stałego poziomu przestrzegania przepisów ustawy

⁶ Inne instytucje zobowiązane to w tym przypadku: krajowa instytucja płatnicza, mała instytucja płatnicza, krajowa instytucja pieniądza elektronicznego, oddział unijnej instytucji płatniczej, oddział unijnej instytucji pieniądza elektronicznego, oddział zagranicznej instytucji pieniądza elektronicznego, firmy inwestycyjne, banki powiernicze, przedsiębiorcy w rozumieniu ustawy z 6.03.2018 r. – Prawo przedsiębiorców, w zakresie, w jakim prowadzą działalność polegającą na udostępnianiu skrytek sejfowych, oraz oddziały przedsiębiorców zagranicznych prowadzące taką działalność na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej – w zakresie, w jakim prowadzą działalność polegającą na udostępnianiu skrytek sejfowych na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej.

oraz wewnętrznego regulaminu określonego w art. 50 p.p.p.f.t., czyli wykonywanie czynności niezbędnych służących do zapewnienia prawidłowego funkcjonowania systemu AML/CFT w ramach danej instytucji obowiązanej. Jednakże może wystąpić rozróżnienie w zakresie określenia „niezbędności” wykonanych czynności przez ich zastosowanie wobec ustalonych środków bezpieczeństwa finansowego. Wynika to z tego, że nie każdy ze środków wymienionych w ustawie o p.p.p.f.t. musi być wdrożony zawsze w tej samej formie i w tym samym zakresie. Atutem IR w tym zakresie jest jej uprawnienie do dysponowania danymi, które można pozyskiwać na potrzeby „ustalenia wskaźnika ryzyka”. Taka umowa pomiędzy IO a IR może więc obejmować czynności pre-wykonawcze wobec dalszego stosowania środków bezpieczeństwa finansowego. Należy zaznaczyć, że te relacje IR-IO nie muszą dotyczyć wyłącznie spraw związanych z przestępczością podatkową powiązaną z praniem pieniędzy czy finansowaniem działalności terrorystycznej. Jednakże w jednym, jak i w drugim przypadku przestępczość podatkowa (wyłudzenia skarbowe) może być przyczynkiem do procederu prania (jako pierwotny czyn zabroniony będący źródłem przestępczego dochodu), jak i dla procederu finansowania działalności terrorystycznej (jako przestępcze źródło środków przeznaczonych na aktywność terrorystyczną).

Zasady stosowania środków bezpieczeństwa finansowego stanowią, że instytucje obowiązane powinny działać adekwatnie do sytuacji, czyli zgodnie z dokonaną oceną ryzyka AML⁷. Oznacza to, że instytucje obowiązane nie mogą zrezygnować ze stosowania któregoś ze środków bezpieczeństwa finansowego, ale mogą je modyfikować zależnie od poziomu stwierdzonego ryzyka. Stosowanie środków bezpieczeństwa finansowego zależy od czynników takich jak: typ, charakter działalności i rozmiar instytucji obowiązanej, rodzaj produktów i usług oferowanych przez instytucję obowiązującą, kanały dystrybucji produktów i usług przez instytucję obowiązującą, państwa i obszary geograficz-

⁷ IAMl, *Środki bezpieczeństwa finansowego – zasady stosowania. Kiedy należy stosować środki bezpieczeństwa finansowego? Kiedy konieczne są środki wzmożone? A kiedy wystarczą uproszczone?*, 27.06.2023, <https://www.iaml.com.pl/wiedza/srodki-bezpieczenstwa-finansowego-zasady-stosowania/> (dostęp 2.08.2024).

ne działania instytucji obowiązanej, rodzaj oraz cechy klienta i transakcji realizowanej z nim przez instytucję obowiązaną, regularność transakcji lub czas trwania stosunków gospodarczych, wartość środków majątkowych deponowanych przez klienta lub wartość przeprowadzonych transakcji lub nawiązanych stosunków gospodarczych⁸. Dlatego też rozumienie „niezbędności” także pośrednio powinno dotyczyć rodzaju czynników wpływu na ryzyko oraz ich intensywności. Stosowanie środków bezpieczeństwa finansowego powinno być poprzedzone analizą ryzyka operacyjnego. W tym też zakresie można upatrywać możliwości realizacji usługi IR wykonywania czynności niezbędnych. Analiza ryzyka powinna zawierać: identyfikację, analizę oraz ocenę zagrożeń, możliwość ich wystąpienia oraz wpływ tego wystąpienia na instytucję obowiązaną. Jak wskazał UKNF – instytucje obowiązane mają obowiązek stosowania środków bezpieczeństwa finansowego, w tym m.in. przeprowadzania identyfikacji klienta oraz weryfikacji jego tożsamości. Ich zastosowanie musi być poprzedzone rozpoznaniem ryzyka prania pieniędzy oraz finansowania terroryzmu związanego ze stosunkami gospodarczymi lub z transakcją okazjonalną oraz oceną poziomu tego ryzyka. Obowiązek ten dotyczy rozpoznania konkretnego profilu klienta oraz nadania mu kategorii ryzyka prania pieniędzy oraz finansowania terroryzmu związanego z danym stosunkiem gospodarczym lub transakcją okazjonalną oraz oceny jego poziomu. Ocena ta jest niezbędnym etapem poprzedzającym zastosowanie względem klienta środków bezpieczeństwa finansowego, proporcjonalnych do ryzyka prania pieniędzy, jakie dany klient generuje⁹. Oznacza to, że to na podmiotach nadzorowanych (instytucjach obowiązanych) ciąży wymóg oszacowania poziomu ryzyka, w tym ustalenia profilu ryzyka klienta, wynikającego m.in. z rodzaju prowadzonej działalności gospodarczej, obszaru geograficznego itd. Podmiot taki dokonuje identyfikacji poziomu ryzy-

⁸ Ibidem.

⁹ UKNF, *Stanowisko UKNF dotyczące prawidłowego wykorzystania w sektorze finansowym rozwiązań w zakresie nawiązywania stosunków gospodarczych bez fizycznej obecności klienta*, wrzesień 2023 r., Warszawa 2023, s. 3, file:///C:/Users/HP/Downloads/Stanowisko_UKNF_dot_prawidlowego_wykorzystania_w_sektorze_f finansowym_rozwiazan_w_zakresie_nawiazywania_stosunkow_gospodarczych_bez_fizycznej_obecnosci_klienta_84094.pdf (dostęp 2.08.2024).

ka, profilu ryzyka klienta oraz oceny tego ryzyka, również wtedy, gdy nawiązywanie albo utrzymywanie stosunków gospodarczych następuje bez fizycznej obecności klienta. Dobór środków bezpieczeństwa finansowego oraz to, z jaką intensywnością podmiot nadzorowany je zastosuje, zależy od zidentyfikowanego przez niego poziomu ryzyka¹⁰. W tym zakresie będą mogły być wykonane takie czynności jak: ocena ustawowych czynników ryzyka w skali odnośnie do określonego podmiotu (np. w zakresie jego scoringu), ustanowienie innych dodatkowych czynników ryzyka i określenie ich skali wobec klienta, dokonanie sprawdzeń w bazach danych dostępnych instytucji obowiązanej, ocena dotychczasowej aktywności klienta w relacji z instytucją obowiązującą, ustalenie celu i zakresu przyszłej jego aktywności, brak powiązań z „informacjami negatywnymi” retencjonowanymi w instytucji, przegląd danych ze zbiorów archiwalnych¹¹. Poszczególne czynności wobec ustalania skali ryzyka mogą być realizowane etapowo. Dla przykładu, w konfiguracji identyfikacja ryzyka – analiza ryzyka, dokonanie oceny ryzyka i przeciwdziałania mu. Jak można zauważyć, trudnym byłoby korzystać z rozwiązania przedstawionego w art. 119zu o.p. przez instytucje obowiązane, które wdrożyły usługę identyfikacji klienta na odległość (bez jego fizycznej obecności). W tym zakresie powinny obowiązywać inne kryteria, takie jak: systemy identyfikacji elektronicznej, które były notyfikowane zgodnie z art. 9 rozporządzenia (UE) nr 910/2014¹² i spełniają wymogi „średniego” albo „wysokiego” poziomu bezpieczeństwa zgodnie z art. 8 tego rozporządzenia, czy też odpowiednie kwali-

¹⁰ Ibidem, s.2.

¹¹ Jako jeden z czynników ryzyka instytucjonalnego wymienia się outsourcing procesów związanych z AML/CFT, tym samym relacja i sędowanie przez instytucję obowiązującą niektórych czynności na IR nie powinno generować dodatkowych elementów ryzyka dla tej instytucji. W konsekwencji może nastąpić wzrost kosztów własnych powodowanych potrzebą wprowadzenia dodatkowych mitygantów. Zob. UKNF, *Stanowisko UKNF dotyczące oceny ryzyka instytucji obowiązanej*, 15.04.2020 r., s. 2, https://www.knf.gov.pl/knf/pl/komponenty/img/Stanowisko_UKNF_dot_oceny_ryzyka_instytucji_obowiazanej.pdf (dostęp 2.08.2024).

¹² Rozporządzenie Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) nr 910/2014 z 23.07.2014 r. w sprawie identyfikacji elektronicznej i usług zaufania w odniesieniu do transakcji elektronicznych na rynku wewnętrznym oraz uchylające dyrektywę 1999/93/WE (Dz. Urz. UE L 257, s. 73).

fikowane usługi zaufania, które spełniają wymogi rozporządzenia (UE) nr 910/2014, w szczególności jego rozdziału III sekcji 3. Dodatkowym czynnikiem, który należy wziąć pod uwagę, jest to, na ile IR będzie w stanie podejmować czynności niezbędne na potrzeby oceny tożsamości „elektronicznej” klienta.

Ponadto można zauważyć, że w art. 119zu w § 2a pkt 2 o.p. nie mamy do czynienia z „umową powierzenia” stosowania środków bezpieczeństwa finansowego (patrz pkt 1), a jedynie z „wykonaniem czynności niezbędnych” do właściwego zastosowania tych środków. Zlecenie czynności IR określonych w pkt 2 nie przesądza o tym, że IR będzie również „stosowała” w imieniu IO środki bezpieczeństwa finansowego. Równie dobrze IO może skorzystać jedynie w „niezbędnym zakresie” z usługi, której wyniki dadzą podstawę do adekwatnego przeprowadzenia środków bezpieczeństwa finansowego wobec klienta, pełnomocnika czy beneficjenta rzeczywistego. Wykonanie czynności może mieścić się, zarówno w zakresie ich „fizycznego” wykonania niejako za instytucję, jak i może być wzbogacone wynikiem dokonanych czynności, np. przedstawieniem scoringu danych (analizy statystycznej) mogących mieć wpływ na rodzaj i skalę zastosowania środków bezpieczeństwa finansowego. Czyli IO, w zależności od umowy z IR, może otrzymać jedynie „surowe” dane lub także ich „przetworzenie”. Tym samym zapis przedmiotowego punktu skłania instytucję obowiązującą do zastanowienia się, w jakim zakresie nie jest ona osobiście władna do wykonania tych czynności, a także w jakim zakresie (w całości albo w części), a tym samym – w jakim zakresie zlecić „przygotowanie” podstaw informacyjnych do zastosowania środków dla IR. Instytucja musi mieć także świadomość, w jakim kierunku wystąpić z prośbą do IR (np. odnośnie do sposobu finansowania klienta, jego działalności, miejsca prowadzenia działalności oraz tego, kim są jego beneficjenci). IR nie powinna zaś dostarczać „informacji zbędnych” dla samego procesu przygotowania stosowania środków bezpieczeństwa finansowego. „Zbędność” może głównie wynikać z braku umiejętności i właściwego skierowania zapytania przez IO do IR. Nie można także wykluczyć połączenia usług świadczonych przez IR, które będą polegały zarówno na wykonaniu czynności niezbędnych, jak i na stosowaniu środków bezpieczeństwa

finansowego na rzecz instytucji obowiązanej. Ponadto prawdopodobnie o nawiązaniu takich relacji przez IO z IR będzie decydował także czynnik finansowy (a zwłaszcza ponoszone koszty i możliwość ich obniżenia w zakresie realizowania obowiązków AML/CFT oraz kosztów wynikających ze zmian regulacyjnych bądź nowych wymagań regulatora krajowego lub unijnego).

Należy tu także zwrócić uwagę na Wytyczne EBA oraz stanowisko ZBP. Zgodnie z pkt 28 Wytycznych EBA, co do zasady instytucje i instytucje płatnicze nie powinny traktować jako outsourcingu określonego rodzaju czynności wymienionych w tym punkcie (np. systemów rozliczeniowych i rozrachunku pomiędzy izbami rozliczeniowymi, CCP i instytucjami rozliczeniowymi oraz ich członkami). Punkt ten nie zawiera jednak bezpośredniego odniesienia do realizowania obowiązków AML/CFT. W kwestii tej wypowiedział się ZBP. W swoim stanowisku wskazał, że czynności w zakresie AML, zgodnie z ustawą o p.p.p.f.t., mogą być wykonywane przez samą instytucję zobowiązaną, w szczególności w kontekście stosowanych środków bezpieczeństwa finansowego. Z uwagi na fakt, iż bank jest w stanie sam realizować obowiązki wynikające z ustawy o p.p.p.f.t., wydaje się, że czynności z zakresu AML nie powinny podlegać wyłączeniu na podstawie pkt 28 Wytycznych EBA, chyba że zakresem ewentualnego powierzenia objęte będą wyłącznie czynności dotyczące doradztwa *stricte* eksperckiego dla banku (np. opinie prawne, specjalistyczne oceny ryzyka wymagające wysoce technicznych kwalifikacji, certyfikatów niedostępnych w banku np. w zakresie ryzyka systemów IT w kontekście AML – zwłaszcza gdy nie obejmują dostępu do danych objętych tajemnicą bankową, zewnętrzne audyty, w tym audyty prawne dotyczące poprawności wykonywania środków bezpieczeństwa finansowego przez Bank). W takim przypadku można rozważać stosowanie odpowiedniego wyłączenia¹³. Zgodnie ze zdaniem drugim pkt 52 Wytycznych EBA banki przy uwzględnieniu przepisów prawa krajowego (np. przepisów dotyczących retencji da-

¹³ ZBP, *Pismo z 3.11.2020 r. Wyjaśnienia interpretacyjne i rekomendacje sektora bankowego w zakresie nowych Wytycznych EBA w sprawie outsourcingu*, <https://sip.lex.pl/orzeczenia-i-pisma-urzedowe/pisma-urzedowe/wyjasnienia-interpretacyjne-i-rekomendacje-sektora-185117162> (dostęp 5.08.2024).

nych wynikających ustawy o p.p.p.f.t.) przechowują w rejestrze przez odpowiedni okres dokumentację zakończonych umów outsourcingu i dokumentację uzupełniającą. Zasadnym wydaje się być rozdzielenie umów outsourcingu na umowy wygaśnię (zakończone) oraz czynne¹⁴. Tym samym jako zasadę powinno się przyjąć, że czynności z zakresu AML powinny być realizowane zwłaszcza przez samą IO. Natomiast ewentualne ich objęcie outsourcingiem powinno być rozpatrywane indywidualnie, zwłaszcza jeśli zaistnieje szczególny rodzaj potrzeby eksperckiej niezbędnej do realizacji obowiązków z zakresu AML/CFT. W takim przypadku należałoby zwrócić uwagę także na to, aby tego typu usługa zewnętrzna była realizowana na podstawie umowy oraz czy była już (w całości albo częściowo) zlecana na zasadzie outsourcingu przez dostawcę usług oraz czy jest wykonywana regularnie lub na bieżąco jako funkcja tego dostawcy (pkt 26 Wytycznych).

