



Prokuratura i Prawo

NR 7-8/lipiec-sierpień 2018



ISSN 1233-2577

Prokuratura Krajowa

RADA NAUKOWA

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

KOLEGIUM REDAKCYJNE

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

REDAKCJA

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

Współpraca: Justyna KRAKOWIAK

WYDAJE PROKURATURA KRAJOWA

Adres Redakcji:
02-528 Warszawa, ul. Rakowiecka 26/30,
Tel. 22 12 51 549
e-mail: redakcja@pk.gov.pl

Projekt okładki
Studio Karandasz

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

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

ISSN 1233-2577 nakład 2000 egz.

Wersją podstawową (referencyjną) czasopisma jest wersja papierowa

Spis treści
Table of contents

Artykuły/Articles

prof. dr hab. Robert Stefanicki, Uniwersytet Wrocławski	
Szczególna ochrona pracownic związana z ich macierzyństwem a konstrukcja zwolnień grupowych	5
<i>Special maternity protection for female workers versus collective redundancies</i>	23
prof. dr hab. Radosław Koper, Uniwersytet Śląski	
Problem dopuszczalności stosowania podstępstwa wobec świadka w procesie karnym	24
<i>Permissible use of trickery or deceit towards witnesses in criminal proceedings</i>	47
dr Anna Wolska-Bagińska, prokurator Prokuratury Rejonowej w Gdyni	
Ochrona danych osobowych a zasada jawności procesu karnego .	48
<i>Personal data protection versus principle of openness of criminal proceedings</i>	63
dr Paweł Opitek, prokurator Prokuratury Rejonowej Kraków-Podgórze delegowany do Prokuratury Krajowej	
Wybrane aspekty pozyskiwania dowodów cyfrowych w sprawach karnych	65
<i>Selected problems of obtaining digital evidence in criminal cases</i>	85
Daniel Strzelecki, sędzia Sądu Okręgowego w Jeleniej Górze	
Dopuszczalność przeprowadzenia i wykorzystania w postępowaniu karnym dowodu na okoliczność informacji uzyskanych od osoby rozpytanej albo wypytanej	86
<i>Admissibility of taking and using evidence in criminal proceedings, of information obtained from a preliminarily questioned or enquired individual</i>	111
dr hab. Zygmunt Kukuła, Wyższa Szkoła Administracji w Bielsku-Białej	
Przepadek przedsiębiorstwa jako nowy instrument polityki kryminalnej	113
<i>Forfeiture of an enterprise as a new criminal policy instrument</i>	129

Marcin Mrowicki, Biuro Rzecznika Praw Obywatelskich, adwokat	
Dopuszczalność retroaktywnego stosowania wydłużonych terminów przedawnienia karalności wykroczenia do czynów popełnionych przed wejściem w życie nowej regulacji	130
<i>Permissibility of retroactive application of longer statutes of limitation to petty offences committed prior to the effective date of the new regulation</i>	143
dr Agnieszka Kilińska-Pękacz, UKW w Bydgoszczy	
Sprawdzanie stanu po użyciu alkoholu oraz stanu nietrzeźwości u nieletnich	144
<i>Alcohol impairment and intoxication checks in minors</i>	162
Michał Grudecki, doktorant Uniwersytetu Śląskiego	
Kara nagany i środki oddziaływania społecznego oraz środki oddziaływania wychowawczego w prawie wykroczeń	163
<i>Reprimand and means of social and/or educational influence in petty offences law</i>	191
dr Grzegorz Maroń, adiunkt Uniwersytetu Rzeszowskiego	
Beletrystyczne i filmowe aluzje w argumentacji prokuratora w świetle orzecznictwa sądów Stanów Zjednoczonych	192
<i>Literary and movie references in the prosecutor's argumentation in the light of the U.S. case law</i>	222

Materiały szkoleniowe/Training materials

dr Józef Gurgul, prokurator Ministerstwa Sprawiedliwości w stanie spoczynku	
Problemy prawdy i zmyślenia (w tle spraw z wielkim rezonansem społecznym)	223
<i>Issues of truth and fabrication (in the background of cases that have large social resonance)</i>	264

Glosy/Commentaries

do wyroku Sądu Najwyższego z dnia 28 czerwca 2017 r., sygn. III KK 137/17 (dot. przyjęcia rzeczy pochodzącej z kradzieży) – oprac. dr Stanisław Łagodziński	265
<i>to the Supreme Court judgment of 28 June 2017, ref. no. III KK 137/17 (concerns the receipt of things obtained by crime) – by Stanisław Łagodziński, Ph. D.</i>	273
do wyroku Sądu Najwyższego z dnia 14 listopada 2016 r., sygn. III KK 273/16 (dot. czynu ciągłego) – oprac. dr Mariusz Nawrocki	274
<i>to the Supreme Court judgment of 14 November 2016, ref. no. III KK 273/16 (concerns the continuing act) – by Mariusz Nawrocki, Ph. D.</i>	287

ARTYKUŁY

Robert Stefanicki

Szczególna ochrona pracownic związana z ich macierzyństwem a konstrukcja zwolnień grupowych

Streszczenie

Dyrektywa w sprawie zbliżania ustawodawstw Państw Członkowskich odnoszących się do zwolnień grupowych ma na celu zapewnienie niezbędnej ochrony pracowników w tym procesie, z zastrzeżeniem uwzględniania zrównoważonego rozwoju gospodarczego i społecznego w Unii Europejskiej. Z kolei dyrektywa w sprawie wprowadzenia środków służących wspieraniu poprawy w miejscu pracy bezpieczeństwa i zdrowia pracownic w ciąży, pracownic, które niedawno rodziły, i pracownic karmiących piersią statuuje ogólny zakaz ich zwolnienia z pracy z uchyleniami od zasady podyktowanymi szczególnymi przyczynami, niezwiązanymi z macierzyństwem. Zakładając spójność porządku prawa unijnego, należałoby przyjąć, że wdrażanie tych aktów nie powinno uchybiać standardom ochrony kobiety w regulowanym okresie.

1. Uzasadnienie dla mechanizmów szczególnej ochrony pracownicy związanej z macierzyństwem¹

Stosunek pracy kobiety w ciąży oraz po urodzeniu dziecka jest objęty polityką szczególnej ochrony. Źródeł instrumentów ochronnych należy poszukiwać już w samej Konstytucji², zwłaszcza w jej art. 18³, 68⁴ i 71⁵. Ochrona ta skupiona jest przede wszystkim na gwarancjach trwałości umowy o pracę⁶. Zakaz wypowiedzania przez pracodawcę, a także rozwiązywania umowy o pracę w okresie ciąży i urlopu macierzyńskiego pracownicy, znajduje umocowanie w art. 177 kodeksu pracy⁷. Ta szcze-

¹ Na potrzeby niniejszych rozważań ochronę macierzyństwa pojmuję jako obejmującą kobietę w ciąży, w okresie po urodzeniu dziecka (gwarancje związane z urlopem macierzyńskim) oraz w trakcie karmienia piersią. Podobnym skrótem operuje m.in. Rzecznik Generalny w opinii z dnia 14 września 2017 r., w sprawie o sygn. C-103/16, J. P. Guisadodo (ECLI:EU:C:2017:691) do omawianego niżej orzeczenia wstępnego.

² Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej z dnia 2 kwietnia 1997 r., Dz. U. Nr 78, poz. 483; z 2001 r., Nr 28, poz. 319; z 2006 r., Nr 200, poz. 1471 oraz z 2009 r., Nr 114, poz. 946.

³ „Małżeństwo jako związek kobiety i mężczyzny, rodzina, macierzyństwo i rodzicielstwo znajdują się pod ochroną i opieką Rzeczypospolitej Polskiej”.

⁴ „3. Władze publiczne są obowiązane do zapewnienia szczególnej opieki zdrowotnej dzieciom, kobietom ciężarnym, osobom niepełnosprawnym i osobom w podeszłym wieku”.

⁵ „2. Matka przed i po urodzeniu dziecka ma prawo do szczególnej pomocy władz publicznych, której zakres określa ustawa”. Na temat zasady, ochrony i opieki rodziny J. Strzebińczyk, *Prawo rodzinne*, Warszawa 2012, s. 41. Zob. też R. Babińska-Górecka, H. Szurgacz, *Soziale Gerechtigkeit in der Verfassung der Republik Polen*, (w:) *Die öffentliche Gesundheitsversorgung in Polen: verfassungsrechtliche Vorgaben und das System der Gesundheitsfürsorge*, pod red. D. E. Lacha, U. Beckera, Baden-Baden 2017, s. 33 i n.

⁶ Dotyczy też pracownic świadczących pracę na podstawie mianowania albo wyboru W. Patulski, A. Kamińska-Pietnoczko, *Kodeks pracy. Komentarz*, pod red. W. Muszalskiego, Warszawa 2017, komentarz do art. 177 k.p., pkt IV. Por. niepracownicze i nietypowe formy zatrudnienia P. Korus, (w:) *Kodeks pracy. Komentarz*, pod red. A. Sobczyka, Warszawa 2017, s. 4–5.

⁷ Ustawa z dnia 26 czerwca 1974 r., tekst jedn. Dz. U. z 2018 r., Nr 108. Jej § 1 stanowi, że „Pracodawca nie może wypowiedzieć ani rozwiązać umowy o pracę w okresie ciąży, a także w okresie urlopu macierzyńskiego pracownicy, chyba że zachodzą przyczyny uzasadniające rozwiązanie umowy bez wypowiedzenia z jej winy i reprezentująca pracownicę zakładowa organizacja związkowa wyraziła zgodę na rozwiązanie umowy”. Nie przewiduje się jednak scenariusza na okoliczność braku uzgodnienia (zob. A. Sobczyk, *Prawo pracy w świetle Konstytucji RP. Tom II. Wybrane problemy i instytucje prawa pracy a konstytucyjne prawa i wolności człowieka*, Warszawa 2013, rozdział 9 § 4 pkt 3), a związki zawodowe i pracodawca podejmują decyzję indywidualną w sprawie pracownika bez jego udziału. Zob. też art. 178 § 1, 185 § 2 Kodeksu pracy oraz Rozporządzenie RM z dnia 3 kwietnia 2017 r., w sprawie wykazu prac uciążliwych, niebezpiecznych lub szkodliwych dla zdrowia kobiet w ciąży i kobiet karmiących dziecko piersią, Dz. U. z 2017, Nr 796. Wskazany w tym akcie zakaz ma charakter bezwzględnie

gólna piecza dotyczy zarówno skuteczności instrumentów prewencyjnych⁸, jak i reparacyjnych. Żadna jednak ochrona przed zwolnieniem nie ma charakteru absolutnego. W grę mogą wchodzić przyczyny wyjątkowego odejścia od mechanizmów ochronnych⁹. Ostatnio zapadł wyrok prejudycjalny Trybunału Sprawiedliwości¹⁰ dotyczący istotnych kwestii współgrania ze sobą szczególnych mechanizmów ochronnych przysługujących kobiecie w ciąży, w okresie po urodzeniu dziecka oraz w trakcie karmienia piersią, z normatywną konstrukcją zwolnień grupowych regulowanych dyrektywą 98/59/WE (dalej dyrektywą o zwolnieniach grupowych)¹¹. Związana z macierzyństwem ochrona kobiet posiada umocowanie zwłaszcza w dyrektywie 92/85/EWG (dalej dyrektywą w sprawie ochrony macierzyństwa)¹². Zgodnie z założeniami tej ostatniej dyrektywy wymienione pracownice należą do grup szczególnego ryzyka pod wieloma względami. Z tych powodów zostały one objęte przede wszystkim ochroną zapobiegawczą, a więc już określonymi gwarancjami ochrony

obowiązujący i nie może być modyfikowany przez żadną ze stron, zob. Z. Kuboń, T. Kuczyński, Z. Masternak, H. Szurgacz, *Prawo pracy. Zarys wykładu*, Warszawa 2008, s. 278 i n. Należy wyraźnie zaznaczyć, że pracodawca nie może co do zasady wypowiedzieć ani rozwiązać umowy o pracę także w okresie trwania urlopu ojcowskiego. Zgodnie z art. 182³ § 2 Kodeksu pracy urlop ojcowski udziela się na pisemny wniosek pracownika, ojca wychowującego dziecko. Szerzej K. Stopka, E. Mazurczak-Jasińska, *O charakterze i funkcjach zasiłku macierzyńskiego dla ubezpieczonego ojca dziecka*, (w:) *Księga dla naszych kolegów: prace prawnicze poświęcone pamięci doktorów A. Ciska, Z. Masternaka i M. Zagrosika*, pod red. J. Mazurkiewicza, Wrocław 2013, s. 319 i n.

⁸ Naruszenie przepisów o uprawnieniach pracowników związanych z rodzicielstwem zagrożone jest zgodnie z art. 281 pkt 5 Kodeksu pracy, karą grzywny od 1000,00 zł do 30 000,00 zł. Należy zauważyć, że zgodnie z art. 218 § 1a Kodeksu karnego „Kto, wykonując czynności w sprawach z zakresu prawa pracy i ubezpieczeń społecznych, złośliwie lub uporczywie narusza prawa pracownika wynikające ze stosunku pracy lub ubezpieczenia społecznego, podlega grzywnie, karze ograniczenia wolności albo pozbawienia wolności do lat 2”. Pracownik może również zawiadomić prokuraturę o podejrzeniu popełnienia przestępstwa.

⁹ Tylko w przypadku wystąpienia przesłanek z art. 52 Kodeksu pracy możliwe jest wypowiedzenie lub rozwiązanie umowy o pracę z pracownicą w ciąży, natomiast samodzielną przesłanką do wypowiedzenia umowy o pracę takiemu zatrudnionemu jest likwidacja lub upadłość pracodawcy. W obu wypadkach wymagana jest konsultacja z organizacją związkową.

¹⁰ Wyrok z dnia 22 lutego 2018 r., w sprawie o sygn. C-103/16 J. P. Guisadodo, ECLI:EU:C:2018:99.

¹¹ Z dnia 20 lipca 1998 r., w sprawie zbliżania ustawodawstw Państw Członkowskich odnoszących się do zwolnień grupowych, OJ 1998, L 225, s. 16.

¹² Z dnia 19 października 1992 r., w sprawie wprowadzenia środków służących wspieraniu poprawy w miejscu pracy bezpieczeństwa i zdrowia pracownic w ciąży, pracownic, które niedawno rodziły, i pracownic karmiących piersią, OJ 1992, L 348, s. 1.

przed samym zagrożeniem zwolnienia z pracy. Artykuł 10 dyrektywy w sprawie ochrony macierzyństwa, zatytułowany „Zakaz zwolnienia z pracy”, stanowi, że w celu zagwarantowania pracownikom możliwości korzystania z praw do ochrony zdrowia i bezpieczeństwa państwa członkowskie podejmują niezbędne środki zakazujące ich zwolnień w okresie od początku ciąży do końca urlopu macierzyńskiego z zastrzeżeniem wyjątku od tej zasady. Ten ostatni obejmuje swym zakresem „szczególne przyczyny” zwolnień, niezwiązane z omawianym stanem i muszą być dozwolone w systemie wewnętrznym oraz w stosownych przypadkach, gdy odpowiednie organy wyraziły na to zgodę.

Mając na uwadze wyjątkowy charakter uchylecia od zakazu zwolnień te szczególne przyczyny powinny być dookreślane według obiektywnych kryteriów. Inne podejście do wyjątków prowadzioby do iluzorycznej ochrony kobiet związanej z macierzyństwem. Z kolei wzmiankowana już dyrektywa o zwolnieniach grupowych określa szczegółowe mechanizmy zakończenia stosunku pracowniczego w ramach zwolnienia grupowego. Zgodnie z definicją zawartą w omawianym akcie oznaczają one zwolnienia dokonywane przez pracodawcę z jednego lub więcej powodów niezwiązanych z poszczególnym pracownikiem (...). Przeważnie w regulacjach krajowych dotyczących tej materii wskazuje się na różne przyczyny uzasadniające zakończenie stosunku pracowniczego w ramach postępowań grupowych. Powołuje się w takich wypadkach uzasadnienia ekonomiczne, technologiczne, organizacyjne lub dotyczące samej produkcji¹³.

Z omawianą konstrukcją nieodłącznie powiązane są pewne zabezpieczenia mające łagodzić skutki zwolnień grupowych w postaci obwarowania tych procedur wymogami przejrzystości i konsultacji¹⁴.

Postanowienia ogólne przedmiotowej dyrektywy stanowią, że treścią konsultacji obejmuje się co najmniej sposoby i warunki uniknięcia zwolnień grupowych lub ograniczenia liczby pracowników nimi dotkniętych, jak również zastosowania innych mechanizmów łagodzenia ich skutków. Te ostatnie mogą być realizowane w drodze wykorzystania środków socjalnych, takich jak w wypadkach dających się pogodzić z celem zwolnień grupowych, przeszerogowanie lub przekwalifikowanie pracowni-

¹³ W statucie zwolnień grupowych państwa członkowskiego występującego o rozstrzygnięcie wstępne w omawianej sprawie dookreśla się m.in., że za przyczynę ekonomiczną uznaje się sytuację, gdy niekorzystne położenie ekonomiczne jest skutkiem faktycznie poniesionych lub prognozowanych strat czy trwałego spadku sprzedaży, a także zwykłych przychodów. Spadek uważa się za trwały, jeżeli w ciągu trzech kolejnych kwartałów poziom sprzedaży lub ww. przychodów w każdym kwartale jest niższy niż odnotowany w odpowiadającym mu kwartale poprzedniego roku.

¹⁴ Zob. art. 2 dyrektywy o zwolnieniach grupowych.

ków¹⁵. Istnieje potencjalne niebezpieczeństwo, że następstwem zróżnicowania form zatrudnienia będzie przenoszenie części dotychczas zatrudnionych w ramach umowy o pracę na inne stosunki zobowiązaniowe, a w konsekwencji zastosowanie będą miały regulacje wychodzące poza kodeks pracy, co oznacza osłabienie ochrony osób zatrudnionych w stosunku do tego, co gwarantuje ten ostatni akt¹⁶.

2. Zwolnienia grupowe a standardy ochrony kobiet związane z macierzyństwem

Z wdrażaniem konstrukcji normatywnych zwolnień grupowych pracowników łączone są ściśle wymogi proceduralne dotyczące przepływu informacji i zachowania systemu konsultacji. Ich celem jest dookreślenie kryteriów wyboru pracowników objętych takim zwolnieniem oraz ewentualne wyłączenie z mechanizmu zakończenia stosunku pracowniczego tych osób, którym przysługuje status pierwszeństwa pozostania w przedsiębiorstwie. Dyrektywa o zwolnieniach grupowych wyznaczająca wspólne minimalne standardy dla państw członkowskich ochrony pracowników nie zawiera postanowień, które odnosiłyby się do zasad różnicowania pozycji zwalnianych. Nie ma bezwzględnie wiążących państwa członkowskie postanowień, które w świetle tego aktu prawa wtórnego nadawałyby pierwszeństwo kobietom posiadającym status związany z macierzyństwem.

W okolicznościach sprawy, która zaowocowała rozstrzygnięciem wstępnym Trybunału Sprawiedliwości, skarżącą w postępowaniu krajowym była J. Porras Guisado (dalej jako JPG) zatrudniona przez Bankia S.A. (dalej jako Bankia). W wyniku przeprowadzonej procedury konsultacji i zawartego porozumienia komisji negocjacyjnej JPG została objęta pracowniczym zwolnieniem grupowym. W chwili zwolnienia była ona w ciąży. Mając na uwadze przysługujące jej instrumenty ochronne przed utratą miejsca pracy, wniosła o przeprowadzenie postępowania pojednawczego. Wobec niekorzystnego dla niej rozstrzygnięcia złożyła skargę na sprzeczne z prawem pracy jej zwolnienie do sądu pracy. Sąd ten wniesioną skargę oddalił. Natomiast Sąd II instancji powziął pewne wątpliwości co do zgodności prawa wewnętrznego i praktyki jego stosowania z wymogami prawa unijnego mającymi tutaj zastosowanie. Zasadniczy

¹⁵ Takie odczytanie istoty mechanizmów ochronnych pracowników zwalnianych daje się wyprowadzić wprost z pkt 2–6 preambuły do niniejszego aktu.

¹⁶ M. Seweryński, Dylematy prawnej ochrony pracy, (w:) Księga jubileuszowa prof. H. Szurgacza, pod red. Z. Kuboła, T. Kuczyńskiego, Warszawa 2011, s. 219.

problem, który miał być przedmiotem rozstrzygnięcia prejudycjalnego, dotyczył tego, czy art. 10 pkt 1 dyrektywy w sprawie ochrony macierzyństwa należy interpretować w ten sposób, że zawarte w nim określenie „szczególne przyczyny zwolnienia”, nieodnoszące się do okresu ciąży, dopuszczone w prawie krajowym lub praktyce, stanowiące wyjątek od zakazu ich zwolnienia, nie jest równoznaczne z treścią zwrotu „jeden lub więcej powodów niezwiązanych z poszczególnym pracownikiem”, do którego wprost odnosi się art. 1 ust. 1 lit. a) dyrektywy o zwolnieniach grupowych¹⁷.

3. Problem współgrania ze sobą standardów materialnoprawnych określonych dyrektywą 92/85/EWG z regulacją zwolnień grupowych w dyrektywie 98/59/WE

Kwestia zachowania niezbędnej spójności wykładni przepisów tytułowych dyrektyw pozostaje w oczywistym związku z treścią wszystkich pytań prejudycjalnych wniesionych przez sąd krajowy. Odnosząc się do problematyki koherencji obydwu branych tu pod uwagę łącznie aktów prawa unijnego, Trybunał Sprawiedliwości w omawianym tu orzeczeniu przyjął, że pracownice w ciąży i w okresie urlopu macierzyńskiego (w czasie karmienia piersią) korzystają z podwójnej ochrony, bo na podstawie dyrektywy o zwolnieniach grupowych oraz dyrektywy w sprawie ochrony macierzyństwa. Rodzi się pytanie, czy rzeczywiście mamy tutaj do czynienia z pełnym współgraniem ze sobą wyznaczników zwolnień pracowników określonych w każdym z tych aktów. Otwartą kwestią pozostaje poszukiwanie trafnej odpowiedzi na pytanie, czy mechanizmy ochrony pracownic związane z ich szczególnym stanem w obu aktach się uzupełniają.

W opinii przedstawionej w związku z tą sprawą Rzecznik Generalny trafnie podniósł, że obydwie dyrektywy, tj. o zwolnieniach grupowych oraz w sprawie ochrony macierzyństwa opierają się na Wspólnotowej karcie socjalnych praw podstawowych pracowników. Dyrektywa w sprawie zwolnień grupowych odnosi się zarówno do instrumentów, jakie należy wprowadzić, by stworzyć mężczyznom i kobietom możliwość

¹⁷ Wskazany artykuł dyrektywy o zwolnieniach grupowych statuuje ogólne ramy zwolnień grupowych, a dopiero stosowne statuty lub inne regulacje dookreślają niniejszą konstrukcję, zob. wyrok z dnia 10 grudnia 2009 r., w sprawie o sygn. C-323/08 Ovidio Rodríguez Mayor i in., ECLI:EU:C:2009:770. J. J. F. Domínguez, R. F. Fernández, Fallecimiento del empresario sin sucesión hereditaria y despido colectivo a la luz de la Directiva 98/59/CE, Noticias de la Unión Europea 2011, nr 321, s. 97 i n.

lepszego godzenia obowiązków zawodowych i rodzinnych, jak i do konieczności pełnego respektowania w tych procedurach takich aspektów, jak dostateczne informowanie pracowników, rzeczywiste negocjowanie z nimi lub z ich przedstawicielami, a więc uwzględnianie ich opinii w procesie konsultacji i wspólne dochodzenie do warunków wdrażania zwolnień grupowych. Z kolei dyrektywa w sprawie ochrony macierzyństwa została wyraźnie ukierunkowana na zapewnienie szczególnej ochrony pracownikom w ciąży i po urodzeniu dziecka, zważywszy na fakt występujących, istotnych zagrożeń dla ich zdrowia i bezpieczeństwa. Należy tutaj podnieść, że dokonywana przez Trybunał wykładnia fundamentalnego pojęcia zakaz zwolnień oraz definicji podmiotu tej ochrony, jaki stanowi „pracownica w ciąży” zmierza do jak najszerszego rozumienia ich zakresów, i to zarówno gdy chodzi o kwalifikowanie zatrudnienia w kategorii pracowniczej¹⁸, jak również wykorzystywanie pojemnej definicji zawiadomienia o ciąży. Dla skuteczności powiadomienia o wskazanym stanie wystarczające jest, aby przedsiębiorca mógł wiedzę w tym zakresie osiąść w jakikolwiek sposób, niekoniecznie w drodze formalnego powiadomienia przez zainteresowaną. W przypadku wypowiedzenia umowy, znaczenie ma stan rzeczywisty, w którym znajduje się kobieta, a nie sam moment zawiadomienia pracodawcy o ciąży. Czynnikiem ten może mieć znaczenie wówczas, kiedy pierwotnie pracownica nie wyraziła sprzeciwu wobec wypowiedzenia umowy, jednak po tym fakcie dowiedziała się, że spodziewa się dziecka. W takim wypadku obejmuje ją również ochrona zatrudnienia, łączona z macierzyństwem¹⁹. Na marginesie podniesionych uwag należy wskazać, że pracownice w ciąży mogą ukrywać swój stan ze względu na potencjalne zagrożenia zwolnieniem na podstawie subiektywnych ocen przydatności pracownicy do wykonywania powierzonych jej zadań.

¹⁸ W wyroku w sprawie *Tele Danmark* (sygn. C-109/00, EU:C:2001:513, pkt 34) TSUE przyjął, że prawo unijne chroni kobietę w ciąży także w okolicznościach, gdy była zatrudniona w krótkim okresie w zastępstwie pracownicy przebywającej na urlopie macierzyńskim. Ochrona pracownicy w ciąży rozciąga się na każdy stosunek pracy, w którym pozostaje kobieta, a nie jedynie na ten, z którego pobiera najwyższe wynagrodzenie lub który stanowi jej główne źródło dochodu (zob. także uchwałę SN z dnia 30 maja 1979 r., sygn. I PZP 11/79). Dotyczy to w szczególności sytuacji, kiedy pracownica pozostaje w stosunku pracy z więcej niż jednym pracodawcą. Szerzej o orzecznictwie J. Maliszewska-Nienartowicz, *Ochrona kobiet w związku z ciążą i macierzyństwem w świetle wybranych orzeczeń Trybunału Sprawiedliwości*, EPS 2013 nr 3, s. 31 i n.

¹⁹ W omawianych okolicznościach (zob. wyrok SN z dnia 29 marca 2001 r., sygn. I PKN 330/00, OSNP 2003, nr 1, poz. 11) kobieta ma prawo żądać, aby wypowiedzenie zostało uznane za nieważne.

W celu wyznaczenia ram przedmiotowych dyrektywy o zwolnieniach grupowych dookreślone zostało tytułowe pojęcie w słowniku podstawowych pojęć. Zgodnie z treścią jej art. 1 ust. 1 lit. a) należy je rozumieć jako „zwolnienia dokonywane przez pracodawcę z jednego lub więcej powodów niezwiązanych z poszczególnym pracownikiem”. W świetle wykładni sądów unijnych obejmuje ono swym zakresem „wszelkie przypadki zakończenia umowy o pracę wbrew woli pracownika, a zatem i bez jego zgody”. Przyjmuje się w orzecznictwie unijnym szerokie rozumienie wyznaczników definicji zwolnień grupowych. Mamy zatem tu do czynienia z instytucją, która nie ma charakteru wyjątkowego w praktyce gospodarczej. Tymczasem możliwość wyjątkowego zwolnienia pracownicy w ciąży lub w okresie bezpośrednio po urodzeniu dziecka wymaga wystąpienia szczególnej i do tego, niezwiązanej z jej stanem, przyczyny. Należy zauważyć, że zwrot identyfikowany jako szczególne przyczyny nie pokrywa się z treścią przesłanek grupowego zwolnienia z pracy z jednego lub więcej powodów. Powyższą tezę potwierdza Rzecznik Generalny we wzmiankowanej już opinii, wskazując m.in., że w definicji zwolnień grupowych²⁰ brak jest zakresu pojęciowego, odpowiadającego treści zwrotu „szczególne przyczyny”.

Przepis zawarty w dyrektywie w sprawie zwolnień grupowych odnosi się do stosowania mechanizmu podstawowego dla tej normatywnej konstrukcji, a nie wyjątku. Ten ostatni, wyszczególniony w art. 10 dyrektywy w sprawie ochrony macierzyństwa, powinien być wykładany wąsko. Zatem, zdaniem opiniodawcy, szczególne przyczyny należy rozumieć jako zjawiska unikatowe, natomiast zwolnieniom grupowym takiego charakteru przypisać nie można. Do tego rodzaju zwolnień stosuje się pojemną definicję oraz różne progi zwolnień, w zależności od liczby pracowników zatrudnionych w danym przedsiębiorstwie i wielkości zakładanych zmian. Powyższe zestawienie odnoszące się do braku tożsamości zakresu wskazanych pojęć oznacza, że w praktyce obszary dotyczące legalności dokonywanych zwolnień grupowych mogą się pokrywać, bądź nie, z uchyleniem od zakazu zwolnień, dopuszczonym art. 10 dyrektywy w sprawie ochrony macierzyństwa. Inaczej mówiąc, zachodzą w praktyce przypadki, w których grupowe zwolnienie z jednej lub więcej przyczyn pokrywać się będzie z przesłanką „szczególnej przyczyny”. Taka sytuacja wystąpi m.in. w wypadku zwolnień grupowych związanych z trwałym zaprzestaniem prowadzenia działalności gospodarczej przez przedsiębiorcę.

²⁰ Zob. art. 1 ust. 1 lit. a) dyrektywy w sprawie zwolnień grupowych.

Zdaniem Rzecznika Generalnego²¹ przesłanek – zgodnie z którymi art. 10 pkt 1 dyrektywy w sprawie ochrony macierzyństwa zezwala na zwolnienie z pracy pracownicy w ciąży, w wypadku wystąpienia „szczególnych przyczyn niezwiązanych z jej stanem – dopuszczonych w prawie krajowym lub praktyce”, nie należy wyklądać jako odpowiadających w pełni zwrotowi wyrażonemu w art. 1 dyrektywy o zwolnieniach grupowych, w którym mowa o jednym lub więcej powodach niezwiązanych z poszczególnym pracownikiem. W pewnym zakresie stanowiska opiniodawcy i sądu unijnego nie pokrywają się. Trybunał Sprawiedliwości orzekł bowiem, że „Artykuł 10 pkt 2 dyrektywy 92/85 należy interpretować w ten sposób, że nie stoi on na przeszkodzie przepisom krajowym pozwalającym pracodawcy na zwolnienie z pracy pracownicy w ciąży w ramach zwolnienia grupowego, nie wskazując powodów innych niż te, które uzasadniają to zwolnienie grupowe, o ile zostaną wskazane obiektywne kryteria uwzględnione w celu wskazania pracowników, którzy mają zostać zwolnieni.” Tym samym przesądził, że powody niezwiązane z indywidualnym pracownikiem wchodzą w zakres szczególnych przyczyn niezwiązanych ze stanem pracownic, które wysławia uchylenie od zakazu zawarte w art. 10 pkt 1 dyrektywy w sprawie ochrony macierzyństwa. Ochronnym mechanizmem w przypadku zwolnień pracownicy w ciąży w postępowaniach grupowych jest bezwzględny wymóg należytego uzasadnienia przyczyn zwolnienia przez przedsiębiorcę oraz dopuszczenie takiego zwolnienia w prawie krajowym lub praktyce jego stosowania, zgodnej z wymogami dyrektywy 92/85²².