Należy zauważyć, że odmiennie od pkt 1, w pkt 2 art. 119zu w § 2a o.p. ustawodawca przy wspieraniu instytucji nie wskazuje na umowę, o której mowa w art. 48 p.p.p.f.t., tak więc IR w zakresie tego zapisu nie będzie traktowana jako część instytucji obowiązanej (ta kwestia dotyczy pkt 1). Z treści zapisu pkt 2 można wywnioskować także, iż chodzi tu raczej o sytuację współpracy z innym rodzajem podmiotu, i nie tyle takim, o którym mowa w art. 47 p.p.p.f.t., co wykreowanym na podstawie odrębnej podstawy prawnej. Rodzaj podmiotu trzeciego, w rozumieniu art. 47 p.p.p.f.t., został dookreślony w ust. 3 tego artykułu. Jest nim IO lub podmiot z siedzibą w innym państwie lub organizacja członkowska lub federacja zrzeszająca taki podmiot, spełniająca określone warunki. Tym samym może zachodzić sytuacja, że ta odrębna podstawa prawna umieszczona w OP może być potraktowana jako będąca poza przepisami wymaganymi przez ustawodawstwo UE. Ordynacja podatkowa wprowadza rozwiązanie podobne do określonego w art. 47 i 48 p.p.p.f.t., ale nie tożsame. Dotyczy to także sytuacji, gdy powierzenie zewnętrznemu podmiotowi określonych

¹⁴ EBA, *Wytyczne w sprawie outsourcingu*, EBA/GL/2019/02, 25 lutego 2019 r. https://extranet.eba.europa.eu/sites/default/documents/files/documents/10180/2761380/7551b1c5-534d-44aa-b524-61eb8929154d/EBA%20revised%20Guidelines%20on%20outsourcing_PL.pdf?retry=1 (dostęp 5.08.2024).

czynności nie jest związane z tym, iż podmiot ten musi być traktowany jako część IO lub jako inna IO. W uzasadnieniu do ustawy o SInF można przeczytać, że: *zgodnie z nowym brzmieniem art. 119zu § 2a o.p., izba rozliczeniowa będzie mogła korzystać z przekazywanych do SInF informacji przy stosowaniu środków bezpieczeństwa finansowego na podstawie umowy, o której mowa w art. 48 ust. 1 p.p.p.f.t., jak również przy wykonywaniu na rzecz instytucji zobowiązanych czynności niezbędnych do zastosowania środków bezpieczeństwa finansowego oraz prowadzenia i dokumentowania wyników bieżącej analizy przeprowadzanych transakcji, o której mowa w art. 43 ust. 3 p.p.p.f.t.*¹⁵. Brak jest odniesienia się ustawodawcy do wykreowania dwóch trybów dla IR na potrzeby wspierania instytucji obowiązanych w zakresie realizowania środków bezpieczeństwa finansowego z ustawy o p.p.p.f.t. Wskazanie art. 48 ust 1 p.p.p.f.t. nie stanowi części wspólnej dla pkt 1 i 2 w art. 119zu w § 2a o.p. Na podstawie treści art. 47 p.p.p.f.t można wskazać, że występują dwa zasadnicze przypadki stosowania środków bezpieczeństwa finansowego na rzecz innego podmiotu, które zostały wskazane w tym przepisie: pomiędzy instytucjami obowiązany mi i w ramach podmiotów działających w jednej grupie kapitałowej. Przy czym podmiotem trzecim może być (ust 3): 1) instytucja obowiązana; 2) podmiot z siedzibą w innym państwie lub organizacja członkowska lub federacja zrzeszająca taki podmiot, który na podstawie właściwych przepisów tego państwa z zakresu przeciwdziałania praniu pieniędzy i finansowaniu terroryzmu jest obowiązany do stosowania środków bezpieczeństwa finansowego i przechowywania dokumentów i informacji oraz podlega nadzorowi właściwych organów tego państwa w sposób odpowiadający wymogom wynikającym z przepisów UE z zakresu przeciwdziałania praniu pieniędzy i finansowaniu terroryzmu. W żadnym z tych podmiotów nie mieści się wskazany w pkt 2 art. 119zu § 2a o.p. status IR, mimo to że IR posiada status krajowej instytucji płatniczej (numer IP51/2021¹⁶), a podmiot o takim statusie jest

¹⁵ Rządowy projekt ustawy o Systemie Informacji Finansowej (uzasadnienie), IX kadencja, druk sejm. nr 2771, s. 53-54.

¹⁶ KNF, System ERUP KNF v 2.0, <https://e-rup.knf.gov.pl/entity.html?param=539504#home> (dostęp 5.08.2024).

traktowany jako instytucja obowiązana (art. 2 ust 1 pkt 3 p.p.p.f.t.). Wydaje się jednak, że projektując pkt 2 tego przepisu, ustawodawca celowościowo skłaniał się do utworzenia „dodatkowej” podstawy prawnej dla roli IR wobec IO, nie zaś do powielenia ról istniejących. Jeżeli wykonywanie czynności niezbędnych byłoby oparte w relacji KIR S.A. (jako IR/IO), a IO w oparciu o art. 47 ust 1 i 3 p.p.p.f.t., zakres współdziałania byłby zawężony w porównaniu do rodzaju współpracy, jaka jest możliwa w oparciu o art. 119zu w § 2a pkt 2 o.p. Ponadto świadomy ustawodawca wiedząc, że w obrocie prawnym pozostaje art. 47 ust 1 i 3 p.p.p.f.t., nie wprowadziłby zapisów w o.p., chcąc uniknąć błędu powielenia. Mając na uwadze powyższe, uznać należy, że podstawa ustalona w art. 119zu w § 2a pkt 2 o.p. stanowi nową odrębną podstawę do wykorzystania przez niektóre instytucje obowiązane podmiotu zewnętrznego – w postaci IR – na rzecz wykonywania czynności niezbędnych do zastosowania środków bezpieczeństwa finansowego oraz prowadzenia i dokumentowania wyników bieżącej analizy przeprowadzanych transakcji, o której mowa w art. 43 ust. 3 p.p.p.f.t. Niestety, z treści uzasadnienia do projektu ustawy o SInF nie można wywieść wniosku, czy tworząc przedmiotowe przepisy zmieniające o.p., ustawodawca zamierzał jedynie uregulować kwestię usankcjonowania IR jako podmiotu spełniającego warunek „podmiotu trzeciego” określonego w art. 47 p.p.p.f.t., czy też chciał ustanowić odrębną, także od zapisów art. 47 p.p.p.f.t., podstawę prawną dla funkcjonowania IR utworzonej na podstawie art. 67 pr. bank., jako podmiotu wykonawczego dla czynności niezbędnych do zastosowania przez banki, spółdzielcze kasy oszczędnościowo-kredytowe lub inne instytucje zobowiązane, o których mowa w art. 3 pkt 2 ustawy o SInF, środków bezpieczeństwa finansowego oraz prowadzenia i dokumentowania wyników bieżącej analizy przeprowadzanych transakcji, o której mowa w art. 43 ust. 3 p.p.p.f.t. Wprowadzenie takiego rozwiązania, niedeterminowanego przepisami UE, stanowi jedynie efekt prawa krajowego. Niemniej jednak nie powinno ono pozostawać w sprzeczności z celami przepisów AML/CFT kreowanymi w UE i naruszać zawartych w nich zasad. Jednocześnie należy za-

uważyć, że posłużono się w zapisie art. 119zu w § 2a pkt 2 o.p. podobnymi określeniami jak w art. 47 ust 1 p.p.p.f.t. Dotyczą one: niezbędności informacji (niezbędności czynności), dokumentów dotyczących stosowanych środków bezpieczeństwa finansowego, w tym kopii dokumentów uzyskanych podczas stosowania środków bezpieczeństwa finansowego (środków bezpieczeństwa finansowego oraz prowadzenia i dokumentowania wyników bieżącej analizy przeprowadzanych transakcji). Niemniej jednak, mimo występujących podobieństw, art. 119zu w § 2a pkt 2 o.p. stanowi odrębną podstawę prawną dla określonych w nim instytucji obowiązanych do możliwości skorzystania z – IR określonej w art. 67 pr. bank. – w zakresie wykonywania czynności niezbędnych do zastosowania środków bezpieczeństwa finansowego oraz prowadzenia i dokumentowania wyników bieżącej analizy przeprowadzanych transakcji, o której mowa w art. 43 ust. 3 p.p.p.f.t. Ponadto przepis OP skierowany jest jedynie do określonego rodzaju instytucji jako instytucji obowiązanych, a nie do ich ogółu, jak zapisy art. 47 p.p.p.f.t., a zwłaszcza art. 48 tej ustawy. Tak więc IR nie będzie w tym zakresie traktowana jako „część” IO (w tym jako IO wchodząca w skład grupy albo jej część), inna IO lub podmiot z siedzibą w innym państwie lub organizacja członkowska lub federacja zrzeszająca taki podmiot, który na podstawie właściwych przepisów tego państwa z zakresu przeciwdziałania praniu pieniędzy i finansowaniu terroryzmu jest obowiązany do stosowania środków bezpieczeństwa finansowego i przechowywania dokumentów i informacji oraz podlega nadzorowi właściwych organów tego państwa w sposób odpowiadający wymogom wynikającym z przepisów UE z zakresu przeciwdziałania praniu pieniędzy i finansowaniu terroryzmu. Takie rozwiązanie posiada także swoje konsekwencje. Po pierwsze, w takiej relacji nie występuje klauzula określona w art. 47 ust 2 p.p.p.f.t. (korzystanie z usług podmiotu trzeciego nie zwalnia instytucji obowiązanej z odpowiedzialności za zastosowanie środków bezpieczeństwa finansowego), co oznacza, że w przypadku, gdy strony porozumienia nie umieszczą takiej klauzuli, np. w umowie wiążącej obydwie strony, nie będzie ona obowiązywała pomiędzy IR a IO.

W konsekwencji takie podejście może okazać się niekorzystnym dla IO. Po drugie, przedmiotowe rozwiązanie nie posiada swojego umocowania w dyrektywie 2015/849¹⁷, co w konsekwencji czyni je rozwiązaniem pozadyrektywalnym, inicjatywą krajową, która w określony autorski sposób poszerza zakres krajowego systemu AML/CFT. Tym samym dopiero z czasem będzie można ocenić jakość zaproponowanych rozwiązań i ich wpływ na całość systemu AML/CFT, który powinien być kompatybilny z podobnymi rozwiązaniami w innych krajach UE. przypadku wystąpienia problemów na linii IO-IR i ujawnienia ich w ramach nadzoru/kontroli/audytu, instytucja obowiązana nie może się tłumaczyć z niewykonania obowiązków na podstawie art. 119zu § 2a pkt 2 o.p., ponieważ alternatywnie posiada IO w tym zakresie możliwości prowadzenia czynności wsparcia i wykonawczych na podstawie art. 47, 48 p.p.p.f.t. oraz art. 119zu § 2a pkt 1 o.p. W tym zakresie odpowiedzialność IO wobec regulatora należałoby ocenić jako niesymetryczną wobec odpowiedzialności IR na rzecz IO.

Istotnym pozostają także wyłączenia zdarzeń, w których mechanizm niezbędnych czynności nie będzie miał miejsca. Wydaje się, że w przypadku art. 119zu § 2a pkt 2 o.p. sytuacja jest trudna do określenia, zwłaszcza gdy przyjmie się, że o.p. wprowadza nową, nieznaną w ustawie o p.p.p.f.t. podstawę prawną do wykonywania czynności niezbędnych. W ustawie o p.p.p.f.t. w zakresie realizacji czynności określonych w art. 47 tej ustawy – zakres stosowania wsparcia jest określony do stosowania środków bezpieczeństwa finansowego, o których mowa w art. 34 ust. 1 pkt 1-3 p.p.p.f.t. W art. 48 p.p.p.f.t. brak jest takiego ograniczenia. Sam art. 34 p.p.p.f.t., definiujący środki bezpieczeństwa finansowego, składa się z 5 ustępów, w tym ust. 1 – z 4 punktów. Tak więc w przypadku art. 47 p.p.p.f.t. wyłączone jest wsparcie dla działań określonych w pkt 4 ust. 1 art. 34 p.p.p.f.t. Jak wskazano już w 2009 r.,

¹⁷ Dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) 2015/849 z 20.05.2015 r. w sprawie zapobiegania wykorzystywaniu systemu finansowego do prania pieniędzy lub finansowania terroryzmu, zmieniająca rozporządzenie Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) nr 648/2012 i uchylająca dyrektywę Parlamentu Europejskiego i Rady 2005/60/WE oraz dyrektywę Komisji 2006/70/WE (Tekst mający znaczenie dla EOG) (Dz.Urz. UE, L 141, s. 73).

w uzasadnieniu do przedmiotowego przepisu, art. 119zu § 2a o.p. nie będzie stosowany do dokonywania analizy, o której mowa w art. 34 ust. 1 pkt 4 lit. a p.p.p.f.t. (tj. w celu analizy transakcji przeprowadzanych w ramach stosunków gospodarczych). W konsekwencji będzie miał on swoje zastosowanie wobec innych działań, które instytucja obowiązana jest zobligowana wykonać na podstawie art. 34 ust. 1 p.p.p.f.t. w zakresie stosowania środków bezpieczeństwa finansowego oraz prowadzenia i dokumentowania wyników bieżącej analizy przeprowadzanych transakcji¹⁸.