4. Aksjologiczne uzasadnienie szczególnej ochrony pracownicy związanej z jej macierzyństwem

Zdaniem Trybunału Sprawiedliwości treści obydwu wskazanych już aktów wtórnych prawa unijnego należy interpretować jako zawierające mechanizmy ochronne pracowników, uzupełniające się i wspomagające wykonanie celów nimi wyznaczonych. Potwierdzenie powyższej tezy zależy będzie od właściwego rozłożenia – w praktyce stosowania przedmiotowych przepisów – akcentu na rzeczywistą ochronę kobiety związanej z jej macierzyństwem. Nie powinna być ona osłabiona w związku z procedurami zwolnień grupowych pracowników. Na uwagę zasługuje

²¹ Pkt 70 Opinii przedstawionej w dniu 14 września 2017 r., w sprawie o sygn. C–103/16 Jessica Porras Guisado przeciwko Bankia SA.

²² Pkt 48 niniejszego wyroku oraz powołane tam orzecznictwo.

podkreślanie w orzecznictwie Trybunału Sprawiedliwości aksjologicznych uzasadnień szczególnej ochrony kobiety, związanej z jej macierzyństwem, zwłaszcza w okresie ciąży.

W omawianym wyroku wstępnym Sąd ten podniósł, że celem dyrektywy w sprawie ochrony macierzyństwa jest zapobieżenie negatywnemu wpływowi – na kondycję fizyczną i psychiczną takich pracownic – już samego ryzyka zwolnienia z pracy z przyczyn związanych z ich stanem macierzyńskim²³. Ustawodawca unijny, mając na uwadze te potencjalne, negatywne skutki, w których zakres wchodzi także „poważne ryzyko dobrowolnego przerwania ciąży”, zastrzegł powinność respektowania mechanizmów szczególnej ochrony macierzyństwa kobiety, wprowadzając, na mocy wspomnianego już art. 10, generalny zakaz ich zwolnienia we wskazanych okresach, chyba że zachodzą szczególne przyczyny, nie związane z ciążą lub okresem poporodowym²⁴.

Dla zabezpieczenia efektywności prawa unijnego w przedmiotowym zakresie wprowadzono – na mocy dyrektywy w sprawie ochrony macierzyństwa – zarówno odpowiednie gwarancje ochrony prewencyjnej, jak i reparacyjnej. Państwa członkowskie, dokonując implementacji niniejszej dyrektywy, muszą bezwzględnie respektować tę podwójną perspektywę, zważywszy na zasadę efektywności unijnego porządku. W orzecznictwie sądów unijnych szczególny akcent kładziony jest na ochronę zapobiegawczą. Zasadniczym jej celem jest przeciwdziałanie już potencjalnym, negatywnym zagrożeniom zwolnień. Z samym przygotowywaniem tego rodzaju umów w przedsiębiorstwie może być związane niebezpieczeństwo przerwania ciąży, której w stabilnych stosunkach pracowniczych kobieta nie dokonałaby.

Podwójny reżim ochronny jest gwarantowany przepisami kodeksu pracy²⁵. Oczywiście między duchem i celem regulacji a praktyką stosowania

²³ Akcent na zabezpieczenie skutecznej ochrony kobiet związanej z ich macierzyństwem, zwłaszcza łączonej z prewencją jest konsekwentnie kładziony w orzecznictwie wstępnym Trybunału Sprawiedliwości. Zob. w tej materii argumentację przedstawioną w wyroku z dnia 11 listopada 2010 r., Danosa, sygn. C–232/09, EU:C:2010:674.

²⁴ Powyższe względy przesądzają o zasadności ochrony wskazanej grupy pracownic już na etapie prognozowania zwolnień i przygotowywania umów zastępowania pracownic w ciąży innymi osobami, zob. zwłaszcza argumentację przedstawioną przez TS w wyroku z dnia 11 października 2007 r., w sprawie o sygn. C–460/06, ECR 2007, s. I–08511 oraz M. B e n e c k e, Mutterschutz trotz Kündigung nach Ablauf der Schutzzeit (Rechtssache Paquay), Europäische Zeitschrift für Arbeitsrecht 2008, nr 3, s. 385 i n.

²⁵ Na uwagę zasługuje m.in. zasada uprzywilejowania wynikająca ze stosunku pracowniczego, uznawana „za kardynalną” zasadę prawa pracy (W. M u s z a l s k i, (w:) Kodeks pracy. Komentarz, pod red. W. M u s z a l s k i e g o, Warszawa 2017, komentarz do art. 18, pkt. 1). Z art. 18 k.p. wynika to, że przepisy prawa pracy dają określone gwarancje

wania mogą występować istotne rozbieżności na niekorzyść mechanizmów ochronnych²⁶. O prawidłowości dokonanej transpozycji do porządku krajowego postanowień dyrektywy przesądza przewidywalność linii orzeczniczej krajowych organów. W ustawicznie zmieniającym się otoczeniu prawa, rośnie rola wykładni dynamicznej, pozwalającej nadawać sens konstrukcjom normatywnym zgodnie z funkcjonalnym ich przeznaczeniem²⁷.

W niektórych systemach krajowych, w tym państwie członkowskim, które wniosło o rozstrzygnięcie prejudycjalne, mechanizmy ochronne kobiet w ciąży i w okresie po urodzeniu dziecka ograniczone zostały do ochrony reparatornej. Pojawia się pytanie, czy takie ograniczenie instrumentów ochrony prawnej przed niezgodnym z prawem zwolnieniem kobiet mieszczących się w omawianej kategorii do środków naprawczych, da się pogodzić z wymogami dyrektywy w sprawie ochrony macierzyństwa. Trybunał Sprawiedliwości, w omawianym tu wyroku, spójnie ze stanowiskiem Rzecznika Generalnego w tym zakresie przyjął²⁸, że z uwagi na negatywne skutki, jakie zwolnienie może mieć na kondycję fizyczną i psychiczną kategorii pracownic tutaj omawianych, ochrona reparatorna, nawet w przypadku, gdy skutkiem stosowanych mechanizmów w procedurach wewnętrznych państw członkowskich jest przywró-

trwałości nawiązanego stosunku (J. Stelina, (w:) A. Sobczyk (red.), Kodeks pracy. Komentarz, Warszawa 2017, komentarz do art. 18, nb 3; M. Nałęcz, (w:) K. Walczak (red.), Kodeks pracy. Komentarz, Warszawa 2018, komentarz do art. 18, pkt 1) oraz swobodę negocjowania korzystniejszych od ustawowych warunków zatrudnienia (A. M. Świątkowski, (w:) Kodeks pracy. Komentarz, pod red. A. M. Świątkowskiego, Warszawa 2016, komentarz do art. 18, nb 5).

²⁶ Głębsza analiza polskich regulacji, a zwłaszcza praktyki ich stosowania pozostawia pewne wątpliwości, czy spełnione są prewencyjne i reparatorne założenia. Zgodnie z dominującym orzecznictwem sądowym wypowiedzenie umowy o pracę, pomimo ustawowego zakazu – takiego jak określony w art. 10 Dyrektywy w sprawie ochrony macierzyństwa – wywołuje skutek prawny w postaci rozwiązania umowy o pracę, to ochrona kobiet w ciąży sprowadza się w istocie do instrumentów naprawczych, a nie do faktycznego zapobiegania łamaniu zakazów zwolnień.

²⁷ Na uwagę zasługuje zmiana w podejściu Trybunału Sprawiedliwości do wykładni przesłanek nadużycia pozycji dominującej przedsiębiorstwa. W miejsce dotychczasowej kwalifikacji formalnej stosowanych w konkurencji praktyk Trybunał Sprawiedliwości w wyroku w sprawie Intel położył akcent na funkcjonalne (ekonomiczne) analizy zachowań rynkowych. Zob. sprawa Intel przeciwko Komisji, sygn. C-413/14, ECLI:EU:C:2017:632. Korzyści z elastycznej i dynamicznej koncepcji są trudne do przecenienia. Mają one charakter wielowymiarowy.

²⁸ Zob. pkt 64.

cenie zwolnionej pracownicy do pracy lub wypłata niepobranych z powodu zwolnienia wynagrodzeń, nie może zastąpić ochrony prewencyjnej²⁹.

Mając na uwadze aksjologiczne obudowanie mechanizmów materialnoprawnych ochrony pracownic, związanych z ich macierzyństwem, Trybunał Sprawiedliwości w omawianym tu wyroku wstępnym orzekł, że art. 10 pkt 1 dyrektywy w sprawie ochrony macierzyństwa należy interpretować w ten sposób, że stoi on na przeszkodzie regulacjom krajowym, które nie zakazują co do zasady zwolnienia z pracy pracownic z omawianej grupy tytułem ochrony prewencyjnej, a przewiduje jedynie tytułem ochrony reparacyjnej nieważność takiego zwolnienia, w przypadku gdy jest ono niezgodne z prawem. Należy mieć na uwadze to, że państwa członkowskie dysponują pewnym marginesem swobody przy wdrażaniu aktów wtórnych prawa unijnego, wymagających transpozycji do wewnętrznego porządku, w wypadku ich oparcia o klauzulę minimalnej harmonizacji³⁰. Granice dyskrecjonalnej władzy organów krajowych nie mogą pomijać celów określonych regulacji i istoty unormowania. Z art. 288 Traktatu o funkcjonowaniu Unii Europejskiej³¹ wynika, że przy doborze środków niezbędne jest zapewnienie pełnej skuteczności implementowanego do porządku państwa członkowskiego aktu³².

²⁹ Stanowisko Trybunału wspólnie z opinią Rzecznika Generalnego, który stwierdza, że potencjalne środki prawne uzyskane *ex post* po zakończeniu postępowania sądowego, takie jak postanowienie o przywróceniu pracownicy w ciąży na stanowisko pracy lub wypłata zaległego wynagrodzenia, a także przyznanie jej odszkodowania, mogą jedynie łagodzić konsekwencje niezgodnego z prawem zwolnienia z pracy. Jest jednak niemożliwe, stwierdza opiniodawca, aby całkowicie cofnąć negatywny wpływ pierwotnego czynu bezprawnego na stan umysłowy i fizyczny zwalnianej kobiety. Zdaniem K. Jaśkowskiego (Kilka uwag o odszkodowaniu za dyskryminację pracownika (art. 18^{3d}k.p.), (w:) Z aktualnych zagadnień prawa pracy i zabezpieczenia społecznego: Księga jubileuszowa prof. W. Sanetry, pod red. B. Cudowskiego i J. Iwulskiego, Białystok 2013, s. 178) ochrona pracownicy byłaby iluzoryczna, gdyby ograniczać ją do wysokości odszkodowania przewidzianego w art. 50 § 4 k.p., a nie odnosić jej również do art. 18^{3d}k.p.

³⁰ Państwa członkowskie mogą np. uwzględnić okres, wynagrodzenie lub świadczenie za urlop ze względów rodzinnych, w szczególności urlop macierzyński, ojcowski, rodzicielski, opiekuńczy, dostępne na szczeblu krajowym, które wykraczają poza minimalne standardy określone w dyrektywie, pod warunkiem spełnienia minimalnych wymagań dla poszczególnych urlopów oraz gdy ogólny poziom ochrony pracowników w dyrektywach nie ulega zmniejszeniu, tak Wniosek z dnia 15 czerwca 2018 r. dotyczący dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady w sprawie równowagi między życiem zawodowym a prywatnym rodziców (...), ST 10055 2018 INIT, art. 20.2b.

³¹ OJ 2012, C 326, s. 47.

³² Wykładni art. 10 i 12 Dyrektywy w sprawie ochrony macierzyństwa należy dokonywać w ten sposób, że nie stoją na przeszkodzie uregulowaniu państwa członkowskiego przewidującegoemu szczególny środek prawny w zakresie zakazu rozwiązywania stosun-

5. Zwolnienia grupowe a reguła pierwszeństwa zachowania dotychczasowego lub przeniesienia na inne odpowiednie stanowisko pracownicze

Sąd państwa członkowskiego, wnoszący o rozstrzygnięcie prejudycjalne, dochodził odpowiedzi na pytanie, czy art. 10 pkt 1 dyrektywy w sprawie ochrony macierzyństwa zobowiązuje państwa członkowskie do uchwalenia odpowiednich regulacji w celu zapewnienia, by w przypadku zwolnienia grupowego pracownice w ciąży korzystały z pierwszeństwa w zakresie zachowania zatrudnienia w przedsiębiorstwie, w którym są zatrudnione, lub przeniesienia je na inne odpowiednie stanowisko³³. Inaczej jednak niż dowodził w tej kwestii Rzecznik Generalny, Trybunał Sprawiedliwości postawił znak równości między dopuszczeniem wyjątkowym zwolnienia z pracy kobiet w ciąży lub w okresie po nim następującym z przyczyn niezwiązanych z tymi stanami, a możliwością zwolnień grupowych z jednej lub więcej przyczyn³⁴. Przyjął bowiem, że

ku pracy z pracownikami, określonymi w art. 10, wykonywany według zasad proceduralnych właściwych tej skardze, tak teza I wyroku Trybunału Sprawiedliwości z dnia 29 października 2009 r. (w sprawie o sygn. C-63/08 Virginie Pontin ECLI:EU:C:2009:666), o ile jednak zasady te nie są mniej korzystne niż w przypadku podobnych postępowań o charakterze wewnętrznym (zasada równowagi) i nie powodują w praktyce, że korzystanie z uprawnień wynikających z prawa wspólnotowego stanie się niemożliwe lub nadmiernie utrudnione (zasada skuteczności). Więcej B. Palli, M. Schmitt, L'effectivité de la protection juridictionnelle de la femme enceinte en cas de licenciement. Réflexions à partir de l'arrêt CJCE 29 octobre 2009, Pontin, C-63/08, Droit social 2010, nr 3, s. 334 i n., K. Nebe, Das mutterschutzrechtliche Kündigungsverbot: gemeinschaftsrechtliche Anforderungen an einen effektiven Rechtsschutz: Urteil des Europäischen Gerichtshofs vom 29.10.2009, Rechtssache Pontin, Europäische Zeitschrift für Arbeitsrecht 2010, nr 3, s. 383 i n.

³³ Czasem to przeniesienie ma wymiar ochronny, jest wymuszone potrzebą ochrony zdrowia i bezpieczeństwa kobiety w okresie karmienia piersią. Zob. wyrok z dnia 11 listopada 2010 r., Danosa, sygn. C-232/09, EU:C:2010:674. Na ten temat S. Petrović, P. Ceronja, Corporate effects of the Danosa case: is the termination of membership of the board of directors allowed in the case of a pregnant board member? Croatian yearbook of European law & policy 2012, nr 8, s. 437 i n.; B. Eckardt, Paradigmenwechsel durch den EuGH: Von der analogen zur unmittelbaren. Anwendung von Arbeitnehmerschutzvorschriften auf GmbH-Geschäftsführer(innen)?, (w:) A. Korkemoor (i inni), Recht im Dialog – Gedächtnisschrift für Rainer Wörten, Baden-Baden 2013, s. 369 i n.

³⁴ Zbliżoną interpretację postanowień dyrektywy w sprawie zwolnień grupowych TS przyjmował już we wcześniejszym orzecznictwie. Wskazywał m.in., że stosowanie odstępstw od zakazu zwalniania pracownic w omawianych stanach, z przyczyn niezwiązanych z ich macierzyństwem a dozwolonych w ramach przepisów krajowych, art. 10 ust. 1 Dyrektywy w sprawie ochrony macierzyństwa, nie wymaga od państw członkow-

decyzja o zwolnieniu takiej pracownicy z powodów innych niż uzasadnione jej stanem nie jest niezgodna z art. 10 dyrektywy w sprawie ochrony macierzyństwa, jeśli pracodawca należycie i z zastrzeżeniem procedury pisemnej uzasadnia powody zwolnienia, jeśli jest to dopuszczone w systemie prawa krajowego lub praktyką jego stosowania³⁵.

Za szerszą ochroną kobiety w omawianych stanach opowiedział się Rzecznik Generalny. Wychodząc od gruntownej analizy szczególnych przyczyn zwolnienia takich pracownic w świetle art. 10 pkt 1 tej dyrektywy, podniósł, że w celu zagwarantowania, aby zwolnienie takiej pracownicy w ciąży było zgodne z prawem, nie wystarczy powołanie ogólnej przyczyny mającej wpływ na jej stanowisko pracy w kontekście zwolnienia grupowego. Niezbędne jest uzasadnienie dotyczące braku jakiegokolwiek możliwości utrzymania lub przeniesienia jej na inne odpowiednie stanowisko. Oczywiście, konkretne uwarunkowania i okoliczności uruchomienia procedur zwolnień grupowych mogą, jak to zostało już wzmiankowane, wyłączyć powyższą możliwość ze względu na brak zapotrzebowania na umiejętności zatrudnionej w związku z dokonywanymi restrukturyzacjami co do ilości zwolnień pracowników lub zachowania określonego sektora w przedsiębiorstwie. Mając na uwadze zasadnicze cele założone dyrektywą w sprawie ochrony macierzyństwa, skonkretyzowane art. 10 pkt 1, należałoby przyjąć, że w sytuacji, gdy pracownica, do której znajduje odniesienie ten przepis, może potencjalnie zostać przeniesiona na inne odpowiednie stanowisko w kontekście zwolnienia grupowego, uchylenie od zakazu zwolnienia z pracy przewidziane w tym przepisie nie ma tutaj zastosowania. Rozstrzygnięcie, czy mamy do czynienia z taką sytuacją, należy do sądu krajowego.

Z uwagi na szczególne, a więc wyjątkowe przyczyny zwolnienia pracownic, niezwiązane z ich macierzyństwem, rodzi się wątpliwość, czy w zwolnieniach grupowych nie należałoby zabezpieczyć mechanizmów ich ochrony w szerszym zakresie niż zwykłych pracowników, objętych dyrektywą o zwolnieniach grupowych. Sąd krajowy, we wniosku o rozstrzygnięcie prejudycjalne dochodził ustalenia, czy w sytuacji zwolnienia grupowego, w celu dokonania oceny, czy istnieją wyjątki, w których art.

skich określenia szczególnych podstaw, w których świetle można zwolnić takich pracowników, zob. wyrok z dnia 4 października 2001 r., Jiménez Melgar, sygn. C-438/99, EU:C:2001:509, pkt 38. Zob. A. Masselot, Jurisprudential Developments in Community Pregnancy and Maternity Rights: the ECJ judgments in cases, sygn. C-438/99 Melgar and C-109/00, Brandt-Nielsen, Maastricht Journal of European and Comparative Law 2002, nr 1, s. 57 i n.

³⁵ Zob. pkt 48 i n. wyroku.

10 pkt 1 dyrektywy w sprawie ochrony macierzyństwa dopuszcza zwolnienie z pracy pracownic w ciąży, konieczne jest spełnienie warunku braku możliwości przeniesienia pracownicy na inne stanowisko pracy, czy też wystarczające jest, aby pracodawca przedstawił dowody zaistnienia przyczyn ekonomicznych, technicznych lub związanych z produkcją, które wywierają wpływ na redukcję miejsc pracy. Wątpliwości sądu krajowego wydają się zasadne z uwagi na zróżnicowanie regulacji wewnętrznych w tym zakresie i rozbieżności interpretacyjne wymogów określonych dyrektywą w sprawie zwolnień grupowych. W dyrektywie regulującej mechanizmy ochronne pracowników w zwolnieniach grupowych, brak jest, wyrażonego *expressis verbis*, zastrzeżenia obowiązku spoczywającego na państwach członkowskich (w ramach implementacji tego aktu) ustanowienia prawa szczególnego dla pracownic mieszczących się w omawianej kategorii w postaci pierwszeństwa zachowania zatrudnienia lub przeniesienia na inne odpowiednie stanowisko.

Trybunał Sprawiedliwości orzekł, że art. 10 pkt 1 dyrektywy w sprawie ochrony macierzyństwa należy wyklądać w ten sposób, że nie stoi on na przeszkodzie regulacjom państwa członkowskiego, które w ramach zwolnienia grupowego nie statuuje ani pierwszeństwa zachowania zatrudnienia ani pierwszeństwa zmiany zaszeregowania mających zastosowanie przed tym zwolnieniem. Trudno w tym miejscu pominąć fakt, że zwolnienia grupowe w przedsiębiorstwach mają istotne znaczenie dla gospodarki i społeczeństwa. Prawodawca Unii dążył zarówno do zapewnienia porównywalnej ochrony praw pracowników w państwach członkowskich, jak i zrównania obciążeń, jakie te zasady ochrony nakładają na przedsiębiorstwa w Unii. Nie zmienia to faktu, że dokonana przez Trybunał, wiążąca państwa członkowskie wykładnia, faktycznie osłabia jakość standardów ochrony kobiet łączonej ze szczególnymi stanami, o których tutaj mowa. Gdyby jednak wymogi związane ze zwolnieniami grupowymi pracowników obejmowały, w odniesieniu do pracownic w ciąży i na urloпах macierzyńskich, regułę pierwszeństwa zachowania przez nie zatrudnienia, mechanizmy ochronne przewidziane w obydwu omawianych aktach miałyby charakter spójny³⁶. Zważywszy na brak wymogu ustalenia takiego pierwszeństwa trudno byłoby zarzucić ustawodawcy krajowemu fakt nieprawidłowej harmonizacji dyrektywy o zwolnieniach grupowych.

³⁶ Zdaniem sądu krajowego wnoszącego o rozstrzygnięcie wstępne pracownicy korzystające z pierwszeństwa zachowania zatrudnienia mogą zostać zwolnieni jedynie pod warunkiem wskazania przez pracodawcę wyjątkowych przyczyn rozwiązania umowy, odmiennych od przesłanek uzasadniających zwolnienie grupowe.

Minimalny charakter harmonizacji dyrektywy stwarza możliwości dla państw członkowskich ustanowienia wyższego niż przewidziany tym aktem, stopnia ochrony takich pracowników w regulacjach krajowych. Na to, czy podnosić one będą te standardy wpływ niewątpliwy wywierać będą tradycje krajowe, w których występują czasem diametralne różnice w traktowaniu kobiet³⁷. W każdym razie w świetle wymogów unijnych państwa członkowskie zachowują swobodę w zakresie ewentualnego zawarcia zasady pierwszeństwa, czyli mechanizmów ochronnych dalej idących. Dotyczyć one mogą zarówno prawa materialnego, jak i proceduralnego³⁸.

Rodzi się jednak duża wątpliwość w kwestii zgodności z prawem UE regulacji krajowych – wydanych w celu ustanowienia przepisów wyznaczających standardy zwolnień grupowych – które obejmują klauzulą pierwszeństwa inne kategorie podmiotów niż pracownice objęte dyrektywą w sprawie ochrony macierzyństwa. W prawie państwa członkowskiego, które wnioskowało o rozstrzygnięcie wstępne Trybunału w trybie art. 267 Traktatu o funkcjonowaniu Unii Europejskiej, takim pierwszeństwem objęci zostali prawni przedstawiciele pracowników, pracownicy mający rodzinę na utrzymaniu, pracownicy w określonym wieku lub osoby niepełnosprawne³⁹. Dotyczy to przypadków, które znajdują potwierdzenie w układzie zbiorowym. Już ten przekrój potencjalnie uprawnionych rodziców może wątpliwości z punktu widzenia właściwego zabezpieczenia ochrony pracownic mieszczących się w omawianej grupie, gwarantowanej art. 10 dyrektywy w sprawie ochrony macierzyństwa.

³⁷ O wyboistej drodze ochrony kobiet związanej z ich macierzyństwem świadczy ewaluowanie orzecznictwa SN w USA zob. wyrok *Geduldig przeciwko Aiello*, 417 U.S. 484 (1974), *Cleveland Board of Education przeciwko LaFleur*, 414 U.S. 632 (1974), *California Federal S. & L. Assn. v. Guerra*, 479 U.S. 272 (1987), zob. też A. B. Smith, Ch. B. Craver, R. Turner, *Employment Discrimination Law: Cases and Materials*, Lexis-Nexis 2011, s. 13 i n.

³⁸ Zob. m.in. § 6. 1. Rozporządzenia Ministra Sprawiedliwości z dnia 15 grudnia 2015 r., w sprawie sposobu udzielania i dokumentowania nieodpłatnej pomocy kobiecie, która jest w ciąży (Załącznik do obwieszczenia Ministra Sprawiedliwości z dnia 11 stycznia 2018 r., poz. 318) zgodnie, z którym taka pomoc prawna jest udzielana poza kolejnością, szerzej w kwestii ochrony rodziny <https://www.ms.gov.pl/pl/informacje/news,10179,skuteczne-sciaganie-alimentow-i-wsparcie-dla.html> (data 18 grudnia 2017 r.).

³⁹ Szerzej R. Stefanicki, *Zakaz dyskryminacji ze względu na płeć przy ocenie ryzyka ubezpieczeniowego*, (w:) *Księga jubileuszowa prof. H. Szurgacza*, pod red. Z. Kubo-ta, T. Kuczyńskiego, Warszawa 2011, s. 242.

6. Podsumowanie

W ramach mechanizmu współpracy między Trybunałem Sprawiedliwości a sądami krajowymi, orzecznictwo prejudycjalne wydawane w oparciu o art. 267 pełnić ma użyteczną funkcję, a nie stanowić – bo nie taka jest jego rola w świetle postanowień Traktatu – hipotetycznego rozstrzygnięcia. Komentowane orzeczenie dotyczy istotnej kwestii wiążącej państwa członkowskie interpretacji prawa unijnego. Wprawdzie zachowują one uprawnienia co do doboru stosownych procedur przy wdrażaniu przedmiotowych aktów, to jednak granicą dyskrecjonalnej ich władzy jest zagwarantowanie *effet utile* unijnego porządku. Z punktu widzenia skuteczności mechanizmów krajowych stosowanych w celu wykonania prawa unijnego w omawianym w tym materiale zakresie, na szczególne potraktowanie zasługuje przesądzenie o respektowaniu w procesie stanowienia i stosowania krajowych przepisów zarówno środków prewencyjnych w ramach ochrony kobiety związanej z jej macierzyństwem, jak i instrumentów repartacyjnych. Nadanie priorytetu dla tych pierwszych mechanizmów stanowić powinno ważną wskazówkę dla sądów lub innych organów każdego państwa członkowskiego rozpatrującego przedmiotowe spory, zwłaszcza dla praktyki polskiej i podobnych jej państw, gdzie droga sądowego dochodzenia roszczeń naprawczych jest rozciągnięta w czasie.

Bibliografia

1. Babińska-Górecka R., Szurgacz H., Soziale Gerechtigkeit in der Verfassung der Republik Polen, (w:) Die öffentliche Gesundheitsversorgung in Polen: verfassungsrechtliche Vorgaben und das System der Gesundheitsfürsorge, pod red. D. E. Lacha, U. Beckera, Baden-Baden 2017.
2. Benecke M., Mutterschutz trotz Kündigung nach Ablauf der Schutzzeit (Rechtssache Paquay), Europäische Zeitschrift für Arbeitsrecht 2008, nr 3.
3. Domínguez J. J. F., Fernández R. F., Fallecimiento del empresario sin sucesión hereditaria y despido colectivo a la luz de la Directiva 98/59/CE, Noticias de la Unión Europea 2011, nr 321.
4. Eckardt B., Paradigmenwechsel durch den EuGH: Von der analogen zur unmittelbaren. Anwendung von Arbeitnehmerschutzvorschriften auf GmbH-Geschäftsführer(innen)?, (w:) A. Kokemoor (i inni), Recht

- im Dialog – Gedächtnisschrift für Rainer Wörten, Baden–Baden 2013.
5. Jaśkowski K., Kilka uwag o odszkodowaniu za dyskryminację pracownika (art. 18^{3d} kp), (w:) Z aktualnych zagadnień prawa pracy i zabezpieczenia społecznego: Księga jubileuszowa prof. W. Sanetry,, pod red. B. Cudowskiego i J. Iwulskiego, Białystok 2013.
 6. Korus P., (w:) Kodeks pracy. Komentarz, pod red. A. Sobczyka, Warszawa 2017.
 7. Kubot Z., Kuczyński T., Masternak Z., Szurgacz H., Prawo pracy. Zarys wykładu, Warszawa 2008.
 8. Maliszewska-Nienartowicz J., Ochrona kobiet w związku z ciążą i macierzyństwem w świetle wybranych orzeczeń Trybunału Sprawiedliwości, EPS 2013 nr 3.
 9. Masselot A., Jurisprudential Developments in Community Pregnancy and Maternity Rights: the ECJ judgments in cases C–438/99 Melgar and C–109/00 Brandt-Nielsen, Maastricht Journal of European and Comparative Law 2002, nr 1.
 10. Muszalski W., (w:) Kodeks pracy. Komentarz, pod red. W. Muszalskiego, Warszawa 2017.
 11. Nałęcz M., (w:) K. Walczak (red.), Kodeks pracy. Komentarz, Warszawa 2018.
 12. Nebe K., Das mutterschutzrechtliche Kündigungsverbot: gemeinschaftsrechtliche Anforderungen an einen effektiven Rechtsschutz: Urteil des Europäischen Gerichtshofs vom 29.10.2009, Rechtssache Pontin, Europäische Zeitschrift für Arbeitsrecht 2010, nr 3.
 13. Palli B., Schmitt M., L'effectivité de la protection juridictionnelle de la femme enceinte en cas de licenciement. Réflexions à partir de l'arrêt CJCE 29 octobre 2009, Pontin, sygn. C–63/08, Droit social 2010, nr 3.
 14. Patulski W., Kamińska-Pietnoczko A., (w:) Kodeks pracy. Komentarz, pod red. W. Muszalskiego, Warszawa 2017.
 15. Petrović S., Ceronja P., Corporate effects of the Danosa case: is the termination of membership of the board of directors allowed in the case of a pregnant board member?, Croatian yearbook of European law & policy 2012, nr 8.
 16. Seweryński M., Dylematy prawnej ochrony pracy, (w:) Księga jubileuszowa prof. H. Szurgacza, pod red. Z. Kubota, T. Kuczyńskiego, Warszawa 2011.
 17. Smith A. B., Craver Ch. B., Turner R., Employment Discrimination Law: Cases and Materials, LexisNexis 2011.

18. Sobczyk A., Prawo pracy w świetle Konstytucji RP. Tom II. Wybrane problemy i instytucje prawa pracy a konstytucyjne prawa i wolności człowieka, Warszawa 2013.
19. Stefanicki R., Zakaz dyskryminacji ze względu na płeć przy ocenie ryzyka ubezpieczeniowego, (w:) Księga jubileuszowa prof. H. Szurgacza, pod red. Z. Kubota, T. Kuczyńskiego, Warszawa 2011.
20. Stelina J., (w:) A. Sobczyk (red.), Kodeks pracy. Komentarz, Warszawa 2017.
21. Stopka K., Mazurczak-Jasińska E., O charakterze i funkcjach zasiłku macierzyńskiego dla ubezpieczonego ojca dziecka, (w:) Księga dla naszych kolegów: prace prawnicze poświęcone pamięci doktorów A. Ciska, Z. Masternaka i M. Zagrosika, pod red. J. Mazurkiewicza, Wrocław 2013.
22. Strzebińczyk J., Prawo rodzinne, Warszawa 2012.
23. Świątkowski A. M., (w:) Kodeks pracy. Komentarz, pod red. A. M. Świątkowskiego, Warszawa 2016.

Special maternity protection for female workers versus collective redundancies

Abstract

The Directive on the approximation of the laws of the Members Stated relating to collective redundancies aims to ensure necessary protection for workers in the event of collective redundancies, with due consideration given to the sustainable economic and social growth within the EU. At the same time, the Directive on the introduction of measures to encourage improvements in the safety and health at work of pregnant workers and workers who have recently given birth or are breastfeeding lays down a general prohibition on dismissal of such workers, save in exceptional cases not connected with maternity. Given the coherence of the EU legislation, the implementation of the Directives should not fail to satisfy standards of protection for female workers in the regulated period.