Podsumowując, należałoby wskazać, że treść art. 119zu w § 2a pkt 2 o.p. stanowi odrębną podstawę prawną dla wsparcia działań niektórych IO w zakresie czynności niezbędnych do zastosowania środków bezpieczeństwa finansowego oraz prowadzenia i dokumentowania wyników bieżącej analizy przeprowadzanych transakcji, o której mowa w art. 43 ust. 3 p.p.p.f.t. Przepis ten stanowi nową podstawę wsparcia, którą należałoby łączyć nie tylko z obowiązkami IO wynikającymi z ustawy o p.p.p.f.t., ale także z możliwościami, jakie dają IR przepisy pr. bank. Wpływ na wydzielenie jedynie określonej grupy beneficjentów usług IR posiada także możliwość realizacji postanowień art. 119zu w § 2a pkt 2 o.p. za pośrednictwem Sektorowego Centrum Usług AML – wspólnego przedsięwzięcia banków, KIR i ZBP, które powstało w celu wsparcia procesów AML/CFT w bankach poprzez analizę i współdzielenie danych sektorowych. Centrum funkcjonuje w oparciu o dane pochodzące z STIR oraz w dalszej kolejności na podstawie danych z Systemu Informacji Finansowej i systemów rozliczeniowych, których operatorem jest KIR, tj. Elixir i Express Elixir oraz z bazy danych ZBP. Nie można także wykluczyć, że IR (KIR S.A.) będzie mogła wystąpić w roli „podmiotu trzeciego”, ale w tym zakresie z uwzględnieniem całości zasad określonych w ustawie o p.p.p.f.t., a zwłaszcza zawartych w art. 47 tej ustawy.

¹⁸ Zob. M.A. Kędziński, *Rola izby rozliczeniowej we wspieraniu instytucji obowiązanych na podstawie przepisów art. 119zu § 2a pkt 1 ustawy Ordynacja podatkowa – w zakresie przeciwdziałania praniu pieniędzy oraz finansowaniu terroryzmu* (część 2), Prok. i Pr. 2024, nr 6, s. 103.

3. Rozwiązania prawne umieszczone w przepisach pr. bank., stanowiące podstawę do wymiany informacji pomiędzy podmiotami sektorowymi

Podobne rozwiązania, których istotą jest ustanowienie podstaw prawnych do wymiany informacji w zakresie określonym w art. 119zu w § 2a pkt 2 o.p., przewidziano w dwóch przepisach pr. bank. umożliwia bowiem prowadzenie wymiany informacji o kliencie na potrzeby AML/CFT na podstawie art. 104 ust. 2 pkt 7 i 7a oraz art. 106d ust. 1 pkt 3 pr. bank.

Zgodnie z treścią art. 104 pr. bank. – bank, osoby w nim zatrudnione oraz osoby, za których pośrednictwem bank wykonuje czynności bankowe, są obowiązane zachować tajemnicę bankową, która obejmuje wszystkie informacje dotyczące czynności bankowej, uzyskane w czasie negocjacji, w trakcie zawierania i realizacji umowy, na podstawie której bank tę czynność wykonuje. Ten obowiązek nie dotyczy jednak przypadków, w których udzielenie informacji innym bankom, instytucjom kredytowym lub instytucjom finansowym należącym do tego samego holdingu finansowego jest niezbędne do należytego wykonywania, określonych w przepisach prawa obowiązków w zakresie przeciwdziałania praniu pieniędzy oraz finansowaniu terroryzmu (pkt 7) oraz w przypadku gdy udzielenie informacji podmiotowi wiodącemu w konglomeracie finansowym lub podmiotom regulowanym w rozumieniu art. 3 pkt 4 ustawy o nadzorze uzupełniającym¹⁹, wchodzącym w skład konglomeratu finansowego, jest niezbędne do należytego wykonywania określonych w przepisach prawa obowiązków w zakresie przeciwdziałania praniu pieniędzy oraz finansowaniu terroryzmu (pkt 7a). Jak można zauważyć, w przedmiotowym przepisie brak jest informacji o możliwej wymianie informacji za pośrednictwem IR. Jest to wynikiem nałożenia przez ustawodawcę określonych ograniczeń podmiotowych. W tym zakresie następuje więc ograniczenie podmiotowe, zgodnie z którym w wymianie informacji mogą uczestniczyć jedynie:

¹⁹ Ustawa z 15.04.2005 r. o nadzorze uzupełniającym nad instytucjami kredytowymi, zakładami ubezpieczeń, zakładami reasekuracji i firmami inwestycyjnymi wchodzącymi w skład konglomeratu finansowego (tekst jedn. Dz.U. z 2020 r. poz. 1413).

banki, instytucje kredytowe, instytucje finansowe należące do tego samego holdingu finansowego oraz podmioty wiodące w konglomeracie finansowym lub podmioty regulowane w rozumieniu art. 3 pkt 4 ustawy o nadzorze uzupełniającym, wchodzące w skład konglomeratu finansowego.

W kontekście możliwej wymiany informacji należy także zwrócić uwagę na art. 105 pr. bank. Zgodnie z treścią art. 105 ust 1 pkt 1f pr. bank. bank ma obowiązek udzielenia informacji stanowiących tajemnicę bankową Szefowi KAS oraz IR, o której mowa w art. 67 pr. bank., w zakresie niezbędnym do wykonywania odpowiednio zadań i obowiązków, o których mowa w: a) dziale IIIB o.p., b) ustawie o SInF. Kwestie związane z usługami IR na rzecz podmiotów określonych w art. 119zu § 2a o.p. uregulowane zostały właśnie w Dziale IIIB tej ustawy, zatytułowanym *Przeciwdziałanie wykorzystywaniu sektora finansowego do wyłudzeń skarbowych*. Tytuł ten w wersji pierwotnej miał realizować cel ustawy o zmianie ustaw w celu przeciwdziałania wykorzystywaniu sektora finansowego do wyłudzeń skarbowych, tj. ograniczenie „luki” w podatku VAT spowodowanej wyłudzeniami. Cel w postaci korzystania z informacji rejestrowanej znacznie poszerza pierwotny cel art. 105 pr. bank. skupiony na przeciwdziałaniu przestępstw podatkowym. Powołanie się w jego treści na ustawę o SInF bezpośrednio wskazuje na potrzebę udzielania informacji także dla realizacji głównie celu tej ustawy, tj. przeciwdziałaniu praniu pieniędzy oraz finansowaniu terroryzmu (art. 2 ust. 2 pkt 1 ustawy o SInF), ale także na potrzeby rozpoznawania i wykrywania przestępstw katalogowych (art. 2 ust. 2 pkt 2 ustawy o SInF). Art. 105 pr. bank. dotyczy jednak jedynie jednostronnego obowiązku przekazywania informacji przez wskazane w nim instytucje na potrzeby realizacji zadań przez Szefa KAS jako organu publicznego, tak wobec uprawnień z ustawy o.p., jak i ustawy o SInF.

Innym przykładem przepisów umożliwiających wymianę informacji jest art. 106d ust. 1 pkt 3 pr. bank. Zgodnie z jego treścią, banki, inne instytucje ustawowo upoważnione do udzielania kredytów, IR utworzone na podstawie art. 67 pr. bank., instytucje utworzone na mocy art. 105 ust. 4 pr. bank., jednostki zarządzające systemem ochrony, o których mowa w art. 22d ust. 1 pkt 2 ustawy z 7.12.2000 r. o funkcjo-

nowaniu banków spółdzielczych²⁰, ich zrzeszaniu się i bankach zrzeszających, jednostki zarządzające systemem ochrony, o których mowa w art. 130e ust. 1 pr. bank., instytucje pożyczkowe, instytucje finansowe, których podstawowa działalność polega na udostępnianiu składników majątkowych na podstawie umowy leasingu lub świadczeniu usług faktoringowych, podmioty, których podstawowa działalność polega na udostępnianiu składników majątkowych na podstawie umowy leasingu, oraz podmioty, o których mowa w art. 59d ustawy z dnia 12 maja 2011 r. o kredycie konsumenckim²¹, mogą przetwarzać i wzajemnie udostępniać informacje, w tym informacje objęte tajemnicą bankową, w przypadkach wykonywania obowiązków w zakresie określonym w przepisach o przeciwdziałaniu praniu pieniędzy oraz finansowaniu terroryzmu. Przepis ten znacznie poszerza krąg podmiotów uczestniczących w wymianie informacji, art. 104 ust. 2 pkt 7 i 7a pr. bank. Ponadto nie wprowadził warunku w postaci czynności niezbędnych „do należytego wykonywania określonych w przepisach prawa obowiązków w zakresie przeciwdziałania praniu pieniędzy oraz finansowaniu terroryzmu”, a więc jego stosowanie podlega większej swobodzie. Oznacza to, że z chwilą jego zastosowania nie jest potrzebne wykazanie warunku „niezbędności”²². W „wymianie informacji” na podstawie art. 106d ust. 1 pkt 3 pr. bank. uczestniczy także IR, co może dawać jej pozycję pośredniczącą w ich wymianie. Jak zauważa R. Obczyński, art. 54 p.p.p.f.t. znacząco zawęża jednak możliwość stosowania art. 106d pr. bank., bowiem wyklucza z wymiany informacji pomiędzy podmiotami niepowiązanymi więziami własnościowymi fakt zawiadomienia do GIIF. W konsekwencji znajdujemy się zatem w rzeczywistości prawnej, która umożliwia dość powszechną wymianę informacji o kliencie (art. 106d pr. bank.), nawet jeśli podmioty uprawnione nie działają w ramach jednej grupy czy konglomeratu, pod warunkiem

²⁰ Tekst jedn. Dz.U. z 2024 r. poz. 352.

²¹ Tekst jedn. Dz.U. z 2024 r. poz. 1497.

²² Uwagi co do możliwego zastosowania art. 106d ust. 1 pkt 3 PrB do banków korespondentów, zob. R. Obczyński, *Tajemnica bankowa a przeciwdziałanie praniu pieniędzy – czyli jakimi danymi możemy się wymieniać?*, <https://pl.linkedin.com/pulse/tajemnica-bankowa-przeciwdzialanie-praniu-pieniedzy-czyli-obczynski> (dostęp: 2.08.2024).

jednak, że wszystkie podmioty są podmiotami działającymi w Polsce (interpretacja bardziej restrykcyjna). Z kolei o fakcie zgłoszenia klienta do GIIF właściwie poza własną grupę informacji przekazać nie można, bo przypadki, kiedy mamy jedność klienta i transakcji po obu stronach, nie zdarzają się często²³. Wydaje się jednak, że objęcie przedmiotową wymianą także faktu zgłoszenia klienta do GIIF, wobec brzmienia art. 119zu w § 2a pkt 2 o.p. nie byłoby właściwe. R. Obczyński wskazuje również na to, że przy zastosowaniu wykładni bardziej restrykcyjnej art. 106d ust. 1 pkt 3 pr. bank. należy uznać, że powołany przepis daje nam zgodę na wymianę informacji jedynie z bankami działającymi w Polsce, czyli podlegającymi reżimowi prawnemu prawa bankowego. To z kolei powoduje, że banki korespondenci spoza Polski nie mogą korzystać z tych przywilejów. Podobna kwestia może odnosić się do „oddziału przedsiębiorcy zagranicznego”, który mógłby korzystać z wykonywania na jego rzecz czynności niezbędnych przez IR tak uplasowaną w art. 106d ust. 1 pkt 3 pr. bank. Tym samym powstaje pytanie, czy oddział przedsiębiorcy zagranicznego będzie miał prawo do korzystania z informacji przetworzonych w IR, jako uzyskanych od innych IO w trybie art. 106d ust. 1 pkt 3 pr. bank. Wydaje się, że zakres usług powinien obejmować wyłącznie zakres informacyjny wskazany w art. 119zu. § 1 o.p., na co wskazuje § 2a tego przepisu (część wspólna).

4. Wnioski końcowe

Ordynacja podatkowa wprowadza więc dodatkową, niezależną od innych podstaw prawnych umieszczonych w przepisach prawa bankowego, podstawę do świadczenia usług na rzecz określonych instytucji obowiązanych. Przede wszystkim następuje tu zmiana aktu prawnego jako podstawy do stosowania przepisów z prawa bankowego na rzecz Ordynacji podatkowej. Jest to konsekwencja tego, że chodzi tu nie tyle o wykorzystanie IR jako podmiotu pośredniczącego w rozliczaniu transakcji pomiędzy instytucjami bankowymi, co o uplasowanie IR jako podmiotu pośredniczącego w relacjach z Szeferem KAS na potrzeby budowania skali ryzyka przestępstw podatkowych oraz wykorzystania

²³ Ibidem.

bazy rachunków na rzecz zwalczania poważnej przestępczości oraz przeciwdziałania praniu pieniędzy, a także finansowania terroryzmu z wykorzystaniem danych z SInF. Regulacje Ordynacji podatkowej nie odnoszą się jednak do „wzajemnej wymiany informacji”, co wskazywałoby, że działalność IR może być wykonywana wyłącznie na rzecz danej instytucji obowiązanej (I2I), która w tej relacji będzie miała status zleceńodawcy. Wprowadzono także nowy zakres podmiotów, beneficjentów usług IR. Są to instytucje wymienione w ustawie o p.p.p.f.t., jednocześnie posiadające status instytucji zobowiązanej z ustawy o SInF.

Bibliografia

1. M. A. Kędzierski, *Rola izby rozliczeniowej we wspieraniu instytucji obowiązanych na podstawie przepisów art. 119zu § 2a pkt 1 ustawy Ordynacja podatkowa – w zakresie przeciwdziałania praniu pieniędzy oraz finansowaniu terroryzmu (część 2)*, Prok. i Pr. 2024, nr 6.

A Subtle Change in the Tax Ordinance and Great Opportunities for the Clearing House in Supporting Obligated Institutions in the AML/CFT Area (Part 1)

Abstract. Modern legal national solutions in the area of AML/CFT, supported by technological development, aim to increase the effectiveness and quality of the fight against money laundering and terrorism financing. They are based on general international guidelines and established laws, but also often on a subjective, individualized conceptual approach. One such solution is to expand the cooperation of the clearing house with some obligated institutions. This issue concerns the support by the clearing house of obligated institutions in the scope of performing activities necessary to apply financial security measures and conducting and documenting the results of the current analysis of

conducted transactions. In carrying out this task, the clearing house uses data from other systems, including those aimed at combating tax crime, and the possibility of intermediating in the settlement of transactions, and the exchange of information between obligated institutions. The presented solution fits into the new legal instruments, which have been prepared in the EU for the purpose of increasing the possibilities of exchanging information between individual obligated institutions as participants in the AML/CFT system.

Keywords: clearing house, obligated institution, Tax Ordinance, financial security measures, outsourcing.

MATERIAŁY SZKOLENIOWE

*Marcin Jachimowicz*¹

Rozważania o warunkowym umorzeniu postępowania karnego. Uwagi *de lege lata* i *de lege ferenda*

Część 1

Streszczenie. Warunkowe umorzenie postępowania karnego jest jedną z instytucji probacyjnych. Jest to forma stwierdzenia sprawstwa, niepołączona ze skazaniem.