Radosław Koper

Problem dopuszczalności stosowania podstępu wobec świadka w procesie karnym

Streszczenie

W opracowaniu omówiono jeden z najbardziej kontrowersyjnych i niełatwych w rozstrzygnięciu problemów w obrębie procesu karnego, dotyczący stosowania podstępu przez organ procesowy wobec uczestnika postępowania. Wywody ograniczono do zreferowania tej tematyki przez pryzmat świadka. Analizie poddano dwie zasadnicze odslony udziału świadka w procesie karnym w postaci przesłuchania i badań (lekarskich, psychologicznych itp.). Zaprezentowano rozmaite, wielobiegunowe, poglądy doktryny i judykatury. W rezultacie sformułowano wnioski i konkluzje, które są wyrazem przyjmowanej aksjologii.

Na tle różnych problemów karnoprosesowych kwestia dopuszczalności użycia podstępu wobec uczestników postępowania zasadnie uchodzi za niezwykle kontrowersyjną i zarazem skomplikowaną. Łączy się bowiem z rozważaniem zachowania, które na ogół spotyka się z pejoratywną oceną w ramach relacji międzyludzkich, a zatem roztrząsanie dopuszczalności zabiegów podstępnych w procesie karnym tym bardziej wywołuje skojarzenia raczej negatywne, przynajmniej w płaszczyźnie apriorycznej. O ile nikt w sumie nie kwestionuje stosowania podstępu w ramach czynności operacyjno-rozpoznawczych lub nawet w toku niektórych czynności wykonywanych w śledztwie lub dochodzeniu przez Policję (np. w celu ujęcia sprawcy czynu, wykrycia dowodów przestępstwa, ujawnienia miejsca przechowywania przedmiotów pochodzących z przestępstwa)¹, o tyle otwarta pozostaje – co do zasady – kwestia użycia podstępu w trakcie czynności procesowych w ogóle, w tym zwłaszcza

¹ M. Lipczyńska, Zasada swobody wypowiedzi a problem stosowania podstępu przy przesłuchaniu, Zeszyty Naukowe Akademii Spraw Wewnętrznych 1983, nr 33, s. 164; S. Waltoś, Swoboda wypowiedzi osoby przesłuchiwanej w procesie karnym, Państwo i Prawo 1975, nr 10, s. 71; Z. Sobolewski, Samooskarżenie w świetle prawa karnego (*nemo se ipsum accusare tenetur*), Warszawa 1982, s. 112; A. Murzynowski, Istota i zasady procesu karnego, Warszawa 1994, s. 214–215.

przez prokuratora lub sąd. W literaturze karnoprocesowej tematyka podstępu jest najczęściej analizowana w kontekście sytuacji prawnej oskarżonego. Nieco rzadziej przedmiotem analiz jest dopuszczalność stosowania podstępu względem świadka. Ta okoliczność uzasadnia skierowanie rozważań niniejszego opracowania w stronę tego aspektu problematyki podstępu, który dotyczy właśnie świadka, zwłaszcza że nie ulega wtedy dezaktualizacji złożoność tejże tematyki. Wywody nie obejmą specyficznej sytuacji polegającej na występowaniu w roli świadka przez osobę podejrzaną czy w ogóle przez sprawcę przestępstwa, gdyż ten aspekt statusu świadka, przez oddziaływanie reguły *nemo se ipsum accusare tenetur*, w pewnym sensie bardziej zbliża do roztrząsania statusu prawnego oskarżonego.

Analizę sygnalizowanego problemu należy rozpocząć od eksplikacji terminu „podstęp”, bo dopiero znając desygnaty tej nazwy można rozważać potencjalne sytuacje w tym zakresie. Jest rzeczą oczywistą, że udział świadka w procesie aktualizuje się na tle czynności dowodowych takich, jak przesłuchanie (art. 177 § 1 i n. k.p.k.) i badania (art. 192, art. 192a § 1 i 2 k.p.k.). Przesłuchanie świadka stanowi najbardziej znamieny aspekt jego statusu karnoprocesowego, zatem wydaje się, że poszukując definicji podstępu, można od razu nawiązywać do niektórych elementów reguły swobody wypowiedzi osoby przesłuchiwanej (art. 171 § 1, 4, 5, 7 k.p.k.), gdyż w tym wypadku największe jest ryzyko użycia zabiegów podstępnych w stosunku do świadka.

Odwołując się do znaczenia sformułowania „podstęp” w języku polskim, doktryna akcentuje, że jest to posunięcie, wybieg, mający na celu zmylenie, oszukanie kogoś, podejście, fortel². W konsekwencji podkreśla się, że podstęp może być ujmowany dwubiegunowo: jako zachowanie zasługujące na ujemną ocenę albo jako „zręczny manewr”, „strategiczne posunięcie”, czyli sprytne i nietypowe w stosunkach między ludźmi³. Należy uznać, że jest to prawidłowe podejście. Z jednej strony widać, że podstęp, ze swej istoty, zasługuje na ocenę negatywną, skoro zasadza się na oszukaniu czy zmyleniu danej osoby, jako efekcie użycia określonych zabiegów. Z drugiej strony można zaaprobować jego stosowanie, ponieważ nie da się całkowicie wykluczyć celowości i przydatności jego użycia w wyjątkowych wypadkach uzasadnionych racjami wyższego rzę-

² Z. Sobolewski, Samooskarżenie..., *op. cit.*, s. 111; M. Klejnowska, Oskarżony jako osobowe źródło informacji o przestępstwie, Kraków 2004, s. 293.

³ B. Kurzępa, Podstęp w toku czynności karnoprocesowych i operacyjnych, Toruń 2003, s. 15; Z. Sobolewski, Samooskarżenie..., *op. cit.*, s. 111.

du. Podstęp jawi się wówczas właśnie jako nieczęsto spotykany sposób realizacji określonych celów.

Z tego co powiedziano wynika, że podstęp zawsze jest działaniem celowym⁴. Musi być bowiem działaniem intencjonalnym, tzn. nastawionym wprost na osiągnięcie efektu w postaci zmylenia, oszukania itp., przy czym realizacja takiego celu musi mieścić się w świadomości osoby stosującej podstęp. Jeśli zachowanie tej osoby było przypadkowe w tym sensie, że stan jej świadomości nie obejmował zamiaru wywołania określonego skutku, można mówić najwyżej o pomyłce. Jest przy tym w sumie oczywiste, że podstęp może przybrać formę werbalną, działania lub zaniechania⁵.

Sprecyzowanie treści zachowania podstępnego nie jest już takie proste. Wspólne dla wszystkich postaci podstępu musi być to, że określona forma zachowania stanowi sposób oddziaływania na psychikę człowieka, a precyzując – na jego tok myślowy⁶. Forma zachowania podstępnego jest tutaj narzędziem mającym doprowadzić do efektu finalnego w postaci zmylenia lub oszukania, przy czym ów rezultat musi być z kolei przyjęciem w świadomości danej osoby (tej, wobec której podstęp jest stosowany) takiego, a nie innego sposobu rozumowania. Innymi słowy, zachowanie osoby, względem której zastosowano podstęp, stanowi konsekwencję pozostawania przez nią w określonym stosunku psychicznym do sytuacji polegającej na zachowaniu osoby stosującej podstęp.

Spoglądając w tym kontekście na zakazane metody przesłuchania, implikujące wyłączenie swobody wypowiedzi (art. 171 § 5 k.p.k.), nasuwa się wniosek, że także wtedy ma miejsce – mniej lub bardziej intensywne – oddziaływanie na psychikę. Formą wpływania na stan psychiczny jest bez wątpienia przymus, zwłaszcza ten psychiczny, a także groźba bezprawna. W zasadzie dotyczy to także stosowania środków chemicznych czy technicznych, gdyż – jak stanowi *expressis verbis* art. 171 § 5 k.p.k. – chodzi o środki wpływające na procesy psychiczne osoby przesłuchiwanej lub mające na celu kontrolę nieświadomych reakcji jej organizmu w związku z przesłuchaniem. Wyodrębnienie na tym tle podstępu musi oznaczać, że jest to inna – niż wskazane – forma oddziaływania na psychikę. Niekoniecznie jednak uznaje się podstęp za formę mniej inwazyjną, skoro w literaturze jest on zaliczany do kategorii przymusu nieabsolutnego (*vis compulsiva*) na równi z przymusem fizycznym i groźbą bez-

⁴ Z. Sobolewski, Samooskarżenie..., *op. cit.*, s. 111; M. Klejnowska, Oskarżony..., *op. cit.*, s. 293.

⁵ M. Klejnowska, Oskarżony..., *op. cit.*, s. 293.

⁶ *Ibidem*, s. 298.

prawną⁷. W każdym razie zasadnie podkreśla się, że przymus w rozumieniu art. 171 § 5 pkt 1 k.p.k. jest pojęciem zawężonym, gdyż nie obejmuje m.in. podstępu⁸. Na tle katalogu zabronionych metod przesłuchania, jednakowoż podstęp wykazuje najwięcej cech wspólnych z przymusem. Granica między nimi może nie być ostra, ale trudno np. podzielić w całej rozciągłości zapatrywanie, że podanie w napoju tabletek działających na wolę człowieka lub jego świadomość zawiera elementy przymusu lub podstępu⁹. *De lege lata* bardziej uprawnione byłoby tutaj twierdzenie o zastosowaniu środków chemicznych oddziałujących na psychikę osoby przesłuchiwanego w rozumieniu art. 171 § 5 pkt 2 k.p.k., choć nie da się ukryć, że jakieś elementy podstępu w pewnym sensie występują. Relatywnie łatwiejsze może być odróżnienie podstępu od groźby bezprawnej (art. 171 § 5 pkt 1 k.p.k.). W tym drugim wypadku chodzi o oddziaływanie na sferę emocji człowieka, jako niezwykle istotną płaszczyznę życia psychicznego, powodujące lęk człowieka, jego obawy, niepokoje, a zatem przeżycia powodujące skutki ewidentnie ujemne¹⁰. Można zapewne kontrargumentować, że także w wyniku stosowania podstępu mogą się niekiedy pojawić określone ujemne przeżycia wewnętrzne, chociaż nie z taką intensywnością, jak w wypadku groźby.

Jak zatem skutecznie odróżnić podstęp od zabronionych normatywnie metod przesłuchania? Wydaje się, że w roli cechy dystynktywnej powinny wystąpić te okoliczności, które są znamienne wyłącznie dla podstępu, czyli charakteryzują tylko ten sposób zachowania. Oznacza to, że brak któregoś z elementów treściowych podstępu implikuje rozważanie zaistnienia innej kategorii pojęciowej.

W doktrynie wyrażono stanowisko, że podstęp polega zawsze na wprowadzeniu w błąd, które może polegać na:

- uzyskiwaniu informacji przez potajemne prowadzenie czynności dowodowych (podśluch, nagranie, filmowanie z ukrycia),

⁷ S. Waltoś, *Swoboda...*, *op. cit.*, s. 69–71; podobnie R. Górecki, *Świadek w postępowaniu przygotowawczym*, Warszawa–Poznań 1987, s. 66. Por. R. Łyczyszek, *Wypowiedzi w warunkach wyłączających ich swobodę* (art. 157 § 2 k.p.k.), *Państwo i Prawo* 1974, nr 4, s. 119.

⁸ P. Rogoziński, *Kwestia dopuszczalności stosowania podstępu wobec uczestników procesu a względna postać zasady informacji prawnej* (art. 16 § 2 k.p.k.), (w:) W. Cieślak, S. Steinborn (red.), *Profesor Marian Cieślak – osoba, dzieło, kontynuacja*, Warszawa 2013, s. 1015.

⁹ Tak M. Lipczyńska, *Zasada...*, *op. cit.*, s. 166.

¹⁰ Z. Kwiatkowski, *Zakazy dowodowe w procesie karnym*, Katowice 2001, s. 216. Zbyt daleko idący jest pogląd M. Lipczyńskiej, że podstęp może polegać na bezprawnych groźbach, zob. M. Lipczyńska, *Zasada...*, *op. cit.*, s. 169.

- wyraźnym lub pośrednim, niezgodnym z prawdą informowaniu przesłuchiwanego (np. o posiadanych informacjach, o sytuacji procesowej przesłuchiwanego i innych osób, o konsekwencjach prawnych),
- pytaniach podchwytliwych¹¹.

Traktując ten pogląd za punkt wyjścia do poszukiwania autonomicznych elementów treściowych podstępu, należy w pierwszej kolejności zaakcentować, że wprowadzenie w błąd stanowi immanentny przejaw podstępного zachowania. Nie powinno budzić wątpliwości, że językowe znaczenie wyrażenia „podstęp”, przez wyeksponowanie zmylenia i oszukiwania, wyraźnie już nawiązuje do wprowadzenia w błąd, jako ogólnej podstawy obejmującej swym zakresem wszelkie formy zachowania nastawionego na spowodowanie u innej osoby błędnego mniemania o czymś lub o kimś. W ramach doprecyzowania owo wprowadzenie w błąd definiuje się jako spowodowanie u tej osoby fałszywego wyobrażenia o stanie rzeczywistym, przez stworzenie lub podsunięcie jej fałszywych przesłanek rozumowania¹². Trafnie zaznacza się ponadto, że podstępem jest także wyzyskanie błędu, czyli skorzystanie (oczywiście świadome) przez organ procesowy z błędu popełnionego przez uczestnika procesu z przyczyn niezwiązanych z działaniem tego organu, gdy tenże uczestnik sam wprowadził się w błąd albo gdy został wprowadzony w błąd przez osobę trzecią niepowiązaną z organem procesowym¹³. Chodzi wówczas o utwierdzenie tej osoby w fałszywym wyobrażeniu o stanie rzeczywistym, aby skłonić ją do określonego zachowania.

Nie wszystkie z sytuacji przytoczonych wyżej w ramach zaprezentowanego zapatrywania, mogą wszak mieścić się w granicach podstępu. Uzyskiwanie informacji z przeprowadzonych tajemnie czynności albo wiąże się z wyodrębnionym i oddzielnie funkcjonującym środkiem przymusu (podśluch) albo dotyczy bardziej czynności operacyjno-rozpoznawczych (filmowanie z ukrycia) albo wiąże się z dopuszczalnością tzw. dowodów prywatnych (prywatne nagrania, na których sąd może się oprzeć, wydając wyrok, ale może też postąpić odwrotnie, właśnie z uwagi na m.in. wykorzystanie podstępu przez nagrywającego). Nie powinna natomiast wywoływać zastrzeżeń teza, że informowanie o sytuacji faktycznej lub prawnej w sposób niezgodny z rzeczywistością nosi znamiona wprowadzenia w błąd. Kwestia tzw. pytań podchwytliwych wywołuje już wątpliwości. Tym mianem określa się pytania, na które udzielenie

¹¹ M. Lipczyńska, *Zasada...*, *op. cit.*, s. 166.

¹² S. Waltoś, *Swoboda...*, *op. cit.*, s. 71.

¹³ P. Rogoziński, *Kwestia...*, *op. cit.*, s. 1018; M. Klejnowska, *Oskarżony...*, *op. cit.*, s. 293.

jakiegokolwiek odpowiedzi – pozytywnej czy negatywnej – nie jest korzystne dla osoby przesłuchiwanej¹⁴. Abstrahując od tego, że na takie pytania potencjalnie bardziej jest narażony oskarżony niż świadek, wydaje się, że zasadność wyodrębnienia w ogóle takiej kategorii pytań budzi opory. Nie sposób oprzeć się wrażeniu, że niezbyt szczęśliwym wyrażeniem „pytanie podchwytliwe” operują w życiu codziennym osoby, których wypowiedzi są nieścisłe, nieprecyzyjne lub wewnętrznie sprzeczne i chcą tym sposobem zareagować na takie pytanie. Stwierdzenie takich cech wypowiedzi osoby przesłuchiwanej musi w ramach procesu determinować zadanie pytania zmierzającego do uzupełnienia, wyjaśnienia lub kontroli wypowiedzi (art. 171 § 1 k.p.k.). Trudno tutaj mówić o podstępie¹⁵. Poza tym, w niektórych wypadkach sprecyzowania pytania nazywanego „podchwytliwym” w grę wchodzi sformułowanie sugestii w pytaniu, a to jest wyraźnie zabronione z mocy art. 171 § 4 k.p.k.

Analiza stanowisk doktryny w przedmiocie definiowania podstępu pozwala wskazać na dwie grupy stanowisk, przyjmując za kryterium podziału fakt wiązania z podstępem także niedozwolonych obietnic lub akcentowanie braku takiej możliwości. W rezultacie niektórzy Autorzy traktują podstęp wyłącznie jako wprowadzenie w błąd, osobno wyszczególniając czynienie bezprawnych obietnic¹⁶, zaś inni ujmują podstęp dwuwarstwowo, dodając do tego formułowanie niedozwolonych obietnic korzyści, tzn. zapowiedzi zmiany aktualnie niekorzystnej sytuacji pod warunkiem złożenia pożądanego oświadczenia¹⁷. Chodzi tutaj o obietnice, co do których organ procesowy z góry wie, że nie będzie mógł się z nich wywiązać, bo albo są one niezgodne z prawem albo nie zamierza tak uczynić. Nie wydaje się, aby w tym wypadku chodziło jedynie lub zawsze o swoje targowanie się z daną osobą w kwestii złożenia przez nią oświadcze-

¹⁴ B. Kurzępa, *Podstęp...*, *op. cit.*, s. 135.

¹⁵ Analogicznie M. Klejnowska, która podkreśla też brak związków z przymusem: przesłuchujący zna bowiem stan faktyczny i chce sprawdzić prawdomówność przesłuchiwanego, zob. M. Klejnowska, *Oskarżony...*, *op. cit.*, s. 293–294.

¹⁶ Tak np. S. Waltoś, *Swoboda...*, *op. cit.*, s. 70–71; P. Rogoziński, *Kwestia...*, *op. cit.*, s. 1014, 1018.

¹⁷ Z. Sobolewski, *Samooskarżenie...*, *op. cit.*, s. 111; T. Grzegorzczak, *Kodeks postępowania karnego. Komentarz. T. I. Artykuły 1–467*, Warszawa 2014, s. 585; R. A. Stefański, (w:) J. Bratoszewski, L. Gardocki, Z. Gostyński (red.), S. M. Przyjemski, R. A. Stefański, S. Zabłocki, *Kodeks postępowania karnego. Komentarz. T. I*, Warszawa 2004, s. 755; P. Hofmański, E. Sadzik, K. Zgryzek, *Kodeks postępowania karnego. Komentarz do artykułów 1–296. T. I*, Warszawa 2011, s. 924–925; K. T. Boratyńska, (w:) A. Sakowicz (red.), *Kodeks postępowania karnego. Komentarz*, Warszawa 2016, s. 455; B. Kurzępa, *Podstęp...*, *op. cit.*, s. 118.

nia określonej treści¹⁸. Sformułowanie niedozwolonej obietnicy nie musi być połączone z prowadzeniem takich specyficznych „negocjacji”, bo do wyobrażenia jest sytuacja, kiedy otrzymawszy obietnicę, po dokonaniu namysłu nad nią, osoba przesłuchiwana przystaje na tę propozycję. Co prawda ta osoba ma w tym wypadku świadomość możliwości dokonania wyboru, lecz owa świadomość jest dotknięta pewnym błędem, o którym nie wie. Nie zdaje sobie bowiem sprawy z tego, że obietnica nie ma pokrycia, tzn. nigdy nie zostanie zrealizowana. W tym sensie aktualność zachowuje stwierdzenie o podsunięciu tej osobie fałszywych przesłanek rozumowania. Spodziewana obietnica korzyści tworzy tutaj determinantę złożenia określonego oświadczenia, ale towarzyszy temu fałszywe wyobrażenie o stanie rzeczywistym.

Konkludując ten fragment wywodów: pojęcie podstępny należy rozumieć dwuaspektowo, jako wprowadzenie w błąd i formułowanie niedozwolonych obietnic. Za każdym razem mamy do czynienia ze skłonieniem danej osoby do zachowania, od którego powstrzymałaby się, gdyby знаła prawdziwą sytuację albo nieco upraszczając: skłonienia do złożenia takiego oświadczenia (woli lub wiedzy), jakiego w innych warunkach nie chciałaby złożyć¹⁹.

Przechodząc do omówienia tematyki tytułowej w aspekcie sytuacji procesowej świadka, należy przede wszystkim rozważyć kwestię związaną z jego przesłuchaniem. Oś problemu dotyczy realizacji przez świadka obowiązku składania zeznań. W grupie obowiązków nałożonych na świadka ten dotyczący zeznawania zajmuje pozycję centralną, skoro wymóg stawienia na wezwanie, pozostawania do dyspozycji organu procesowego oraz złożenia przyrzeczenia są podporządkowane urzeczywistnieniu obowiązku złożenia zeznań. Na tle wymienionych trzech „służebnych” obowiązków świadka, kwestia ewentualnego użycia podstępny nie znajduje zresztą szerokiego odzwierciedlenia. Jest rzeczą oczywistą, że świadek musi zawsze wiedzieć, w jakim charakterze i w jakiej sprawie jest wzywany, gdzie i kiedy musi się stawić itp. W przeciwnym razie nie powstaje obowiązek jego stawienia²⁰. Nie można podzielić poglądu, że społeczny obowiązek wykonywania funkcji świadka uzasadnia wymóg jego stawienia, mimo pewnej wadliwości w zakre-

¹⁸ Tak natomiast P. Rogoziński, *Kwestia...*, *op. cit.*, s. 1014.

¹⁹ Z. Sobolewski, *Samooskarżenie...*, *op. cit.*, s. 111; Z. Kwiatkowski, *Zakazy...*, *op. cit.*, s. 208.

²⁰ W konsekwencji nie wolno stosować środków przymusu przewidzianych na wypadek niestawienia świadka, tak również: K. Marszał, *Proces karny. Zagadnienia ogólne*, Katowice 2013, s. 395; R. Górecki, *Świadek...*, *op. cit.*, s. 47.

sie formy wezwania lub sposobu jego doręczenia, np. gdy w wezwaniu nie określono sprawy, o którą chodzi albo gdy nie dookreślono świadkowi, w jakim charakterze jest wzywany²¹. W tym zakresie nie ma więc potencjalnego pola do zastosowania podstępu, aby skłonić określoną osobę do stawienia się w charakterze świadka. Trudno ponadto wyobrazić sobie użycie podstępu w celu doprowadzenia do złożenia przyrzeczenia przez świadka, zwłaszcza w kontekście rozległego wykorzystywania w praktyce możliwości oferowanej w art. 187 § 3 k.p.k., polegającej na odstąpieniu od odebrania przyrzeczenia od świadka w warunkach braku sprzeciwu obecnych stron.

Co się więc tyczy przesłuchania świadka, pierwszorzędą regułą organizującą sposób dokonywania tej czynności, jest swoboda wypowiedzi, której zapewnienie należy do obowiązków organu przesłuchującego (art. 171 § 1 k.p.k.). Swoboda wypowiedzi oznacza stan, w którym osoba przesłuchiwana nie jest poddana działaniu różnorodnych nacisków i środków niepozwalających jej wypowiadać się w sposób nieskrępowany, gdyż swoboda to właśnie nic innego jak brak skrępowania²². Nie wydaje się wszakże, aby podstępem było wprowadzenie w błąd lub czynienie niedozwolonych obietnic przez osobę trzecią, niebędącą organem procesowym. Jakkolwiek warunkami wyłączającymi swobodę wypowiedzi mogą być zarówno okoliczności spowodowane przez organ przesłuchujący, jak i czynniki wywołane przez inne osoby (czyli zarówno przez przesłuchiwanego jak i przez osoby trzecie)²³, o tyle nie za bardzo można się zgodzić z poglądem, że sprawcą zakłócenia owej swobody przez użycie podstępu może być każdy²⁴. Podstęp jawi się jako działanie w pewnym sensie zinstytucjonalizowane, czyli pochodzące od podmiotów usytuowanych w strukturze organów władzy publicznej, dysponujących określonym

²¹ Pogląd J. Stańdy, *Stanowisko świadka w polskim procesie karnym*, Warszawa 1976, s. 47. Analogicznie J. Kosonoga, *System środków dyscyplinujących uczestników postępowania karnego*, Warszawa 2014, s. 126–128.

²² Por. definicje niektórych Autorów w doktrynie: Z. Doda, A. Gaberle, *Dowody w procesie karnym. Orzecznictwo Sądu Najwyższego. Komentarz. T. I*, Warszawa 1995, s. 198; A. Gaberle, *Dowody w sądowym procesie karnym. Teoria i praktyka*, Warszawa 2010, s. 353; T. Grzegorzczak, *Kodeks..., op. cit.*, s. 579; M. Lipczyńska, *Zasada..., op. cit.*, s. 164; K. T. Boratyńska, (w:) A. Sakowicz (red.), *Kodeks..., op. cit.*, s. 451; E. Niemczyk, *Problematyka swobody wypowiedzi osoby przesłuchiwanej w polskim procesie karnym*, *Wojskowy Przegląd Prawniczy* 2004, nr 4, s. 60; R. Kaczor, *Niedozwolone sposoby przesłuchania*, *Prokuratura i Prawo* 2009, nr 3, s. 116.

²³ Podobnie R. Łyczywek, *Wypowiedzi..., op. cit.*, s. 119; R. Kaczor, *Niedozwolone sposoby..., op. cit.*, s. 124.

²⁴ R. Łyczywek, *Wypowiedzi..., op. cit.*, s. 119; A. Gaberle, *Dowody..., op. cit.*, s. 358.

zakresem władztwa wobec świadka lub innych uczestników postępowania. Nie oznacza to, że wprowadzenie w błąd świadka przez osobę trzecią nie wyłącza *in concreto* swobody wypowiedzi, ale należałoby raczej takie sytuacje klasyfikować inaczej, jako formy nacisku psychicznego na osobę przesłuchiwaną, niemieszczące się w granicach podstępu (chyba że organ procesowy wykorzysta fakt, iż przesłuchiwany został już wprowadzony w błąd przez osobę spoza procesu lub sam wprowadził się w błąd).

Należy podkreślić, że swoboda wypowiedzi świadka ma w sumie węższy zakres niż swoboda wypowiedzi oskarżonego. Na świadku ciąży wszak nie tylko obowiązek złożenia zeznań, ale i wymóg złożenia zeznań prawdziwych, natomiast oskarżony jest uprawniony do składania wyjaśnień, a przy tym nie ma obowiązku wyjaśniania zgodnie z prawdą. Gdyby spojrzeć na to zestawienie od strony psychologicznej, zarówno zeznania świadka, jak i wyjaśnienia oskarżonego podlegają tym samym procesom psychicznym, ale różnica dotyczy stosunku do przedmiotu procesu, skoro w odniesieniu do oskarżonego w grę wchodzi groźba zastosowania ujemnych konsekwencji w sferze prawa karnego materialnego, jako rezultat udowodnienia jego winy²⁵. Konieczność uwzględniania w wypadku oskarżonego prawa do obrony powoduje, że niekiedy w doktrynie bardziej toleruje się ewentualne użycie podstępu względem świadka niż oskarżonego²⁶.

Tymczasem kwestia dopuszczalności zastosowania tegoż podstępu wobec świadka w związku z przesłuchaniem nie jest jednoznaczna nawet w wymiarze normatywnym. Podstęp nie został wymieniony w grupie zabronionych metod przesłuchania, implikujących stwierdzenie wyłączenia swobody wypowiedzi w rozumieniu art. 171 § 5 k.p.k. Warto odnotować, że w niektórych wersjach projektu k.p.k. z 1997 r. znalazła się wzmianka o zakazie zadawania pytań wprowadzających przesłuchiwanego w błąd i świadomego wprowadzania go w błąd, przy czym traktowano tę sytuację na równi z pytaniami sugerującymi treść odpowiedzi, stosowaniem przymusu lub groźby bezprawnej²⁷. Różnie się interpretuje fakt, że ostatecznie w obowiązującej kodyfikacji karnoprocesowej nie przewidziano zakazu stosowania podstępu. Zwraca się uwagę, że na kształt aktualnej regulacji w tym przedmiocie wpływ wywarł dynamiczny rozwój przestępczości w Polsce po 1989 roku, zwłaszcza tej zorganizowanej i brutalnej²⁸, ale jednakowoż akcentuje się, że genezy uregulowa-

²⁵ B. Kurzępa, Podstęp..., *op. cit.*, s. 122.

²⁶ Tak M. Lipczyńska, Zasada..., *op. cit.*, s. 169.

²⁷ T. Grzegorzczak, Kodeks..., *op. cit.*, s. 586.

²⁸ B. Kurzępa, Podstęp..., *op. cit.*, s. 51. Por. M. Błoński, Wyjaśnienia oskarżonego w polskim procesie karnym, Łódź 2011, s. 527.

nia *de lege lata* należy się dopatrywać w braku zgodności twórców kodeksu w zakresie ograniczenia swobody wypowiedzi przez działania podstępne²⁹. Bardziej pozytywne odczucia wywołuje to drugie stanowisko, bo w istocie problematyka tytułowa od wielu lat budzi spory tak daleko idące, że trudno o jednoznaczne zapatrywanie doktryny, zaś kwestia wzrostu przestępczości nie należy do zjawisk o charakterze *constans*, stąd na ogół w długofalowej perspektywie nie może być brana pod uwagę podczas projektowania kodyfikacji karnoprocesowych.

W każdym razie, wobec braku normatywnej regulacji, w literaturze i orzecznictwie dostrzec można trzy zasadnicze stanowiska w przedmiocie dopuszczalności użycia podstępu i jego wpływu na swobodę wypowiedzi. Pierwsze stanowisko akcentuje niedopuszczalność użycia podstępu, jako że jest to metoda sprzeczna z zapewnieniem swobody wypowiedzi, jest nieetyczna oraz niezgodna z zasadą praworządności i z regułą lojalności organów procesowych wobec pozostałych uczestników postępowania, a poza tym upowszechnienie podstępu groziłoby utratą społecznego zaufania do wymiaru sprawiedliwości³⁰. W rezultacie, z uwagi na brak wyraźnego zakazu stosowania podstępu, kwestię tę należy oceniać pod kątem swobody wypowiedzi i zakazu z art. 171 § 7 k.p.k. („Wyjaśnienia, zeznania oraz oświadczenia złożone w warunkach wyłączających swobodę wypowiedzi (...) nie mogą stanowić dowodu”). Drugi pogląd optuje za dopuszczalnością stosowania podstępu, bo jakkolwiek może być on uznany za nieetyczny, to jednak jest raczej skuteczny w ściganiu przestępstw, wymaganie lojalności nie może wiązać tylko jednej strony, zaś samo użycie podstępu nie wyłącza swobody wypowiedzi, gdyż nie dochodzi tutaj do wymuszania wbrew woli przesłuchwanego złożenia przez niego oświadczeń dowodowych, bo w dalszym

²⁹ M. Klejnowska, *Oskarżony...*, *op. cit.*, s. 294.