W niniejszym opracowaniu omówiono regulacje dotyczące stosowania warunkowego umorzenia postępowania karnego zawarte w kodeksie karnym oraz kodeksie karnym wykonawczym z 1997 r. Główny nurt rozważań podjętych przez Autora w pierwszej części opracowania stanowi przedstawienie podstaw prawnych stosowania wskazanego środka probacyjnego. Celem badawczym pracy jest szczegółowe zapoznanie Czytelnika z regulacjami dotyczącymi tego zagadnienia z punktu widzenia prawa karnego materialnego oraz wykonawczego. Główna hipoteza badawcza sformułowana przez Autora brzmi następująco: uregulowania prawne dotyczące warunkowego umorzenia postępowania zawarte w ustawach kodeks karny oraz kodeks karny wykonawczy z 1997 r. są słuszne. W pracy przedstawiono również propozycje zmian legislacyjnych dotyczących omawianej instytucji, mające na celu wyeliminowanie kwestii budzących wątpliwości interpretacyjne, jak również

¹ Prokurator Prokuratury Rejonowej w Świebodzinie, ORCID 0000-0003-0009-5751.

uelastycznienie i rozszerzenie praktyki stosowania tego rodzaju reakcji prawnokarnej na przestępstwo.

Słowa kluczowe: środek probacyjny, warunkowe umorzenie postępowania, skazanie, przestępstwo, przestępstwo skarbowe.

1. Wprowadzenie

Warunkowe umorzenie postępowania karnego, mimo swojej procesowej nazwy, jest środkiem reakcji karnej. To jedna z egzystujących w prawie karnym materialnym instytucji probacyjnych, która jest środkiem walki z drobną przestępczością. Na zasadzie art. 116 k.k. instytucja ta ma zastosowanie nie tylko do przestępstw ujętych w k.k., ale także ujętych w innych ustawach, o ile ustawy te wyraźnie nie wyłączają zastosowania kodeksowych przepisów dotyczących warunkowego umorzenia postępowania. Warunkowe umorzenie postępowania może być stosowane zarówno w sprawach prowadzonych z oskarżenia publicznego, jak i w postępowaniach prywatnoscargowych. Jest ono definiowane jako zwolnienie sprawcy od wydania wyroku skazującego², najłagodniejszy środek reakcji karnej na czyn sprawcy³.

Środki probacyjne, zwane również środkami penalnymi o charakterze warunkowym, to instytucje prawa karnego materialnego i wykonawczego realizujące wychowawcze oraz szczególnoprewencyjne cele reakcji karnoprawnej wobec sprawcy przestępstwa. Środki te są związane z poddaniem sprawcy przestępstwa próbie, a zasadniczym warunkiem ich zastosowania jest pozytywna prognoza kryminologiczna przejawiająca się w założeniu, że dotychczasowa postawa sprawcy oraz jego zachowanie po popełnieniu przestępstwa dają duże prawdopodobieństwo przestrzegania przez niego porządku prawnego w przyszłości. W kodeksie karnym ustawodawca przewidział możliwość za-

² Z. Ćwiakalski, *Wybrane zagadnienia warunkowego umorzenia postępowania*, referat wygłoszony podczas IX Bielańskiego Kolokwium Karnistycznego nt. „Środki związane z poddaniem sprawcy próbie”, Warszawa, 16.05.2012 r., <http://www.czpk.pl/2012/05/18/zapis-video-ix-bielanskiego-kolokwium-2012/> (dostęp 25.10.2024 r.).

³ T. Bojarski (red.), *Polskie prawo karne. Zarys części ogólnej*, Warszawa 2008, s. 303.

stosowania wobec sprawcy przestępstwa trzech tego rodzaju środków, to jest: warunkowego umorzenia postępowania (art. 66-68 k.k.), warunkowego zawieszenie wykonania kary pozbawienia wolności (art. 69-76 k.k.) oraz warunkowego przedterminowego zwolnienia (art. 77-84 k.k.). Orzeczenie środka związanego z poddaniem sprawcy przestępstwa próbie wiąże się z polepszeniem jego sytuacji procesowej, albowiem prowadzi do zastosowania wobec niego łagodniejszego środka reakcji karnej⁴.

Celem niniejszego artykułu, będącego pierwszą częścią opracowania, jest przedstawienie podstaw prawnych stosowania warunkowego umorzenia postępowania. Osoba, wobec której sąd zastosował ten środek probacyjny, uważana jest za osobę niekaraną. Jest on szczególnym środkiem odpowiedzialności karnej, polegającym na poddaniu próbie sprawcy przestępstwa, co zakłada stwierdzenie jego popełnienia przez daną osobę, a także i winy sprawcy. Tezy tej nie podważa fakt, że pozytywny wpływ okresu próby przekształca *ex lege* warunkowe umorzenie postępowania w umorzenie definitywne. Podstawą tej instytucji jest chęć dania szansy sprawcy przestępstwa, aby przez to szybciej i mniejszym kosztem dostosować go do życia w społeczeństwie, a także skuteczniej wpłynąć na likwidację konfliktu, który wywołany został przestępstwem, w szczególności poprzez skłonienie sprawcy do naprawienia szkody nim wyrządzonej⁵. Instytucja warunkowego umorzenia postępowania karnego jest zatem instytucją służącą przede wszystkim wychowaniu oraz naprawieniu szkody powstałej wskutek popełnienia przestępstwa, przy zastosowaniu względnie łagodnych środków wychowawczego oddziaływania, która aktualizuje się w tych wszystkich wypadkach, w których bardziej rygorystyczne metody nie są niezbędne⁶.

Przedmiot analizy stanowią unormowania prawne, wypowiedzi doktryny oraz orzecznictwo Sądu Najwyższego i sądów powszechnych dotyczące omawianej w tekście problematyki. Artykuł zawiera rozważa-

⁴ Postanowienie SN z 27.11.2003 r., V KK 301/03, Lex nr 82450.

⁵ E.A. Wdzięczna, *Warunkowe umorzenie postępowania karnego w świetle koncepcji sprawiedliwości naprawczej*, Toruń 2010, s. 109.

⁶ Ibidem, s. 123-124.

nia dotyczące sfery normatywnej i dogmatycznej, a także sfery sądowego stosowania prawa. Prezentując temat, posługiwano się analizą tekstów prawnych oraz analizą dogmatyczną, a także analizą orzeczeń sądowych. W związku z tym tytułowe zagadnienie zostało przedstawione w aspekcie normatywnym, dogmatycznym i praktycznym. Główna hipoteza badawcza brzmi następująco: regulacje prawne dotyczące instytucji warunkowego umorzenia postępowania karnego są słuszne. Autor postuluje również wprowadzenie zmian legislacyjnych dotyczących omawianej instytucji, w celu wyeliminowania kwestii budzących wątpliwości interpretacyjne, jak również uelastycznienia i rozszerzenia praktyki stosowania tego środka probacyjnego.

2. Pojęcie warunkowego umorzenia postępowania

W oparciu o regulacje zawarte w art. 66 § 1 k.k. sąd może zastosować wobec sprawcy przestępstwa środek w postaci warunkowego umorzenia postępowania karnego. Warunkowe umorzenie postępowania jest środkiem polegającym na rezygnacji z prowadzenia postępowania karnego wobec sprawcy, który uznany został za winnego przestępstwa⁷. Zastosowanie tego środka może mieć pozytywny wpływ na przyszłą resocjalizację sprawcy, a także zapobiec jego powrotowi do przestępstwa⁸. Jego celem jest wyeliminowanie krótkoterminowych kar pozbawienia wolności oraz kar, które nie są związane z pozbawieniem wolności⁹. A. Zoll celnie akcentuje, że cecha „warunkowości” nie jest związana z samą decyzją sądu warunkowo umarzającą postępowanie, lecz ze specyficznym charakterem przesłanki tej decyzji, wyrażającym się w jej dynamiczności i w możliwości jej dezaktualizacji z powodów zaistniałych po wydaniu orzeczenia¹⁰.

Warunkowe umorzenie postępowania pozwala w określonych sytuacjach na zakończenie postępowania karnego z jednoczesnym

⁷ M. Cieślak, *Polskie prawo karne. Zarys systemowego ujęcia*, Warszawa 1990, s. 485.

⁸ K. Juszka, *Efektywność warunkowego umorzenia postępowania karnego w postępowaniu przygotowawczym i jurysdykcyjnym*, RPEiS 2015, nr 4, s. 187.

⁹ M. Jankowski, S. Momot, A. Ważny, *Warunkowe umorzenie postępowania*, Warszawa 2011, s. 2.

¹⁰ A. Zoll, *Charakter prawny orzeczenia o warunkowym umorzeniu postępowania karnego*, *Wojskowy Przegląd Prawniczy* 1971, nr 1, s. 46.

uniknięciem wymierzenia kary sprawcy przestępstwa¹¹. Jak trafnie wskazuje M. Cieślak, „decyzja o warunkowym umorzeniu postępowania jest, podobnie jak wyrok skazujący, rozstrzygnięciem o odpowiedzialności karnej oskarżonego, a więc decyzją o zasadniczym przedmiocie procesu”¹². Wyrok, który warunkowo umarza postępowanie karne, wydany zarówno w trybie art. 341 § 5 k.p.k., jak i w trybie art. 414 § 1 k.p.k., jest orzeczeniem, które stwierdza popełnienie przestępstwa, a w Krajowym Rejestrze Karnym gromadzone są informacje o osobach, wobec których zastosowano ten środek probacyjny (art. 1 ust. 2 pkt 2 ustawy z 24 maja 2000 r. o Krajowym Rejestrze Karnym¹³). Należy zaznaczyć, że wyrok ten nie jest jednak wyrokiem skazującym (art. 413 § 2 k.p.k.)¹⁴. Zatem w przypadku zastosowania tego środka nie ma tym bardziej mowy o ukaraniu sprawcy przestępstwa. Spełnienie wszystkich przesłanek warunkowego umorzenia ma charakter warunku progowego, niezbędnego, ale niewystarczającego, albowiem do jego zastosowania konieczna jest jeszcze wola sądu.

3. Przesłanki warunkowego umorzenia postępowania

3.1. Ogólna charakterystyka przesłanek warunkowego umorzenia postępowania

Wśród przesłanek warunkowego umorzenia postępowania karnego wyróżnić należy przesłanki pozytywne (dodatnie) i negatywne (ujemne). Istnienie przesłanek pozytywnych oznacza wystąpienie okoliczności, które powodują, że sąd może wydać orzeczenie o zastosowaniu warunkowego umorzenia postępowania. Natomiast istnienie przesłanek negatywnych wskazuje na istnienie przeszkód, które uniemożliwiają wydanie takiej decyzji procesowej. Przesłanki pozytywne oraz negatywne muszą występować łącznie, w stosunku do każdego

¹¹ P. Gensikowski, *Instytucja przewidziana w art. 335 k.p.k. a warunkowe umorzenie postępowania karnego*, Kwartalnik KSiP 2014, nr 4, s. 6.

¹² M. Cieślak, *Pierwszoinstancyjna procedura warunkowego umorzenia postępowania*, NP 1971, nr 4, s. 527.

¹³ Tekst jedn. Dz. U. z 2024 r., poz. 276.

¹⁴ Wyrok SN z 3.10.2008 r., III KK 167/08, Lex nr 465878.

sprawcy, odnośnie do którego sąd rozważa możliwość zastosowania tego środka probacyjnego¹⁵.

Warunkowe umorzenie postępowania jest możliwe w razie koniunkcyjnego zaistnienia przesłanek wymienionych w treści art. 66 § 1 k.k., tj. może mieć miejsce jedynie gdy: wina i społeczna szkodliwość czynu nie są znaczne, okoliczności jego popełnienia nie budzą wątpliwości, postawa sprawcy dotychczas niekaranego za przestępstwo umyślne, jego właściwości i warunki osobiste oraz dotychczasowy sposób życia uzasadniają przypuszczenie, że pomimo umorzenia postępowania będzie przestrzegał porządku prawnego, w szczególności nie popełni przestępstwa. Jak wynika z powyższego, katalog przesłanek warunkowego umorzenia postępowania karnego za przestępstwo jest zamknięty. Regulacja ma charakter kompleksowy. Niedopuszczalne jest dokonywanie oceny zasadności stosowania warunkowego umorzenia postępowania karnego za przestępstwo na podstawie innych przesłanek. Faktory wymienione w art. 66 § 1 k.k. warunkują uznanie niecelowości kontynuowania wszczętego postępowania karnego wobec sprawcy przestępstwa¹⁶. Decyzja sądu w tym przedmiocie ma charakter fakultatywny. Zasadnie zatem T. Koziół zauważa, że „sąd nie stosuje warunkowego umorzenia postępowania, pomimo wystąpienia jego przesłanek, gdy w konkretnym przypadku będzie się temu sprzeciwiać wzgląd na zaspokojenie społecznego poczucia sprawiedliwości lub potrzeby w zakresie kształtowania świadomości prawnej społeczeństwa”¹⁷.

3.2. Przesłanka ustawowego zagrożenia

W art. 66 § 2 k.k. wskazano, że warunkowego umorzenia nie stosuje się do sprawcy przestępstwa zagrożonego karą przekraczającą 5 lat pozbawienia wolności. Skorzystaniu z tego środka probacyjnego nie stoi na przeszkodzie, że przestępstwo, obok kary pozbawienia wolno-

¹⁵ H. Paluszkiwicz, *Zgoda oskarżonego na orzekanie o warunkowym umorzeniu postępowania karnego (Rozważania, de lege lata i de lege ferenda)*, RPEiS 1996, nr 4, s. 36.

¹⁶ Wyrok SN z 17.05.2016 r., III KK 28/16, Lex nr 2051033.

¹⁷ T. Koziół, *Warunkowe umorzenie postępowania karnego*, Warszawa 2009, s. 140-141.

ści w wysokości do 5 lat, zagrożone jest innymi karami albo środkami karnymi¹⁸. Na dopuszczalność stosowania warunkowego umorzenia postępowania nie mają wpływu wynikające z ustawy podstawy do nadzwyczajnego obostrzenia albo złagodzenia kary¹⁹. Instytucja ta nie znajduje natomiast zastosowania do przestępstw, które zagrożone są karą pozbawienia wolności przekraczającą 5 lat²⁰. Warunkowe umorzenie postępowania można zastosować również do sprawców przestępstw, których zagrożenie ustawowe nie przewiduje w ogóle kary pozbawienia wolności, a w sankcji karnej egzystuje jedynie kara ograniczenia wolności lub grzywna (alternatywnie albo wyłącznie).