³⁰ K. Marszał, *Proces...*, *op. cit.*, s. 381–382; Z. Kwiatkowski, *Zakazy...*, *op. cit.*, s. 208; R. A. Stefański, (w:) J. Bratoszewski, L. Gardocki, Z. Gostyński (red.), S. M. Przyjemski, R. A. Stefański, S. Zabłocki, *Kodeks...*, *op. cit.*, s. 756; A. Gaberle, *Dowody...*, *op. cit.*, s. 357; A. Murzynowski, *Istota...*, *op. cit.*, s. 214–215; K. Krasny, *Swoboda wypowiedzi podejrzanego w śledztwie na tle spraw aferowych*, *Problemy Praworządności* 1978, nr 6, s. 41; E. Niemczyk, *Problematyka...*, *op. cit.*, s. 67; M. Cieślak, Z. Doda, *Kierunki orzecznictwa Sądu Najwyższego w zakresie postępowania karnego (lata 1980–1983)*, *Palestra* 1984, nr 10, s. 43; wyda-je się, że także K. Hałas, *Uwagi na temat swobody wypowiedzi oskarżonego w polskim procesie karnym*, (w:) W. Cieślak, S. Steinborn (red.), *Profesor Marian Cieślak – osoba, dzieło, kontynuacje*, Warszawa 2013, s. 732–733 oraz Ł. Jagiełło, *Przesłuchanie jako czynność dowodowa*, Warszawa 2017, s. 233–234.

ciągu wola tej osoby decyduje o treści wypowiedzi³¹. Z tym zapatrywaniem koresponduje stanowisko przedstawione w okresie obowiązywania k.p.k. z 1969 r. w orzecznictwie, że względy taktyczne nakazują aprobować takie zachowania organów ścigania, ponieważ nie odbierają one osobie przesłuchiwanej możliwości swobodnego kształtowania treści wypowiedzi (i wyboru tychże treści), a ewentualnie wpływają na procesy motywacyjne³². Przyjmuje się w tym kontekście, że podstęp mieści się w ramach taktyki przesłuchania, pod warunkiem, że nie prowadzi do „stworzenia” fałszywego dowodu, zaś wyłącza swobodę wypowiedzi tylko wtedy, gdy łączy się z przymusem psychicznym, groźbą bezprawną, obietnicą, której trudno się oprzeć lub fałszywą informacją, która mogłaby psychicznie załamać przesłuchiwanego³³. Podstawą dyskwalifikacji dowodu uzyskanego w wyniku podstępnych zabiegów nie będzie więc – co do zasady – art. 171 § 7 k.p.k., lecz art. 7 k.p.k. i reżim swobodnej oceny dowodów. Trzecie zapatrywanie prowadzi do pewnego wypośrodkowania radykalizmu obu przedstawionych stanowisk i polega na zaakcentowaniu przydatności podstępu w walce z przestępczością, ale przez jednocześnie podkreślenie konieczności każdorazowej i ostrożnej oceny działania podstępnego przez pryzmat ewentualnego wyłączenia swobody wypowiedzi w trybie art. 171 § 7 k.p.k. albo pod kątem wiarygodności dowodu w trybie art. 7 k.p.k.³⁴

³¹ B. Kurzępa, Podstęp..., *op. cit.*, s. 112–121; Z. Sobolewski, Samooskarżenie..., *op. cit.*, s. 114; W. Daszkiewicz, Swoboda wypowiedzi jako przesłanka ważności dowodu w procesie karnym, *Państwo i Prawo* 1979 nr 8–9, s. 74–75; T. Grzegorzczak, Kodeks..., *op. cit.*, s. 586–587; M. Kurowski, (w:) D. Świecki (red.), Kodeks postępowania karnego. Komentarz. T. I, Warszawa 2017, s. 657; K. T. Boratyńska, (w:) A. Sakowicz (red.), Kodeks..., *op. cit.*, s. 456; D. Kala, Problematyka swobody wypowiedzi osoby przesłuchiwanej w procesie karnym. Uwagi *de lege lata* i *de lege ferenda*, *Palestra* 1994, nr 7–8, s. 107; raczej także, choć z zastrzeżeniami, L. K. Paprzycki, (w:) J. Grajewski, L. K. Paprzycki, S. Steinborn, Kodeks postępowania karnego. Komentarz do art. 1–424. T. I, Warszawa 2013, s. 582, 584, 585.

³² Wyrok SN z dnia 10 stycznia 1974 r., sygn. III KR 344/73, OSNPG 1974, nr 3–4, poz. 43; wyrok SN z dnia 15 lipca 1979 r., sygn. V KRN 123/79, OSNPG 1980, nr 5, poz. 66. Wspomniane procesy motywacyjne prowadzą do podjęcia decyzji o przyszłym oświadczeniu dowodowym, w tym czasie przeżywane pobudki i uświadamiane sobie motywy przesądzają stosunek do faktu i treści oświadczenia, na ten temat S. Waltoś, *Swoboda...*, *op. cit.*, s. 67.

³³ Z. Sobolewski, Kontrowersyjne kwestie zakazów dowodowych w nowym Kodeksie postępowania karnego, (w:) E. Skrętowicz (red.), *Nowy kodeks postępowania karnego. Zagadnienia węzłowe*, Kraków 1998, s. 260–261; W. Daszkiewicz, *Swoboda...*, *op. cit.*, s. 74; M. Kurowski, (w:) D. Świecki (red.), *Kodeks...*, *op. cit.*, s. 657.

³⁴ P. Hofmański, E. Sadzik, K. Zgryzek, *Kodeks...*, *op. cit.*, s. 925; P. Rogoziński, *Kwestia...*, *op. cit.*, s. 1012–1031; chyba także M. Klejnowska, *Oskarżony...*, *op. cit.*, s. 294.

Zważyć od razu należy, że kwestia ewentualnego zastosowania podstępu bardziej aktualizuje się w odniesieniu do oskarżonego niż świadka. W wypadku oskarżonego zdecydowanie szerszy jest bowiem potencjalny zakres poczynienia niedozwolonych obietnic³⁵ i większa jest na ogół determinacja w spowodowaniu uzyskania oczekiwanej wypowiedzi. Jest to konsekwencją pojawienia się w centrum zainteresowania domniemanego sprawcy przestępstwa. Jeśli oskarżony w istocie popełnił zarzucane mu przestępstwo, jest osobą najlepiej zorientowaną w kwestii zaistnienia w ogóle tego czynu, jego przebiegu i szczegółów. Gdy nawet nie dokonał czynu przestępczego, często jest w stanie podać informacje pozwalające wykluczyć go z kręgu oskarżonych czy skierować postępowanie przeciwko innej osobie. Jest więc oczywiste, że oskarżony, korzystając z prawa do składania wyjaśnień i prawa do ukrywania prawdy, działa w obawie przed grożącą mu odpowiedzialnością karną, a w konsekwencji staje się optymalnym „celem” użycia podstępu, aby spowodować złożenie tychże wyjaśnień i przedstawienie przezeń prawdziwej relacji. Na jego tle świadek nie jest stroną postępowania (chyba że zarazem ma status pokrzywdzonego będącego akurat stroną), często nie łączy go osobisty stosunek do oskarżonego lub samego czynu, a zatem nie jest na ogół zainteresowany w przedstawianiu zdarzenia niezgodnie z rzeczywistością. Poza tym, niebagatelne znaczenie ma fakt, że wykonanie przez świadka obowiązku zeznawania i obowiązku mówienia prawdy jest zagrożone odpowiednimi sankcjami w postaci kar porządkowych (art. 287 k.p.k.) lub kar kryminalnych (art. 233 § 1 k.k.). Powstaje zatem pytanie, po co w takich sytuacjach stosować jeszcze podstęp względem świadka?

Jak się okazuje, nie jest to jednak potencjalnie wykluczone. Zwolennicy używania podstępu podkreślają dopuszczalność wprowadzenia świadka w błąd. Ilustrują to następującymi przykładami. Po pierwsze, świadek oświadcza, że nic nie wie na temat określonego zdarzenia, zaś organ procesowy oświadcza mu, że dysponuje dowodami wskazującymi, iż świadek ma wiedzę o tym zdarzeniu lub wręcz że był on na miejscu zdarzenia, choć w istocie takich dowodów tenże organ nie posiada, a w konsekwencji świadek oświadcza, iż był w tym miejscu i przystępuje do zeznawania³⁶. Po drugie, organ ścigania okazuje świadkowi w trakcie jego przesłuchania pistolet rzekomo znaleziony na miejscu zabójstwa, z którego miał paść śmiertelny strzał, w wyniku czego świadek zeznaje,

³⁵ B. Kurzępa ujął to w ten sposób, że obietnice składane oskarżonemu oddziałują na jego procesy motywacyjne w znacznie większym stopniu niż na świadka, zob. B. Kurzępa, *Podstęp...*, *op. cit.*, s. 127.

³⁶ T. Grzegorzczak, *Kodeks...*, *op. cit.*, s. 587.

że widział ów przedmiot w ręku sprawcy w chwili dokonywania czynu przestępnego, podczas gdy w istocie nie dostrzegł pistoletu na miejscu przestępstwa i nie słyszał wystrzału³⁷. W rozważanym kontekście uwypukla się konieczność realizacji zasady prawdy oraz ważnej w aspekcie społecznym dyrektywy prewencji generalnej, dostrzegając w podstępie możliwość zdobycia istotnego dowodu w sprawie (dowodu odciążającego prowadzącego do uniewinnienia lub dowodu obciążającego pozwalającego np. na podjęcie decyzji o zastosowaniu tymczasowego aresztowania) i akcentując nadto, że to kłamstwo jest nieetyczne, a nie jego ujawnienie w drodze sprytnego wybiegu³⁸.

W istocie przyznać trzeba, że nie da się zanegować relewantności argumentów wskazujących na możliwość zdobycia – za pomocą podstępu – ważnego dowodu w sprawie, mogącego ułatwić czy w ogóle uwarunkować podjęcie określonej decyzji procesowej. Można wyobrazić sobie sytuację, gdy podstęp będzie jedynym sposobem dotarcia do takiego dowodu. Problem wszak w tym, że dopuszczanie podstępu w granicach wyżej przedstawionych prowadzi do relatywizacji ocen sposobów postępowania organów procesowych. W razie uzyskania wymiernego efektu w postaci konkretnego dowodu stosowne zachowanie będzie uznane za dopuszczalne, natomiast w przeciwnym wypadku będzie sklasyfikowane jako niedopuszczalne. Taka relatywizacja jest niewskazana, bo opiera się o błędne założenie, że umiejętne zastosowanie podstępu zawsze doprowadzi do ujawnienia tego, co świadek stara się ukryć, czyli do prawdy³⁹. Upowszechnienie się praktyki polegającej na stosowaniu podstępu wobec świadka rodzi ryzyko aprobaty manipulacji w określonych sytuacjach. Manipulacja cechuje się tym, że jest skierowana właśnie przeciwko swobodzie podejmowania decyzji, gdyż neguje się prawo osoby manipulowanej do własnego wyboru oraz do warunków umożliwiających ten wybór⁴⁰. Tymczasem wszelka manipulacja może zaburzyć rzeczywiste spostrzeżenia i ich werbalny opis, a zwłaszcza świadek może chcieć dostosować swoje zeznania do tego, czego oczekuje organ procesowy lub może uznać, że z pewnością się mylił, skoro przesłuchujący twierdzi, iż np. dysponuje dowodami wskazującymi na fakt przeciwny⁴¹. Świadek nie

³⁷ B. Kurzępa, *Podstęp...*, *op. cit.*, s. 114.

³⁸ *Ibidem*, s. 112–115; T. Grzegorzczak, *Kodeks...*, *op. cit.*, s. 587; Z. Sobolewski, *Samooskarżenie...*, *op. cit.*, s. 114; M. Błoński, *Wyjaśnienia...*, *op. cit.*, s. 525.

³⁹ D. Gruszecka, (w:) J. Skorupka (red.), *Kodeks postępowania karnego. Komentarz*, Warszawa 2018, s. 366.

⁴⁰ Jeśli człowiek nie wie, co jest prawdziwe, nie dokona wolnego wyboru, tak – w ślad za literaturą – R. Kaczor, *Niedozwolone sposoby...*, *op. cit.*, s. 126.

⁴¹ D. Gruszecka, (w:) J. Skorupka (red.), *Kodeks...*, *op. cit.*, s. 366.

stoi pod zarzutem popełnienia przestępstwa, pełniąc neutralną rolę w procesie, co w wyższym stopniu i w sumie naturalnym porządkiem rzeczy – odmiennie niż w wypadku oskarżonego – może sprzyjać dopasowywaniu treści zeznań do oczekiwań przesłuchującego zasygnalizowanych w ramach podstępnych zabiegów. Można oczywiście kontrargumentować, odwołując się do przedstawionych powyżej przykładów, że świadek nie powinien zeznawać o tym, czego nie widział lub w ogóle nie zarejestrował swoimi zmysłami, ale krytyka świadka z tego tytułu też nie może posłużyć za argument na rzecz dopuszczalności podstępu. Notabene wprowadzenie świadka w błąd w celu złożenia przezeń fałszywych zeznań może być potraktowane jako podżeganie do czynu z art. 233 § 1 k.k., gdy tylko da się wykazać, że przesłuchujący działał z zamiarem nakłonienia do dokonania takiego czynu. W doktrynie postuluje się, aby po przeprowadzeniu przesłuchania świadka z użyciem „kontrolowanego” podstępu powtórzyć czynność przesłuchania, bez stosowania tej metody, a uzyskany wtedy dowód byłby przeprowadzony w warunkach zachowania pełnej swobody wypowiedzi⁴². Takie stanowisko można by obronić, ale przy założeniu, że podstęp – w znaczeniu wyżej przyjętym – służy weryfikacji wiarygodności zeznań świadka.

Tymczasem zachodzą powiązania dalej idące, bo łączące podstęp z regułą swobody wypowiedzi. Wywieranie nacisku na przesłuchiwanego, w tym także świadka, przez przedstawianie mu sytuacji w sposób niezgodny z rzeczywistością, jest doprowadzaniem do stanu, w którym błędne wyobrażenia ograniczają jego pole wyboru decyzji co do treści wypowiedzi, *ergo* zakłócają jego swobodę wypowiedzi⁴³. Faktem jest, że w omawianych sytuacjach zostaje przekreślona swoboda i niezależność świadka w związku ze składaniem zeznań, a zatem trudno mówić o pełnej autonomii tego podmiotu. Świadek zostaje bowiem poddany naciskowi psychicznemu, który zakłóca jego proces motywacyjny w tym sensie, że pojawiają się nowe pobudki oddziałujące na podjęcie przezeń decyzji o zeznawaniu, przy czym są to czynniki zewnętrzne, które świadek ma na uwadze, a które mogą następnie wpłynąć na sferę jego woli. Co prawda w tej sytuacji świadek ma możliwość wyboru treści oświadczenia,

⁴² Taką propozycję zgłosił B. Kurzępa, chyba jednak nie unikając sprzeczności w swych wywodach, bo wcześniejszy tok rozważań Autora zdaje się wskazywać na to, że raczej nie wyklucza zgodności pierwszego przesłuchania z regułą swobody wypowiedzi, podczas gdy w odniesieniu do drugiego przesłuchania wspomina o zachowaniu tej reguły, czyli tak jakby uznawał zarazem sprzeczność z nią pierwszego przesłuchania, zob. B. Kurzępa, *Podstęp...*, *op. cit.*, s. 114–115.

⁴³ A. Gaberle, *Dowody...*, *op. cit.*, s. 357.

ale swoboda w tym zakresie zostaje uszczuplona, gdyż musi brać pod uwagę owe czynniki zewnętrzne, modyfikujące treść jego potencjalnego oświadczenia dowodowego w tym sensie, że skłaniające go do rozważenia, jaka powinna być ostatecznie treść zeznania w jakimś fragmencie lub w całości. W następstwie zrealizowanego wpływu wspomnianych czynników nie ma pełnej swobody wypowiedzi. Jeśli nawet nie da się tutaj mówić o wyłączeniu swobody wypowiedzi, to można zasadnie twierdzić o jej ograniczeniu, gdyż zakres wyboru treści wypowiedzi podlega zacieśnieniu, a powinien być jak najszerszy, tzn. powinien być wynikiem decyzji świadka uwolnionej od wpływu jakichkolwiek czynników zewnętrznych. W tym aspekcie można polemizować ze stanowiskiem akcentującym brak normatywnej definicji swobody wypowiedzi i konieczność wartościowania tego pojęcia, a w rezultacie zmierzającym do wniosku, że w świetle treści art. 171 § 7 k.p.k. może być uzasadnione różnicowanie form podstępu jako tych naruszających tę swobodę lub też nie⁴⁴. Brak wspomnianej definicji nie oznacza usunięcia potrzeby jej zdekodowania na użytek procesu karnego, a zatem niedookreślony charakter tej reguły raczej nie może być argumentem za relatywizacją stosowania podstępu w relacji do swobody wypowiedzi.