3.3. Przesłanka winy

Warunkowe umorzenie postępowania jest nierozzerwalnie związane ze stwierdzeniem przez sąd winy, co jest równoznaczne z przełamaniem domniemania niewinności. Jak trafnie stwierdził SN, „warunkowe umorzenie postępowania jest immanentnie związane ze stwierdzeniem winy. Jest bowiem oczywiste, że dokonanie oceny, czy wina jest znaczna, czy też nie jest znaczna, wymaga pierwotnego uznania, że sprawca czynu zabronionego w ogóle ponosi winę”²¹.

Kodeks karny nie precyzuje definicji winy. Ujmuje ją od strony negatywnej, wskazując w art. 1 § 3 k.k., że nie popełnia przestępstwa sprawca czynu zabronionego, jeżeli nie można mu przypisać winy w czasie czynu. Brak możliwości przypisania winy stanowi podstawę umorzenia postępowania karnego (art. 17 § 1 pkt 2 k.p.k.). Aby można było ustalić winę, muszą najpierw zostać spełnione znamiona strony przedmiotowej konkretnego czynu zabronionego popełnionego przez oskarżonego. Przesłankami determinującymi przypisanie winy za przestępstwo są: zdolność wiekowa, przynajmniej poczytalność ograniczona, możliwość rozpoznania karalności czynu, możliwość rozpoznania, że nie zachodzi okoliczność wyłączająca bezprawność. Nie sposób nie wspomnieć, że kodeks karny rozróżnia okoliczności wyłączające winę,

¹⁸ Uchwała SN z 29.01.1971 r., VI KZP 26/69, OSNKW 1971, nr 3, poz. 33.

¹⁹ Wyrok SN z 12.02.2019 r., III KK 260/17, Lex nr 2396169.

²⁰ Wyrok SN z 29.03.2017 r., IV KK 370/16, Lex nr 2307071.

²¹ Wyrok SN z 9.01.2002 r., III KKN 303/00, Lex nr 75033.

do których zalicza m.in.: nieletniość (art. 10 k.k.), niepoczytalność (art. 31 § 1 k.k.), stan wyższej konieczności (art. 26 § 2 k.k.), błąd co do faktu (art. 28 k.k.), rozkaz przełożonego (art. 318 k.k.).

Wyznaczenie stopnia zawinienia wymaga ustalenia najpierw wszystkich przesłanek przypisania winy, takich jak dojrzałość sprawcy i jego poczytalność, w tym możliwości rozpoznania przez niego bezprawności czynu oraz braku anormalnej sytuacji motywacyjnej występującej w nasileniu uniemożliwiającym wymaganie od sprawcy dania posłuchu normie prawnej. Należy także zaakcentować, że na stopień zawinienia wpływa stopień społecznej szkodliwości czynu, ale tylko do granic możliwości przewidywania konsekwencji swojego zachowania. Niedozwolone jest przy tym stosowanie odmiennych zasad, np. procentowe (ułamkowe) oznaczanie stopnia winy, które stosowane jest na gruncie prawa cywilnego (art. 362 k.c.)²².

Stopień winy sprawcy, w przypadku chęci zastosowania przez sąd instytucji warunkowego umorzenia postępowania, nie może być znaczny. Warunek braku znacznego stopnia winy musi wystąpić łącznie z brakiem znacznego stopnia społecznej szkodliwości czynu. Jak wskazał TK, ustalenie stopnia zawinienia wymaga ustalenia najpierw wszystkich przesłanek przypisania winy, a zatem dojrzałości sprawcy i jego poczytalności, rozpoznawalności bezprawności czynu, a także braku anormalnej sytuacji motywacyjnej występującej w nasileniu uniemożliwiającym wymaganie od sprawcy dania posłuchu normie prawnej²³.

Dokonując oceny, czy wina jest znaczna, sąd powinien rozważyć, czy mają miejsce okoliczności, które zmniejszają zawinienie. Nie chodzi tu o okoliczności, które wyłączają winę, wówczas bowiem nie sposób mówić o przestępstwie, a tym samym o możliwości zastosowania jakiegokolwiek środka probacyjnego. W grę wchodzić mogą jednak np. ograniczona poczytalność (art. 31 § 2 k.k.), nieusprawiedliwiony błąd co do tego, że zachodzi okoliczność wyłączająca bezprawność lub winę (art. 29 k.k.), okoliczności wskazujące na anormalną sytuację mo-

²² Wyrok SA w Krakowie z 31.05.2007 r., II AKa 90/07, Lex nr 279375.

²³ Wyrok TK z 16.05.2000 r., P 1/99, OTK 2000, nr 4, poz. 111.

tywacyjną, np. afekt, sytuacje zbliżone do stanu wyższej konieczności, działanie pod wpływem strachu, paniki czy znalezienie się w sytuacji stresowej²⁴.

3.4. Przesłanka stopnia społecznej szkodliwości czynu

Obok przesłanki braku znaczości winy, przy warunkowym umorzeniu postępowania powinna zostać spełniona również przesłanka braku znaczości społecznej szkodliwości popełnionego przez sprawcę przestępstwa. Odnośnie do ustalenia stopnia społecznej szkodliwości czynu SN wypowiedział się m.in. w wyroku z 8 stycznia 2009 r., stwierdzając, że „ustalenie stopnia społecznej szkodliwości czynu jest niezbędne w toku każdego postępowania karnego, również przy rozpoznawaniu wniosku prokuratora o warunkowe umorzenie postępowania karnego, ponieważ aby ten wniosek rozstrzygnąć, konieczne jest ustalenie, czy w ogóle mamy do czynienia z przestępstwem”²⁵.

Użyte przez ustawodawcę w art. 66 § 1 k.k. odnoszące się do stopnia społecznej szkodliwości czynu określenie „nie jest znaczny” nie ma identycznego znaczenia, co zwrot „nieznaczny”²⁶. Pierwsze z nich bowiem (stosownie do brzmienia art. 66 § 1 k.k.) obejmuje swoim zakresem również wypadki o „średnim” stopniu społecznej szkodliwości²⁷.

Stopień społecznej szkodliwości czynu, na gruncie wskazanego tu przepisu, musi być wyższy od „znikomego”, ten bowiem skutkuje, stosownie do treści art. 1 § 2 k.k., brakiem przestępności czynu i obowiązkiem bezwarunkowego umorzenia postępowania karnego (art. 17 § 1 pkt 3 k.p.k.).

Przy ocenie stopnia społecznej szkodliwości czynu sąd, zgodnie z treścią art. 115 § 2 k.k., bierze pod uwagę rodzaj i charakter naruszo-

²⁴ M. Kowalewska, *Motywacja sprawcy czynu zabronionego*, [w:] I Sepiło (red.), *Interdyscyplinarność badań w naukach penalnych*, Warszawa 2012, s. 27-34.

²⁵ Wyrok SN z 8.01. 2009 r., WK 24/08, OSNwSK 2009, nr 1, poz. 47.

²⁶ Zdaniem Z. Sienkiewicz w zwrocie „nie jest znaczny” chodzi wyłącznie o taki stopień, który jest „zaprzeczeniem” stopnia znacznego, a przyjęcie, że chodzi o stopień „nieznaczny” ograniczałoby zakres stosowania tego przepisu, a zatem działałoby na niekorzyść sprawcy, Z. Sienkiewicz, *Warunkowe umorzenie postępowania* [w:] M. Bojarski (red.), *Prawo karne materialne. Część ogólna i szczególna*, Warszawa 2010, s. 347.

²⁷ Wyrok SA w Krakowie z 30.05.2005 r., II AKa 50/05, Lex nr 152962.

nego lub zagrożonego dobra, rozmiary wyrządzonej lub grożącej szkody, sposób i okoliczności popełnienia czynu, wagę naruszonych przez sprawcę obowiązków, a także postać zamiaru, motywację sprawcy, rodzaj naruszonych reguł ostrożności oraz stopień ich naruszenia. Katalog okoliczności wskazanych w art. 115 § 2 k.k. ma charakter zamknięty, na co wielokrotnie zwracał uwagę SN, wskazując m.in. w wyroku z 17 kwietnia 2024 r., że „ustawodawca, formułując w art. 115 § 2 k.k. normatywne przesłanki oceny stopnia społecznej szkodliwości czynu, zbudował zamknięty katalog okoliczności, z których każda charakteryzuje się prawną doniosłością. Pominięcie w ocenie którejkolwiek z nich, czy też formułowanie własnych okoliczności, odmiennych od ustawowych i nadawanie im zasadniczego znaczenia, stanowi naruszenie prawa materialnego. Nie jest zatem właściwe ferowanie oceny stopnia społecznej szkodliwości, jakim nacechowane ma być dane zachowanie, wyłącznie o ocenę cząstkową, opartą na pojedynczych elementach”²⁸.

Ocena stopnia społecznej szkodliwości jest wypadkową kwantyfikatorów wymienionych w art. 115 § 2 k.k. Ustawodawca nie „faworyzuje” żadnej z grup okoliczności względem drugiej. Nie przydaje także priorytetowej roli poszczególnym okolicznościom względem innych w obrębie tej samej grupy.

Prawodawca, formułując kryteria, które powinny być brane pod uwagę przy ocenie stopnia społecznej szkodliwości czynu, pominął jednak te związane ze sprawcą, jak np. jego wiek, właściwości oraz warunki osobiste²⁹.

3.5. Przesłanka procesowa

Stosownie do treści art. 66 § 1 k.k., przy podejmowaniu decyzji o zastosowaniu instytucji warunkowego umorzenia postępowania karnego powinien zostać spełniony wymóg, aby okoliczności popełnienia czynu nie budziły wątpliwości. Dotyczy to wypełnienia przez oskarżonego wszelkich znamion zarzucanego mu czynu określonych w konkretnym przepisie, który zawiera opis zarzucanego mu przestępstwa.

²⁸ Wyrok SN z 17.04.2024 r., V KK 338/23, Lex nr 3715369.

²⁹ Postanowienie SN z 25.06.2008 r., V KK 1/08, OSNKW 2008, nr 9, poz. 75.

Stosując warunkowe umorzenie postępowania, sąd, w oparciu o zgromadzony w postępowaniu materiał dowodowy, musi dojść do przekonania, że fakt popełnienia przestępstwa nie budzi wątpliwości, a zatem że istnieją wystarczające podstawy, aby oskarżonemu przypisać popełnienie tego czynu. Ponadto na sądzie spoczywa obowiązek wyjaśnienia wszystkich elementów przedmiotowych oraz podmiotowych przestępstwa. Wątpliwości, o których mowa w art. 66 § 1 k.k., to nie jakiekolwiek wątpliwości, związane z okolicznościami czynu, ale wątpliwości dotyczące bytu oraz cech czynu, relewantnych z prawnokarnego punktu widzenia, a także podstaw i zakresu odpowiedzialności osoby, której popełnienie tego czynu zarzucono³⁰. Dla możliwości wydania orzeczenia w zakresie warunkowego umorzenia istotne jest zatem ustalenie wszelkich przesłanek odpowiedzialności karnej sprawcy. Celnie określił tę przesłankę SN, stwierdzając, że „jedną z przesłanek warunkowego umorzenia postępowania karnego – zgodnie z art. 66 § 1 k.k. – jest wymóg, aby okoliczności popełnienia czynu nie budziły wątpliwości. Nie może być zatem wątpliwości ani co do tego, że oskarżony wypełnił wszystkie znamiona zarzucanego mu czynu wymienione w konkretnym przepisie, zawierającym opis danego przestępstwa, jak i że spełnione zostały warunki odpowiedzialności konieczne do uznania kogoś za sprawcę przestępstwa ujęte w części ogólnej kodeksu karnego, np. że sprawca nie działał w warunkach kontratypu”³¹. W podobny sposób, odnosząc się do tej problematyki, SN wypowiedział się w innym judykacie, wskazując, że „podjęcie przez sąd prawidłowej decyzji w zakresie warunkowego umorzenia postępowania wymaga, aby stan faktyczny sprawy nie budził żadnych wątpliwości w świetle zebranego materiału dowodowego i dokonanej przez organ procesowy jego oceny. To właśnie na podstawie tych dowodów sąd ustala sprawstwo oskarżonego, stopień jego zawinienia i stopień społecznej szkodliwości czynu, a więc okoliczności, które implikują inną przesłankę warunkowego umorzenia

³⁰ T. Koziół, *Zasada in dubio pro reo a brak wątpliwości co do okoliczności popełnienia czynu jako przesłanka warunkowego umorzenia postępowania karnego*, PS 2002, nr 11-12, s. 148.

³¹ Wyrok SN z 24.02.2005 r., V KK 435/04, Lex nr 147241.

postępowania, a mianowicie by okoliczności popełnienia czynu nie budziły wątpliwości. Skoro jedną z przesłanek warunkowego umorzenia postępowania jest wymóg, aby okoliczności popełnienia czynu nie budziły wątpliwości, sąd na podstawie zebranego materiału dowodowego musi dojść nie tylko do wniosku, że sam fakt popełnienia przestępstwa nie budzi wątpliwości, a zatem istnieją wystarczające podstawy, aby oskarżonemu przypisać popełnienie tego czynu, lecz także powinien wyjaśnić elementy przedmiotowe i podmiotowe tego czynu rzutujące na ocenę zarówno stopnia jego społecznej szkodliwości, jak i stopnia zawinienia oskarżonego³². Nie należy natomiast do przesłanek zastosowania warunkowego umorzenia postępowania przyznanie się przez oskarżonego do winy³³. Jak zaakcentował SN: „sąd może, mimo nieprzyznania się oskarżonego, orzec o warunkowym umorzeniu, jeżeli oceni, że okoliczności popełnienia czynu nie budzą wątpliwości, podobnie jak może również, mimo przyznania się przez oskarżonego, uznać, że wątpliwości takie istnieją”³⁴. Również w innym judykacie SN orzekł, że „nieprzyznanie się przez oskarżonego do popełnienia zarzuconego mu przestępstwa nie stanowi przeszkody do warunkowego umorzenia postępowania karnego, jeżeli w świetle ustalonych okoliczności sprawy fakt popełnienia tego przestępstwa przez sprawcę nie budzi wątpliwości”³⁵. Bezspornie jednak złożenie przez oskarżonego pełnych skruchy wyjaśnień, w których przyznał się on do popełnienia zarzuconego mu przestępstwa, a także zadeklarował chęć naprawienia szkody albo oświadczył, że szkodę naprawił jeszcze przed przystąpieniem przez organ procesowy prowadzący postępowania przygotowawcze albo sąd do jego przesłuchania, powinno predestynować go do zastosowania omawianej instytucji. Zastosowanie tego środka probacyjnego nie jest również uzależnione od zgody oskarżonego ani pokrzywdzonego, o takim *iunctim* nie stanowi żaden z przepisów kodeksu karnego³⁶.

³² Wyrok SN z 17.04.2024 r., IV KK 38/24, Lex nr 3706792.

³³ Wyrok SN z 11.07.1985 r., RNw 17/85, OSNKW 1986, nr 3-4, poz. 18.

³⁴ Postanowienie SN z 27.11.2003 r., V KK 301/03, OSNKW 2004, nr 1, poz. 9.

³⁵ Wyrok SN z 11.07.1985 r., RNw 17/85, OSNKW 1986, nr 3-4, poz. 18.

³⁶ Postanowienie SN z 27.11.2003 r., V KK 301/03, OSNKW 2004, nr 1, poz. 9.

3.6. Przesłanka pozytywnej prognozy kryminologicznej

Ustawodawca w art. 66 § 1 k.k. wskazał, że generalną przesłanką zastosowania warunkowego umorzenia postępowania karnego jest uzasadnione przypuszczenie sądu, że oskarżony pomimo umorzenia postępowania będzie przestrzegał porządku prawnego, a w szczególności nie popełni przestępstwa. To przypuszczenie musi być oparte na pozytywnej prognozie kryminologicznej wobec oskarżonego. Ta z kolei kształtowana jest przez jego postawę, jego dotychczasową niekaralność za przestępstwo umyślne, jego właściwości i warunki osobiste oraz dotychczasowy sposób życia.

Pojęcie pozytywnej prognozy kryminologicznej, zwanej również prognozą społeczną lub społeczno-kryminologiczną³⁷, nie jest terminem ustawowym, a pojęciem wypracowanym i używanym w doktrynie. Dodatnią prognozą jest uzasadnione przypuszczenie, że sprawca będzie przestrzegał porządku prawnego, a w szczególności nie popełni nowego przestępstwa. Kryteria, jakie mają być podstawą ustalenia pozytywnej prognozy kryminologicznej przy warunkowym umorzeniu postępowania, zostały wskazane przez ustawodawcę w art. 66 § 1 k.k. O pozytywnej prognozie, która uzasadnia zastosowanie tego środka probacyjnego, decyduje całłościowa ocena przesłanek wymienionych w tym przepisie. Ta prognoza ma charakter indywidualny, a jej badanie opiera się na założeniu, że zachowaniem ludzi rządzą określone prawidłowości, co oznacza, że osoby o zbliżonych cechach w podobnych okolicznościach zachowują się w zbliżony sposób³⁸. Jak trafnie akcentuje się w orzecznictwie, „pozytywna prognoza kryminologiczno-społeczna, jak każda inna prognoza, zawiera element ryzyka związanego z możliwością jej niespełnienia. Oczywiście jest bowiem, że nikt nie jest w stanie udzielić pełnej gwarancji na trafność prognozy. Rzecz jednak w tym, aby ryzyko związane z niespełnieniem się takiej prognozy było ograniczone do akceptowalnego stopnia, to znaczy takiego, który reso-

³⁷ S. Lelental, *Probacja w systemie prawa karnego w Polsce oraz polityka orzekania środków związanych z probacją w latach 1990–1996* [w:] L. Bogunia (red.), *Probacja w systemie prawa karnego wykonawczego*, Wrocław 1998, s. 76.

³⁸ T. Koziół, *Warunkowe umorzenie postępowania karnego...*, s. 116.

cializacji nie pozbawia sensu, ale minimalizuje zagrożenie do dających się przewidzieć, rozsądnych granic”³⁹.

Dokonując oceny postawy sprawcy, sąd powinien brać pod uwagę okoliczności, w jakich wszedł on w konflikt z prawem, czy zdarzenie to miało charakter epizodyczny, jaki jest stosunek sprawcy do zaatakowanego dobra chronionego prawem⁴⁰ oraz do innych dóbr, a także do porządku prawnego w ogóle⁴¹. Sąd, rozważając możliwość warunkowego umorzenia postępowania, bierze pod uwagę również właściwości i warunki osobiste sprawcy. W tym aspekcie sąd powinien mieć na uwadze charakter, a także cechy osobowościowe sprawcy, okoliczności dotyczące jego życia, w tym warunki materialne, mieszkaniowe, rodzinne oraz środowiskowe⁴², a nadto jego właściwości fizyczne i psychiczne, w tym stan zdrowia, niepełnosprawność, poziom rozwoju intelektualnego czy zdolność do samokrytyki⁴³. Istotne znaczenie dla pozytywnej prognozy kryminologicznej ma również dotychczasowy sposób życia sprawcy. Chodzi tu o okoliczności związane z jego życiem przed popełnieniem przestępstwa, z uwzględnieniem jego dotychczasowej karalności, a także aktualnej sytuacji procesowej, innych prowadzonych wobec niego postępowań karnych, dyscyplinarnych, o wykroczenie, a nawet tymczasowe aresztowanie w innej sprawie⁴⁴. Za przyjęciem pozytywnej prognozy kryminologicznej przemawiają, jak akcentuje judykatura, takie okoliczności jak: „prawy charakter sprawcy, należyty poziom moralny, właściwy stosunek do pracy, nieprzebywanie w otoczeniu zdemoralizowanym lub atmosferze sprzyjającym przestępstwu oraz nienaganny do czasu popełnienia czynu sposób życia. Oceniając postawę sprawcy, należy zwracać uwagę zwłaszcza na jego stosunek do popełnionego czynu i zachowanie się po popełnieniu przestępstwa

³⁹ Postanowienie SA we Wrocławiu z 15.10.2012 r., II AKzW 1433/12, Lex nr 1451546.

⁴⁰ P. Hofmański, L.K. Paprzycki, *Komentarz do art. 66 k.k.* [w:] M. Filar (red.), *Kodeks karny. Komentarz*, Warszawa 2010, s. 348.

⁴¹ P. Kozłowska-Kalisz, *Komentarz do art. 66 k.k.* [w:] M. Mozgawa (red.), *Kodeks karny. Komentarz*, Warszawa 2013, s. 182.

⁴² P. Hofmański, L.K. Paprzycki, *Komentarz...*, s. 349.

⁴³ J. Lachowski, *Komentarz do art. 66 k.k.* [w:] M. Królikowski, R. Zawłocki (red.), *Kodeks karny. Część ogólna. Komentarz*, t. II, Warszawa 2011, s. 501.

⁴⁴ P. Hofmański, L.K. Paprzycki, *Komentarz...*, s. 365.

[...]. Istotne znaczenie przy stosowaniu instytucji warunkowego umorzenia postępowania powinna mieć skrucha sprawcy, okazana w toku postępowania, zwłaszcza jeżeli przybrała ona czynną postać naprawienia przez sprawcę szkody wyrządzonej przestępstwem⁴⁵. Postawienie właściwej prognozy kryminologicznej wymaga od sądu analizy danych osobopoznawczych oskarżonego. W tym celu warto sięgnąć po wywiad środowiskowy, o którym mowa w art. 214 k.p.k., który może zostać przeprowadzony przez kuratora sądowego, opiniodawczy zespół sądowych specjalistów, a w szczególności uzasadnionych wypadkach przez policję. Do ustalenia pozytywnej prognozy kryminologicznej ma zastosowanie zasada *in dubio pro reo*, o której mowa w art. 5 § 2 k.p.k.⁴⁶.

3.7. Przesłanka niekaralności

Zaakcentować należy, że zawarty w art. 66 § 1 k.k. warunek uprzedniej niekaralności sprawcy za przestępstwo umyślne, który obejmuje niekaralność zarówno za zbrodnię, jak i za umyślny występki, ma „charakter bezwzględny i nie zależy od stanu wiedzy sądu rozpoznającego sprawę”⁴⁷. Jak wskazał SN: „treść art. 66 § 1 k.k. nie pozwala twierdzić, że wymaganie niekaralności doznaje jakiegokolwiek ograniczenia. Nie można więc utrzymywać, że warunek niekaralności jest spełniony zarówno wtedy, kiedy wobec oskarżonego nie zapadł prawomocny wyrok skazujący za przestępstwo umyślne, jak i wtedy, kiedy wyrok taki wprawdzie zapadł, lecz sąd nie powziął o nim wiadomości. O ile oczywiście jest, że ustalenie, iż oskarżony jest osobą prawomocnie skazaną za przestępstwo umyślne, musi wynikać z dowodów, o tyle błędne przyjęcie niekaralności może być kwestionowane z chwilą wskazania dowodu, że warunek niekaralności nie został spełniony”⁴⁸. Przez dotychczasową niekaralność za przestępstwo umyślne należy rozumieć również zakaz stosowania warunkowego umorzenia postępowania wobec osób, które zostały skazane za przestępstwo umyślnie-nieumyślne.

⁴⁵ Uchwała SN z 29.01.1971 r., VI KZP 26/69, OSNKW 1971, nr 3, poz. 33.

⁴⁶ M. Lipczyńska, *Znaczenie i funkcje zasady in dubio pro reo w procesie karnym*, PiP 1967, nr 10, s. 560.

⁴⁷ Wyrok SN z 8.04.2009 r., IV KK 408/08, OSNwSK 2009, nr 1, poz. 902.

⁴⁸ Wyrok SN z 5.10.2006 r., II KK 17/06, OSNwSK 2006, nr 1, poz. 1873.

Nie ma natomiast znaczenia, za jakiego typu przestępstwo umyślne lub umyślnie-nieumyślne sprawca był poprzednio skazany ani jakiego rodzaju kara została mu wymierzona⁴⁹.

Stwierdzenie niekaralności jest warunkiem *sine qua non* dla zastosowania warunkowego umorzenia postępowania. Sąd ma obowiązek dołożyć należytej staranności, aby poczynić jednoznaczne ustalenia w kwestii uprzedniej karalności oskarżonego⁵⁰. Warunek niekaralności odnosi się do prawomocnych skazań, które nastąpiły do daty orzekania w przedmiocie warunkowego umorzenia postępowania. Chodzi tu o poprzednią karalność za jakiekolwiek przestępstwo umyślne. Bez znaczenia jest kara, jaka została za to przestępstwo orzeczona, jak i dobro prawne, w które przestępstwo to godziło. Nie ma znaczenia, czy przestępstwo to było przestępstwem podobnym do przestępstwa, które jest obecnie przedmiotem postępowania.

Nie może być uznana za uprzednio karaną osoba, której skazanie uległo zatarciu, a także osoba, co do której zastosowano akt łaski obejmujący zatarcie skazania⁵¹.

Przy wyjaśnianiu kwestii uprzedniej karalności sprawcy nie ma znaczenia, czy wymierzona mu kara została wykonana. Nie jest natomiast osobą karaną, w rozumieniu art. 66 § 1 k.k., osoba, wobec której wymierzono jedynie środek karny, o którym mowa w art. 39 k.k., podobnie jak i osoba, w stosunku do której orzeczono jedynie środek kompensacyjny. Nie jest również osobą karaną za przestępstwo umyślne sprawca, w stosunku do którego sąd odstąpił od wymierzenia kary lub został wobec takiego sprawcy zastosowany środek przewidziany dla nieletnich⁵², jak i osoba, wobec której zastosowano środek zabezpieczający, chyba że orzeczono je obok kary.

Z powyższego wynika zatem, że nie stanowi przeszkody w zastosowaniu warunkowego umorzenia postępowania wobec sprawcy uprzednie skazanie za przestępstwo nieumyślne, ukaranie za wykroczenie (zarówno umyślne, jak i nieumyślne), ukaranie w postępowaniu

⁴⁹ Postanowienie SN z 1.10.2003 r., II KK 156/03, OSNwSK 2003, nr 1, poz. 2080.

⁵⁰ Wyrok SN z 1.06.2016 r., V KK 61/16, Lex nr 2048976.

⁵¹ Wyrok SN z 15.01.2008 r., III KK 357/07, OSNKW 2008, nr 1, poz. 98.

⁵² Uchwała SN z 29.01.1971 r., VI KZP 26/69, OSNKW 1971, nr 3, poz. 33.

dyscyplinarnym przez właściwy organ (np. sąd dyscyplinarny), a także wcześniejsze warunkowe umorzenie postępowania za przestępstwo umyślne, jak i nieumyślne. Również skazanie oskarżonego za przestępstwo umyślne, w sytuacji gdy wyrok sądu jeszcze się nie uprawomocnił, nie stoi na przeszkodzie zastosowaniu warunkowego umorzenia postępowania o nowy czyn, o który toczy się postępowanie.

Formalnie nie ma przeszkód, by warunkowe umorzenie postępowania zastosować wobec sprawcy, o którym mowa w art. 65 § 1 k.k., o ile tylko nie był on uprzednio karany za przestępstwo umyślne, a zarzucono mu dokonanie przestępstwa zagrożonego karą nieprzekraczającą 5 lat pozbawienia wolności i jeżeli są spełnione pozostałe przesłanki stosowania tego środka probacyjnego. Przestępstwa, o których mowa w art. 65 § 1 k.k., są jednak z reguły czynami o znacznym stopniu społecznej szkodliwości i to ta okoliczność wykluczać będzie najczęściej możliwość zastosowania tej instytucji wobec ich sprawcy. To samo można powiedzieć o sprawcy występkę o charakterze chuligańskim (art. 115 § 21 k.k.).

Należy w tym miejscu zadać pytanie, czy warunek uprzedniej niekaralności za przestępstwo umyślne, o którym mowa w art. 66 § 1 k.k., jest spełniony w przypadku osób, które zostały wcześniej skazane za umyślne przestępstwo skarbowe. W judykaturze dominuje stanowisko, że „warunek uprzedniej niekaralności za «przestępstwo umyślne» wskazany w art. 66 § 1 k.k. [...] jest spełniony w przypadku osób skazanych uprzednio za umyślne przestępstwa skarbowe. Wykładnia rozszerzająca obejmująca pojęciem «przestępstwo umyślne» pojęcie «umyślne przestępstwo skarbowe» jest sprzeczna z samą naturą prawa karnego i poczuciem pewności prawa w stosunku do adresatów norm prawnych”⁵³. Zaprezentowana tu wykładnia oparta jest na autonomii pojęć przestępstwa oraz przestępstwa skarbowego i zasługuje na aprobatę. Odmienna interpretacja zapisu ustawy byłaby interpretacją rozszerzającą na niekorzyść oskarżonego, która w prawie karnym jest niedopuszczalna⁵⁴.

⁵³ Wyrok SO w Białymstoku z 24.05.2012 r., VIII Ka 385/12, Lex nr 1294021.

⁵⁴ T. Koziół, *Warunkowe umorzenie postępowania karnego...*, s. 109.

Rozważania dotyczące tego problemu można zacząć cytatem, w którym zawarta jest jednocześnie teza: „«przestępstwo zwykłe» i «przestępstwo skarbowe» to dwie zupełnie różne rzeczy – a u podstawy tej dwutorowości leży poczucie społeczeństwa, które nie godzi się z tym, że iżby człowiek, który w drodze nielegalnej dąży do zmniejszenia przypadających nań ciężarów publicznych, może być takim samym zbrodniarzem jak ten, kto przez czyny przestępne dąży do wzbogacenia się bezpośrednio krzywdą obywateli”⁵⁵. Tego rodzaju teza, mimo że postawiona na gruncie zupełnie innego stanu prawnego, wydaje się być uzasadniona, mając na uwadze fakt, że prawo karne powszechne z zasady penalizuje zachowania, które ogół społeczeństwa odczuwa i uznaje za złe, natomiast normy karne skarbowe są jedynie konsekwencją nakazów i zakazów wprowadzonych innymi ustawami o charakterze finansowym i to dopiero one wskazują, czego nie wolno czynić pod groźbą kary. Ponadto obie te dziedziny, co jest akcentowane w nauce prawa karnego, są także zupełnie różne, przede wszystkim dlatego, że przedmiotem ochrony sfery regulacji prawa karnego skarbowego są wyłącznie interesy finansowe państwa, a także samorządu terytorialnego i Unii Europejskiej⁵⁶. Kodeks karny skarbowy to odrębny akt prawny, który utrzymując podział na przestępstwa skarbowe i wykroczenia skarbowe, reguluje samodzielnie w sposób autonomiczny zasady odpowiedzialności za te zachowania. Podkreślić należy, że zgodnie z tą ustawą odpowiedzialność za obie kategorie czynów skarbowych nie określa się mianem „odpowiedzialności karnej”, ale „odpowiedzialności karnej za przestępstwa skarbowe lub wykroczenia skarbowe”. Co więcej, kodeks karny skarbowy określa również odrębnie pojęcie kategorii czynów będących przestępstwami skarbowymi oraz wykroczeniami skarbowymi (art. 53 § 2 i 3 k.k.s.), definicję czynu zabronionego (art. 53 § 1 k.k.s.), warunki odpowiedzialności (art. 1 k.k.s.), nie odwołując się do przepisów kodeksu karnego (art. 1-19 k.k.s.). O zamiarze ustawodawcy definitywnego rozdzielania obu pojęć (przestępstwa i przestępstwa skarbowego) świadczy także treść kilku przepisów znajdujących

⁵⁵ A. Mogiliński, *Dwutorowość represji karnej przy przestępstwach zwykłych i skarbowych*, RPEiS 1937, nr 3, s. 342 i 337.

⁵⁶ T. Koziół, *Warunkowe umorzenie postępowania karnego...*, s. 141.

się w kodeksie karnym, tj.: art. 37a § 2, art. 234, art. 235, art. 236 § 1, art. 238, art. 239, art. 255 § 1, art. 258 § 1 k.k., w których egzystują pojęcia: „przestępstwa” oraz „przestępstwa skarbowe”. Powyższe w oczywisty sposób świadczy o tym, że ustawodawca z całą pewnością rozróżnił „przestępstwo” i „przestępstwo skarbowe”, uznając je za dwa autonomiczne pojęcia, które są od siebie niezależne. Finalizując ten wątek rozważań, stwierdzić należy, że przestępstwo skarbowe nie zawiera się w pojęciu przestępstwa. Wysunąć należy wręcz odwrotną tezę, iż są to dwa odrębne pojęcia i nie istnieje żaden stosunek podrzędności pomiędzy nimi. Oczywiście dziwić może to odmienne traktowanie umyślnych przestępstw skarbowych, których natura jest analogiczna do przestępstw powszechnych, tylko pokrzywdzonymi są podmioty publicznoprawne, a dopiero pośrednio obywatele.

Pamiętając, że warunkowe umorzenie postępowania ma charakter fakultatywny i zależy od uznania sądu, dziwić może jednak tendencja do pobłażania sprawcom umyślnych przestępstw skarbowych, tak jakby ci przestępcy byli godni zaufania, pomimo swojej przestępczej przeszłości, i dobrze rokowali na przyszłość, że więcej nie będą dopuszczać się naruszeń prawa, a w szczególności przestępstw. Remedium na taki stan rzeczy byłoby wprowadzenie do art. 66 § 1 k.k. po frazie „przestępstwo umyślne” zwrotu „w tym i przestępstwo umyślne skarbowe”. Wprowadzenie wskazanej zmiany legislacyjnej ma kardynalne znaczenie nie tylko dla stosowania tej instytucji na gruncie kodeksu karnego, ale również kodeksu karnego skarbowego. Artykuł 20 § 2 k.k.s. recypuje bowiem postanowienia art. 66 § 1 k.k. Stąd, zgodnie z przywołanymi przepisami, sąd może warunkowo umorzyć postępowanie karne skarbowe, gdy w konkretnym przypadku wina i społeczna szkodliwość czynu nie są znaczne, okoliczności popełnienia przestępstwa skarbowego nie budzą wątpliwości, rysuje się pozytywna prognoza kryminologiczna co do przyszłego zachowania sprawcy, który nie był uprzednio karany za przestępstwo umyślne. Takie unormowanie rozważanej kwestii powoduje, że uprzednie skazanie za przestępstwo umyślne powszechne jest w świetle art. 20 § 2 k.k.s. w zw. z art. 66 § 1 k.k. przeszkodą do zastosowania warunkowego umorzenia postępowania w związku z popełnieniem przestępstwa skarbowego. Powyższe

wskazuje na nierówne traktowanie sprawców przestępstw powszechnych oraz sprawców przestępstw skarbowych, albowiem uprzednie skazanie za umyślne przestępstwo skarbowe nie wyklucza możliwości zastosowania warunkowego umorzenia postępowania wobec sprawcy przestępstwa powszechnego, zaś uprzednie skazanie za przestępstwo powszechne, jak i uprzednie skazanie za umyślne przestępstwo skarbowe wyklucza możliwość zastosowania warunkowego umorzenia postępowania wobec sprawcy przestępstwa skarbowego⁵⁷.

W obecnym stanie prawnym można jedynie mieć wątpliwości, czy w razie karalności za przestępstwo umyślne skarbowe nie wystąpią przeszkody do zastosowania warunkowego umorzenia postępowania oparte na wynikającej z dotychczasowego trybu życia prognozie kryminologicznej.

3.8. Szczególny przypadek warunkowego umorzenia postępowania

Od określonej w art. 66 § 1 k.k. zasady niekaralności za przestępstwo umyślne jako przesłanki zastosowania warunkowego umorzenia postępowania ustawodawca przewidział wyjątek, o którym mowa w art. 72 ust. 4 u.p.n. Wskazany przepis statuuje samoistną przesłankę warunkowego umorzenia postępowania karnego i w tym zakresie stanowi *lex specialis* w stosunku do art. 66 § 1 k.k. Przepis ten znajduje zastosowanie w stosunku do osób uzależnionych⁵⁸ oraz używających szkodliwie substancji psychoaktywnych, którym zarzucono popełnienie przestępstwa pozostającego w związku z używaniem środka odurzającego, substancji psychotropowej lub nowej substancji psychoaktywnej, zagrożonego karą pozbawienia wolności nieprzekraczającą 5 lat. Zgodnie z jego dyspozycją można warunkowo umorzyć postępowanie także w stosunku do uprzednio skazanego, w tym za przestępstwo

⁵⁷ Wyrok SN z 18.10.2016 r., II KK 205/16, Lex nr 2174125; V. Konarska-Wrzošek, *Komentarz do art. 20 [w:] I. Zgoliński (red.), Kodeks karny skarbowy. Komentarz*, Warszawa 2021, s. 270-271.

⁵⁸ Zgodnie z definicją ustawową zawartą w u.p.n. (art. 4 pkt 15) osoba uzależniona to osoba, która w wyniku używania środków odurzających, substancji psychotropowych, środków zastępczych lub nowych substancji psychoaktywnych albo używania ich w celach medycznych znajduje się w stanie uzależnienia od tych środków lub substancji.

umyślne, jeżeli przed wydaniem wyroku podda się on leczeniu, rehabilitacji lub udziałowi w programie edukacyjno-profilaktycznym prowadzonym przez uprawniony podmiot leczniczy lub inny podmiot działający w ochronie zdrowia. Celem tej instytucji jest przede wszystkim zapobieganie uzależnieniom i leczenie osób uzależnionych od środków odurzających lub innych substancji psychoaktywnych, zaś karanie za używanie tego rodzaju substancji, na gruncie tego aktu normatywnego, ma charakter drugorzędny. Perspektywa warunkowego umorzenia postępowania ma stanowić dla sprawcy impuls do podjęcia leczenia odwykowego lub terapii profilaktycznej, która zapobiegnie uzależnieniu. W zakresie nieuregulowanym w u.p.n. do instytucji warunkowego umorzenia postępowania stosuje się przesłanki określone w art. 66 § 1 k.k.

4. Podsumowanie

Przedstawione w niniejszym artykule argumenty pozwalają na skonstatowanie, że warunkowe umorzenie postępowania jest formą odpowiedzialności karnej niepołączoną ze skazaniem. Sprawca przestępstwa, wobec którego zastosowano ten środek probacyjny, jest uznawany za osobę niekaraną. Nie sposób natomiast uznać tej instytucji za szczególną formę warunkowego skazania. Orzeczenie o warunkowym umorzeniu postępowania karnego jest odnotowywane w Krajowym Rejestrze Karnym, ale adnotacja ta ma jedynie charakter ewidencyjny, albowiem po upływie okresu próby zostaje usunięta, bez względu na to, czy okres ten zakończył się dla oskarżonego w sposób pozytywny, czy też negatywny.

W zamyśle ustawodawcy celem warunkowego umorzenia postępowania jest, aby osoba, wobec której zastosowano ten środek probacyjny, pozostała bez piętna skazania.

Orzeczenie o warunkowym umorzeniu postępowania opiera się na ustaleniu winy sprawcy przestępstwa. Ta jednak, jak wskazuje art. 66 § 1 k.k., nie może być znaczna.

Warunkowe umorzenie postępowania dotyczy przede wszystkim przestępstw o niewielkim ciężarze gatunkowym, można je bowiem zastosować wyłącznie do sprawców występków zagrożonych karą do 5 lat pozbawienia wolności. Z tego też powodu w znakomitej większości rozpatrywanie spraw, które ze względu na wysokość sankcji karnej

popelnionego przestępstwa mogą zostać warunkowo umorzone, należy do właściwości rzeczowej sądu rejonowego. Spośród przestępstw należących do właściwości rzeczowej sądu okręgowego, jako sądu I instancji, zastosowanie warunkowego umorzenia postępowania możliwe jest co do 39 przestępstw (art. 117 § 3 k.k., art. 119 § 1 k.k., art. 126 § 1 k.k., art. 126 § 2 k.k., art. 126a k.k., art. 126b k.k. w zw. z art. 117 § 3 k.k., art. 126b k.k. w zw. z art. 119 § 1 k.k., art. 126b k.k. w zw. z art. 126 § 1 k.k., art. 126b k.k. w zw. z art. 126 § 2 k.k., art. 126b k.k. w zw. z art. 126a k.k., art. 126c k.k., art. 128 § 2 k.k., art. 133 k.k., art. 135 § 1 k.k., art. 135 § 2 k.k., art. 136 § 1 k.k., art. 136 § 2 k.k., art. 136 § 3 k.k., art. 136 § 4 k.k., art. 137 § 1 k.k., art. 137 § 2 k.k., art. 140 § 3 k.k., art. 141 § 1 k.k., art. 142 § 1 k.k., art. 149 k.k., art. 150 § 1 k.k., art. 151 k.k., art. 152 § 1 k.k., art. 152 § 2 k.k., art. 189a § 2 k.k., art. 211a § 1 k.k., art. 211a § 2 k.k., art. 211a § 3 k.k., art. 252 § 3 k.k., art. 265 § 1 k.k., art. 299 § 6a k.k. i w art. 43 oraz 44 ust. 1 i 2 ustawy z 26.01.1984 r. – Prawo prasowe⁵⁹).

W ostatnich latach sądy rejonowe stosowały warunkowe umorzenie postępowania niezwykle regularnie. We wszystkich latach od 2019 roku wskaźnik udziału procentowego osób, którym warunkowo umorzono postępowanie, w stosunku do wszystkich osób osądzonych w każdym z tych lat mieścił się między 7,8% do 8,8% (tabela 1).

Tabela 1. Warunkowe umorzenia wobec osób w latach 2019-2023 w sądach rejonowych

Lata	2019	2020	2021	2022	2023
Osądzeni ogółem	328.076	28.739	324.967	320.037	303.215
Osoby, wobec których warunkowo umorzono postępowanie	28.857	24.132	25.457	26.107	26.041
Procent	8,8	8,5	7,8	8,2	8,6

Źródło: Ministerstwo Sprawiedliwości, <https://isws.ms.gov.pl/pl/baza-statystyczna/opracowania-wieloletnie/> (dostęp 28 października 2024 r.).

⁵⁹ Dz.U. z 2018 r. poz. 1914.

W praktyce orzeczniczej sądów okręgowych warunkowe umorzenie postępowania stosowane było niezwykle sporadycznie, a wskaźnik udziału procentowego osób, którym warunkowo umorzono postępowanie, w stosunku do wszystkich osób osądzonych w latach 2019-2023 mieścił się między 0,53% do 0,95% (tabela 2).

Tabela 2. Warunkowe umorzenia wobec osób w latach 2019-2023 w sądach okręgowych

Lata	2019	2020	2021	2022	2023
Osądzeni ogółem	8.462	6.930	8.751	9.263	8.466
Osoby, wobec których warunkowo umorzono postępowanie	58	53	84	50	62
Procent	0,68	0,76	0,95	0,53	0,73

Źródło: Ministerstwo Sprawiedliwości, <https://isws.ms.gov.pl/pl/baza-statystyczna/opracowania-wieloletnie/> (dostęp 28 października 2024 r.).

Kluczowe znaczenie dla zastosowania warunkowego umorzenia postępowania wobec sprawcy przestępstwa ma ustalenie zakresu użytego przez ustawodawcę w art. 66 § 1 k.k. zwrotu „uprzednio karany za przestępstwo”. Z dobrodziejstwa tego środka probacyjnego nie może korzystać osoba uprzednio karana za przestępstwo umyślne. Nie stanowi natomiast przeszkody do jego zastosowania uprzednie skazanie za przestępstwo nieumyślne, skazanie za przestępstwo skarbowe zarówno umyślne, jak i nieumyślne, skazanie za wykroczenie tak powszechne, jak i skarbowe, a także odstąpienie przez sąd w wyroku od wymierzenia kary, zastosowanie środka zabezpieczającego ani wcześniejsze warunkowe umorzenie postępowania karnego. Pilną potrzebą legislacyjną, na co zwrócono uwagę w tekście, jest wprowadzenie do art. 66 § 1 k.k. zwrotu „przestępstwo umyślne skarbowe”, co pozwoli na równe traktowanie przy podejmowaniu decyzji o zastosowaniu tego środka probacyjnego sprawców umyślnych przestępstw powszechnych, jak i umyślnych przestępstw skarbowych.

Instytucja warunkowego umorzenia postępowania zasługuje na aprobatę. Pozostawia sprawcę przestępstwa bez piętna skazania, a poprzez obligatoryjność obowiązku naprawienia szkody oraz rozbudowany system obowiązków, jakie mogą zostać orzeczone wobec oskarżonego nie pozostawia na uboczu prawnie chronionych interesów pokrzywdzonego.

Bibliografia

1. T. Bojarski (red.), *Polskie prawo karne. Zarys części ogólnej*, Warszawa 2008.
2. M. Bojarski (red.), *Prawo karne materialne. Część ogólna i szczególna*, Warszawa 2010.
3. L. Bogunia (red.), *Probacja w systemie prawa karnego wykonawczego*, Wrocław 1998.
4. M. Cieślak, *Pierwszoinstancyjna procedura warunkowego umorzenia postępowania*, NP 1971, nr 4.
5. M. Cieślak, *Polskie prawo karne. Zarys systemowego ujęcia*, Warszawa 1990.
6. M. Filar (red.), *Kodeks karny. Komentarz*, Warszawa 2010.
7. P. Gensikowski, *Instytucja przewidziana w art. 335 k.p.k. a warunkowe umorzenie postępowania karnego*, Kwartalnik KSSIIP 2014, nr 4.
8. M. Jankowski, S. Momot, A. Ważny, *Warunkowe umorzenie postępowania*, Warszawa 2011.
9. K. Juszka, *Efektywność warunkowego umorzenia postępowania karnego w postępowaniu przygotowawczym i jurysdykcyjnym*, RPEiS 2015, nr 4.
10. T. Kozioł, *Warunkowe umorzenie postępowania karnego*, Warszawa 2009.
11. T. Kozioł, *Zasada in dubio pro reo a brak wątpliwości co do okoliczności popełnienia czynu jako przesłanka warunkowego umorzenia postępowania karnego*, PS 2002, nr 11-12.
12. M. Królikowski, R. Zawłocki (red.), *Kodeks karny. Część ogólna*,

- t. II, Warszawa 2011.
13. M. Lipczyńska, *Znaczenie i funkcje zasady in dubio pro reo w procesie karnym*, PiP 1967, nr 10.
 14. A. Mogilinicki, *Dwutorowość represji karnej przy przestępstwach zwykłych i skarbowych*, RPEiS 1937, nr 3.
 15. M. Mozgawa (red.), *Kodeks karny. Komentarz*, Warszawa 2013.
 16. H. Paluszkievicz, *Zgoda oskarżonego na orzekanie o warunkowym umorzeniu postępowania karnego (Rozważania, de lege lata i de lege ferenda)*, RPEiS 1996, nr 4.
 17. I. Sepiło (red.), *Interdyscyplinarność badań w naukach penalnych*, Warszawa 2012.
 18. E. A. Wdzięczna, *Warunkowe umorzenie postępowania karnego w świetle koncepcji sprawiedliwości naprawczej*, Toruń 2010.
 19. I. Zgoliński (red.), *Kodeks karny skarbowy. Komentarz*, Warszawa 2021.
 20. A. Zoll, *Charakter prawny orzeczenia o warunkowym umorzeniu postępowania karnego*, WPP 1971, nr 1.

Considerations on the Conditional Discontinuation of Criminal Proceedings Remarks on “de lege lata” and “de lege ferenda” Part 1

Abstract. This study discusses the regulations contained in the Penal Code and the Penal Code of 1997 regarding the application of a probation measure in the form of conditional discontinuance of criminal proceedings. The main stream of considerations undertaken by the Author in the first part of the study is the presentation of the legal basis for the application of the indicated probation measure. The research objective of the work is to familiarize the Reader in detail with the regulations concerning the indicated matter from the point of view of substantive and executive criminal law. The main research hypothesis formulated by the Author is

as follows: the legal regulations regarding conditional discontinuance of proceedings are proper. The work also presents proposals for legislative changes concerning the discussed institution for eliminating issues raising doubts in interpretation, as well as making the practice of applying this type of criminal law response to a crime more flexible and expanding.

Keywords: probation, conditional discontinuance of proceedings, conviction, fiscal crime.

Redakcja przyjmuje wyłącznie prace dotychczas niepublikowane (także na prywatnych stronach internetowych).

Redakcja prosi o nadsyłanie tekstów przeznaczonych do publikacji wyłącznie w formie elektronicznej w edytorze Word 97, zgodnie z następującymi ustawieniami: strona niestandardowa, marginesy: górny 5 cm, boczne (lewy i prawy) 4,2 cm i dolny 5,5 cm, czcionka Arial w rozmiarze 11 (dla przypisów dolnych 9) oraz odstęp między wierszami 1,2, odstęp między akapitami 0 pkt.; wcięcie akapitu 1,25. Tytuły i śródtytuły pogrubione. Wyrażenia obcojęzyczne w tekście polskim – kursywą.

Na pierwszej stronie należy zamieścić: imię i nazwisko autora (autorów), tytuł pracy, krótkie (kilukzdaniowe) streszczenie ujmujące główne tezy opracowania oraz słowa kluczowe, a na ostatniej stronie – w punktach alfabetyczny wykaz wykorzystanej literatury oraz tytuł pracy, streszczenie i słowa kluczowe w języku angielskim. Prosimy nie używać twardych spacji.

Na końcu pracy należy podać: adres (adresy) autora (autorów), nr telefonu, adres e-mail, nr Pesel (tylko do wiadomości wydawcy, celem wystawienia umowy), informację o statusie profesjonalnym autora (autorów), z wyszczególnieniem posiadanych tytułów albo stopni naukowych oraz afiliację, a także ORCID.

Od studentów i aplikantów wymagana jest opinia dotycząca wartości merytorycznej przedstawionego artykułu (głosy) opiekuna naukowego lub zawodowego.

Przypisy i bibliografię prosimy przytaczać w następujący sposób:

1) przypisy dolne:

Ustawa z 24.04.2003 r. o działalności pożytku publicznego i o wolontariacie, tekst jedn.: Dz. U. z 2023 r. poz. 571 ze zm.

Wyrok SN z 17.12.2008 r., II KK 140/08, LEX nr 486186.

¹. A. Baładynowicz, *Człowiek częstką wszechświata*, Warszawa 2019, s. 155.

². P. Gensikowski P., *Instytucja przewidziana w art. 62a ustawy o przeciwdziałaniu narkomanii a orzeczenie przepadku*, Prok. i Pr. 2013, nr 2, s. 37-48.

³. J. Zajadło, *Filozofia prawa a teoria prawa*, [w:] J. Hołówka, B. Dziobkowski (red.), *Filozofia prawa. Normy i fakty*, Warszawa 2020, s. 30.

⁴. Ł. Chruściel, B. Wszeborowski; *SN dał ZUS do ręki bat na przedsiębiorców (Opinia)*, *Dziennik Gazeta Prawna* 11.01.2024 r., <https://serwisy.gazetaprawna.pl/emerytury-i-renty/artykuly/9400001,sn-dal-zus-do-reki-bat-na-przedsiębiorcow-opinia.html> (dostęp: 20.08.2024 r.).

Ostatnio cytowana pozycja: Ibidem, s. 345.

Wcześniej cytowana pozycja: A. Baładynowicz, *Człowiek...*, s. 158.

2) bibliografia (bez aktów prawnych, orzeczeń i stron internetowych):

1. A. Baładynowicz, *Człowiek częstką wszechświata*, Warszawa 2019.

2. P. Gensikowski P., *Instytucja przewidziana w art. 62a ustawy o przeciwdziałaniu narkomanii a orzeczenie przepadku*, Prok. i Pr. 2013, nr 2.

3. J. Hołówka, B. Dziobkowski (red.), *Filozofia prawa. Normy i fakty*, Warszawa 2020.

W tekście i przypisach prosimy o stosowanie następujących skrótów:

k.c. ustawa z 23.04.1964 r. – Kodeks cywilny (tekst jedn. Dz.U. z 2024 r., poz. 1061 ze zm.)

k.k. ustawa z 6.06.1997 r. – Kodeks karny (tekst jedn. Dz.U. z 2024 r., poz. 17 ze zm.)

k.k.s. ustawa z 10.09.1999 r., - Kodeks karny skarbowy (tekst jedn. Dz.U. z 2024 r., poz. 628, ze zm.)

Konstytucja RP Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej z 2.04.1997 r. (Dz.U. nr 78, poz. 483 ze zm.)

k.p.a. ustawa z 14.06.1960 r. – Kodeks postępowania administracyjnego (tekst

	jedn. Dz.U. z 2024 r., poz. 527)
k.p.c.	ustawa z 17.11.1964 r. – Kodeks postępowania cywilnego (tekst jedn. Dz.U. z 2024 r., poz. 1568, ze zm.)
k.p.k.	ustawa z 6.06.1997 r. Kodeks postępowania karnego (tekst jedn. Dz.U. z 2024 r., poz. 37)
k.p.p.	Karta praw podstawowych Unii Europejskiej (Dz.Urz. UE C 202 z 2016 r., s. 389)
k.p.w.	ustawa z 24.08.2001 r. – Kodeks postępowania w sprawach o wykroczenia (tekst jedn. Dz.U. z 2024 r., poz. 977, ze zm.)
k.w.	ustawa z 20.05.1971 r. – Kodeks wykroczeń (tekst jedn. Dz.U. z 2023 r., poz. 2119 ze zm.)
o.p.	ustawa z 29.08.1997 r. Ordynacja podatkowa, tekst jedn. Dz.U. z 2023 r., poz. 2383, ze zm.)
KRS	Krajowy Rejestr Sądowy
MS	Minister Sprawiedliwości
NBP	Narodowy Bank Polski
NSA	Naczelný Sąd Administracyjny
SA	Sąd Apelacyjny
SN	Sąd Najwyższy
SO	Sąd Okręgowy
SR	Sąd Rejonowy
TK	Trybunał Konstytucyjny
TS	Trybunał Sprawiedliwości
UE	Unia Europejska
WSA	Wojewódzki Sąd Apelacyjny
BIP	Biuletyn Informacji Publicznej
Biul.PK	Biuletyn Prawa Karnego
Biul. SN	Biuletyn Sądu Najwyższego
CBOSA	Centralna Baza Orzeczeń i Sądów Administracyjnych
CzPKiNP	Czasopismo Prawa Karnego i Nauk Penalnych
Dz.Urz.	Dziennik Urzędowy
Dz.U.	Dziennik Ustaw
GP	Gazeta Prawna
KZS	Krakowskie Zeszyty Sądowe
MoP	Monitor Prawniczy
MoPr	Monitor Prawa Pracy
M.P.	Monitor Polski
NP	Nowe Prawo
OSA	Orzecznictwo Sądów Apelacyjnych
OSN	Orzecznictwo Sądu Najwyższego
OSNwSK	Orzecznictwo Sądu Najwyższego w Sprawach Karnych
OSNC	Orzecznictwo Sądu Najwyższego. Izba Cywilna
OSP	Orzecznictwo Sądów Polskich
OSPiKA	Orzecznictwo Sądów Polskich i Komisji Arbitrażowych
OTK	Orzecznictwo Trybunału Konstytucyjnego
OTK-A	Orzecznictwo Trybunału Konstytucyjnego – Zbiór Urzędowy Seria A
OTK-B	Orzecznictwo Trybunału Konstytucyjnego – Zbiór Urzędowy Seria B
OwSG	Orzecznictwo w sprawach gospodarczych
Pal.	Pałestra
PiP	Państwo i Prawo

PiZS	Praca i Zabezpieczenie Społeczne
Prok. i Pr.	Prokuratura i Prawo
Pr. Sp.	Prawo Spółek
PS	Przegląd Sądowy
R.Pr.	Radca Prawny
REPiS	Ruch Ekonomiczny, Prawniczy i Socjologiczny
Sł. Prac.	Służba Pracownicza
SP	Studia Prawnicze
SPE	Studia Prawno-Ekonomiczne
Wok.	Wokanda
ZNSA	Zeszyty Naukowe Sądownictwa Administracyjnego
ZNUGd	Zeszyty Naukowe Uniwersytetu Gdańskiego
ZNUJ	Zeszyty Naukowe Uniwersytetu Jagiellońskiego
art.	artykuł
cz.	część
dot.	dotyczy
etc.	et cetera (i tak dalej)
ibidem	dzieło cytowane na tej samej stronie (tamże)
in fine	na końcu
itd.	i tak dalej
itp.	i tym podobne
lit.	litera
j.w.	jak wyżej
m.in.	między innymi
nb	numer brzegowy
niepubl.	niepublikowany/a/e
np.	na przykład
nr	numer
orz.	orzeczenie
pkt	punkt
por.	porównaj
post.	postanowienie
poz.	pozycja
r.	rok
red.	redakcja
Rozdz.	rozdział
s.	strona/y
t.	tom
tekst jedn.	tekst jednolity
tj.	to jest
tzw.	tak zwany/a/e
uchw.	uchwała
ust.	ustęp
w zb.	w zbiegu
w zw.	w związku
zd.	zdanie
ze zm.	ze zmianami
zł	złoty
zob.	zobacz

Jednocześnie informujemy, że ramy artykułu nie powinny przekraczać **30** stron znormalizowanego tekstu (54.000 znaków), a pozostałych opracowań – **15** stron (27.000 znaków).

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

Materiały należy przysyłać na adres e-mail:

redakcja.pk@prokuratura.gov.pl

Wszystkie materiały publikowane w czasopiśmie podlegają ocenie recenzentów. Do jednego materiału wyznacza się dwóch recenzentów, którzy sporządzają opinie według formularza „KARTA RECENZENTA”. Recenzentowi nie podaje się wiadomości o autorze materiału przekazanego w celu sporządzenia recenzji. Autor ma prawo zapoznać się z treścią recenzji. Nazwiska recenzentów poszczególnych materiałów nie są ujawniane.

Ostateczną decyzję o przyjęciu materiału do publikacji bądź jego odrzuceniu podejmuje KOLEGIUM REDAKCYJNE.

Prokuratura Krajowa
ul. Postępu 3
02-676 Warszawa
e-mail: redakcja.pk@prokuratura.gov.pl

ISSN 2957-1065