W następstwie użycia podstępu świadek w istocie może powiedzieć to, czego w innych warunkach by nie powiedział⁴⁵. To samo dotyczy zresztą oskarżonego, co do którego może zachodzić obawa, że on sam zastosuje podstęp wobec przesłuchującego⁴⁶. W odniesieniu do świadka tożsama obawa występuje w znacznie mniejszym stopniu, bo skoro nie jest stroną procesu (chyba że jest pokrzywdzonym w postępowaniu przygotowawczym albo występuje w roli oskarżyciela posiłkowego lub oskarżyciela prywatnego), nie ma interesu prawnego, aby kształtować treść swojej wypowiedzi przez używanie podstępu wobec organu procesowego. Oznacza to, że odpada w dużej mierze argument za dopuszczalnością używania podstępu względem świadka. Zaznaczono w doktrynie, że w wyniku podstępu oskarżony nie zostaje pozbawiony krytycyzmu w ocenie przedstawionej mu rzeczywistości, ponieważ w każdym przypadku ma możliwość zorientowania się w rzeczywistości i dokonania właściwej jej oceny⁴⁷. I tej obserwacji nie można przenieść w identycznym stopniu na grunt sytuacji procesowej świadka, a w konsekwencji nie sposób uzasadniać tą drogą dopuszczalności podstępnych zabiegów

⁴⁴ M. Klejnowska, Oskarżony..., *op. cit.*, s. 298.

⁴⁵ Z. Kwiatkowski, Zakazy..., *op. cit.*, s. 208.

⁴⁶ M. Klejnowska, Oskarżony..., *op. cit.*, s. 303.

⁴⁷ *Ibidem*, s. 295.

wobec świadka. O ile bowiem – jak to już wyżej zasygnalizowano – oskarżony jest, siłą rzeczy, na ogół doskonale zorientowany w zdarzeniu, co do którego składa wyjaśnienia, o tyle w wypadku świadka nie zawsze tak jest. Co więcej, świadek niekoniecznie jest naocznym obserwatorem zdarzenia przestępnego w całej jego rozciągłości. Może zarejestrować jedynie fragment owego zdarzenia. Może też opowiedzieć o pewnych okolicznościach niezwykle istotnych z punktu widzenia rozstrzygnięcia danej sprawy, ale nie jest w stanie stwierdzić w sposób autorytatywny, czy doszło do przestępstwa, ponieważ nie orientuje się co do ustawowych znamion danego typu czynu zabronionego i sposobów ich wypełnienia. Może także zeznawać co do okoliczności, o których dowiedział się od oskarżonego lub pokrzywdzonego. Nie trzeba już nawet szeroko dodawać o świadkach ze słuchu, czerpiących wiedzę z przekazu innych jeszcze osób. To wszystko świadczy o tym, że w wielu wypadkach świadek w sposób zupełnie naturalny nie może być krytyczny w ocenie przedstawianej mu rzeczywistości, bo nie dysponuje wiedzą, która by w ogóle na taki krytycyzm pozwalała, a w konsekwencji nie jest w stanie zdobyć się na własną ocenę danej sytuacji. Łatwiej wówczas wpłynąć na wypowiedź świadka podstępnym zabiegiem, skoro nie ma on możliwości zorientowania się w tej sytuacji. Tym bardziej jest to okoliczność rzutużąca na podwyższenie ujemnej oceny stosowania podstępu wobec świadka.

Za naruszenie swobody wypowiedzi trzeba uznać wszelkie sugestie formułowane przez organy procesowe, mogące wywrzeć wpływ na treść zeznań świadka (np. wypowiedzi osób przesłuchujących, stworzenie sytuacji wpływających na podświadomość świadka i powstanie u niego przekonania o istnieniu określonych stanów czy sytuacji)⁴⁸. W piśmiennictwie podano przykład następującej sytuacji: funkcjonariusze Policji podwieźli pokrzywdzoną w pobliże prokuratury i poinformowali ją, że zaraz będzie przywieziony oskarżony, a następnie wskazali go, gdy był prowadzony w kajdankach, precyzując, że doszło tutaj do niedopuszczalnej sugestii⁴⁹. Wydaje się, że sposób zakwalifikowania tej sytuacji w aspekcie przestrzegania swobody wypowiedzi zależy od tego, czy pokrzywdzona potrafi zidentyfikować sprawcę i czy ów mężczyzna rzeczywiście dopuścił się wobec niej przestępstwa. Gdy tak w istocie jest, wtedy tej sytuacji bliżej do przymusu psychicznego niebędącego podstępem,

⁴⁸ Wyrok Sądu Apelacyjnego w Katowicach z dnia 4 listopada 2004 r., sygn. II AKa 337/04, LEX nr 154988. Tezę judykatu akceptują: A. Gaberle, *Dowody...*, *op. cit.*, s. 357; R. Kaczor, *Niedozwolone sposoby...*, *op. cit.*, s. 123. Odmiennie T. Grzegorzczak, *Kodeks...*, *op. cit.*, s. 586–587.

⁴⁹ Tak R. Kaczor, *Niedozwolone sposoby...*, *op. cit.*, s. 123.

gdyż nie ma tutaj podsunięcia fałszywych przesłanek rozumowania. Jeżeli pokrzywdzona nie zna w ogóle sprawcy i nie jest w stanie go rozpoznać, wówczas będziemy mieli do czynienia z podstępem, ale tylko wtedy, gdy mężczyzna w kajdankach nie jest sprawcą czynu – wówczas ma miejsce podsunięcie fałszywych przesłanek rozumowania (a gdy jest sprawcą, wtedy można mówić o przymusie psychicznym). Sugestia będzie miała zarazem charakter podstępu, gdy cechy definicyjne podstępu są zachowane, a – jak widać – nie zawsze tak musi być.

Podzielone są zdania doktryny i judykatury w przedmiocie dopuszczalności niedozwolonych obietnic w znaczeniu wyżej zaprezentowanym. Z jednej strony akcentuje się, że złożenie takiej obietnicy, aczkolwiek nie w pełni etyczne, tylko w bardzo nielicznych przypadkach sparaliżuje wolę świadka i doprowadzi do dyskwalifikacji jego zeznań na podstawie art. 171 § 7 k.p.k.⁵⁰, natomiast z drugiej strony eksponuje się, fakt, że trudno uznać tę obietnicę za prawnie dopuszczalną, zwłaszcza gdy jest ona fałszywa i nie ma prawnych (i jednocześnie faktycznych) możliwości jej spełnienia⁵¹. Zważyć należy, że z pewnością o wyłączeniu swobody wypowiedzi będzie można powiedzieć w sytuacji, w której poczynienie obietnicy nastąpiło w szczególnych warunkach będących udziałem świadka⁵². Chodzi o szczególną sytuację życiową (osobistą, rodzinną, zawodową itp.), w jakiej się on znajduje, co sprawia, że obietnica jest trudna do odrzucenia.

Wydaje się, że obietnice tego typu mogą mieć głównie miejsce w postępowaniu przygotowawczym. Jak już wszak wyżej podkreślono, w odniesieniu do świadka wąski jest w ogóle zakres potencjalnych obietnic, na jakie może sobie pozwolić organ procesowy. Jedynie tam, gdzie świadkiem jest zarazem pokrzywdzony, ów zasięg może ulec relatywnemu poszerzeniu, ale też nie będzie nigdy, siłą rzeczy, porównywalny z sytuacją oskarżonego.

Organ procesowy nie może obiecać świadkowi przyznania zwrotu kosztów podróży, noclegu, zarobku, utraconego dochodu lub innych wy-

⁵⁰ B. Kurzępa, Podstęp..., *op. cit.*, s. 118–119; R. Łyczywek, Wypowiedzi..., *op. cit.*, s. 120; Z. Sobolewski, Samooskarżenie..., *op. cit.*, s. 112–113; P. Rogoziński, Kwestia..., *op. cit.*, s. 1014; wyrok Sądu Apelacyjnego w Łodzi z dnia 10 czerwca 2014 r., sygn. II AKa 80/14, Legalis.

⁵¹ D. Gruszecka, (w:) J. Skorupka (red.), Kodeks..., *op. cit.*, s. 366; A. Gaberle, Dowody..., *op. cit.*, s. 357; wyrok Sądu Apelacyjnego w Lublinie z dnia 6 maja 1997 r., sygn. II AKa 68/97, Prokuratura i Prawo 1998, nr 7–8, poz. 22.

⁵² Na co zwracają uwagę także zwolennicy dopuszczalności w szerszym zakresie tychże obietnic: R. Łyczywek, Wypowiedzi..., *op. cit.*, s. 120; Z. Sobolewski, Samooskarżenie..., *op. cit.*, s. 112.

datków przezeń poniesionych w rozumieniu art. 618a–618b k.p.k., nawet w „specjalnej wysokości”, gdyż owe koszty oblicza się na podstawie wymiernych, obiektywnych i sprecyzowanych normatywnie wskaźników. Być może w śledztwie lub dochodzeniu do wyobrażenia jest obietnica wystąpienia do sądu z wnioskiem o rezygnację z wezwania świadka w postępowaniu przed sądem, ale tylko wtedy, gdy prokurator zawrze w akcie oskarżenia wniosek określony w art. 333 § 2 k.p.k. (świadek przebywający za granicą lub mający w zeznaniach stwierdzić okoliczności, którym oskarżony nie zaprzeczał w swoich wyjaśnieniach, a nie są one na tyle doniosłe, aby było potrzebne bezpośrednio przesłuchanie świadka). W pozostałych sytuacjach prokurator nie może obiecać świadkowi, że sąd zwolni go z obowiązku stawiennictwa na wezwanie w trybie art. 177 § 1 k.p.k. lub nawet przesłucha go w miejscu pobytu w rozumieniu art. 177 § 2 k.p.k. Trudno ponadto wyobrazić sobie obietnicę dotyczącą przyznania świadkowi prawa odmowy zeznań (art. 182 k.p.k.), skoro to uprawnienie przysługuje świadkowi niejako *ex lege*, a zatem gdy tylko świadek jest osobą najbliższą dla oskarżonego, organ procesowy nie może ingerować w proces decyzyjny świadka w tej materii. Poza tym, kryteria uznania za osobę najbliższą są obiektywne i łatwo weryfikowalne (art. 115 § 11 k.k.). Wyjątek dotyczy kategorii „osoby pozostające we wspólnym pożyciu”, będącej sformułowaniem niedookreślonym. To samo dotyczy kategorii „szczególnie bliski stosunek osobisty”, będącej już jednak podstawą zwolnienia świadka ze złożenia zeznań w rozumieniu art. 185 k.p.k. Stosowna obietnica – na tle tych dwóch sytuacji – musiałaby wszak dotyczyć kolejnego przesłuchania świadka w danym stadium procesu (śladowy zakres) albo kolejnego stadium procesu, na który raczej nie ma wpływu organ prowadzący aktualny etap postępowania. Realna wydaje się obietnica anonimizacji danych osobowych świadka lub innych okoliczności umożliwiających ujawnienie jego tożsamości⁵³ (świadek anonimowy – art. 184 k.p.k.).

W wyszczególnionych egzemplifikacyjnie sytuacjach problem powstanie oczywiście wtedy, gdy organ procesowy nie zamierza obietnicy dotrzymać (bo np. wie, że nie ma warunków ustawowych do jej zrealizowania – art. 184, 333 § 2 k.p.k.) albo gdy formułuje tę obietnicę z pogwałceniem prawa (pozostałe przypadki). Ten drugi aspekt wydaje się mało prawdopodobny, jednakże w ramach hipotetycznych wywodów nie może być pominięty. Osobny problem stanowi bowiem kwestia, na ile świadek jest w stanie poważnie potraktować złożoną mu obietnicę. Pouczenie

⁵³ Por. B. Kurzępa, *Podstęp...*, *op. cit.*, s. 119.

świadka o jego prawach i obowiązkach dokonywane przed pierwszym przesłuchaniem w trybie art. 300 § 3 k.p.k. nie niweluje (z różnych skądinąd powodów) wszelkich wątpliwości co do właściwej orientacji świadka w jego sytuacji prawnej, zatem świadek może przystać na propozycję, której nie potrafi realnie ocenić. Innymi słowy, brak szczegółowej znajomości realiów karnoprocesowych, charakterystyczny dla większości świadków, może sprawić, że świadek nie dostrzeże, że realność obietnicy jest iluzoryczna. W doktrynie zwraca się uwagę nawet na obietnice związane z naruszeniem prawa karnego, jak np. propozycję korzyści majątkowej dla świadka w zamian za złożenie zeznań⁵⁴. W tym zakresie świadek powinien wykazać się już daleko idącą powściągliwością, ponieważ dla każdego rozsądnego, racjonalnie myślącego człowieka owa propozycja musi się wydawać niedorzeczna. Szczególna sytuacja życiowa konkretnego świadka może chyba jednak sprawić, że zacznie on rozważać ją całkiem poważnie.

Pochodząca od przesłuchującego taka propozycja lub inna obietnica wykraczająca poza granice prawa lub niepodlegająca spełnieniu przez organ procesowy stawia *de facto* świadka w sytuacji ograniczenia swobody wypowiedzi. Powoduje, że świadek zaczyna analizować okoliczności zewnętrzne rzutujące na jego autonomię w swobodnym kształtowaniu treści zeznań. Jeśli świadek kierując się obietnicą, złoży zeznania o oczekiwanej treści, jego swoboda wyboru treści oświadczenia zostanie wtedy ewidentnie uszczuplona. Trudno więc zgodzić się ze stwierdzeniem, że nie miał wyłączonej swobody wypowiedzi ten, komu obiecano korzyść majątkową za złożenie zeznań, a później obietnicy nie dotrzymano⁵⁵. Urzędnikom państwowym nie wolno zresztą składać obietnic nieprawdziwych, wykraczających poza zakres przysługujących im kompetencji, a gdy tak uczynią – w grę wchodzi co najmniej odpowiedzialność dyscyplinarna (służbowa)⁵⁶.

Analogicznie w sensie wyłączenia swobody wypowiedzi, należy potraktować udzielenie świadkowi nieprawdziwych pouczeń o prawach i obowiązkach, tzn. niezgodnych z obowiązującymi przepisami, a tym samym wykraczających poza kompetencje przesłuchującego⁵⁷. Może być to np. pouczenie świadka o obowiązkach rzekomo na nim ciążyących.

⁵⁴ *Ibidem*, s. 118.

⁵⁵ Tak *ibidem*, s. 118. Nie przekonuje argument, że gdyby pragnienie osiągnięcia korzyści majątkowej ograniczało swobodę wypowiedzi, to umowy cywilnoprawne musiałyby być w większości uznane za nieważne z mocy art. 82 k.c.

⁵⁶ A. Gabele, *Dowody...*, *op. cit.*, s. 357–358.

⁵⁷ Por. wyrok Sądu Apelacyjnego w Lublinie ujęty w przypisie nr 51.

Jest to szczególna postać wprowadzenia świadka w błąd w celu uzyskania jego wypowiedzi o pożądanej treści. W literaturze wyrażono wszak wątpliwość, czy mamy tutaj do czynienia z wyłączeniem swobody wypowiedzi⁵⁸. Z kolei owo wyłączenie nastąpi także wtedy, gdy organ procesowy nie poinformował świadka o określonych uprawnieniach przysługujących mu w związku ze składaniem zeznań. W doktrynie na tym tle często wskazuje się na niepoinformowanie o prawie odmowy zeznań (art. 182 k.p.k.), co w sposób oczywisty przesądza o wyłączeniu swobody wypowiedzi⁵⁹. Dla jasności trzeba podkreślić, że sam fakt zgodnego z prawem informowania świadka o jego obowiązkach nie może determinować stwierdzenia wyłączenia tejże swobody, jak również nie może powodować tożsamego skutku nakreślenie świadkowi jego sytuacji prawnej (poinformowanie o skutkach prawnych jego określonych zachowań). Informowanie uczestników procesowych o prawach i obowiązkach stanowi zresztą obowiązek organu procesowego (art. 16 § 1 i 2 k.p.k.). Nawet jeśli realizowane pouczenie w jakiś sposób oddziałuje na proces motywacyjny świadka, to *per se* nie powinno odbierać możliwości swobodnego kształtowania treści zeznań⁶⁰. Dobitnego przykładu w tej mierze dostarcza pouczenie o sankcjach procesowych lub karnych grożących świadkowi na wypadek niewypełnienia przez niego swych obowiązków. Mimo więc, że pouczenie o odpowiedzialności karnej za fałszywe zeznania może niekiedy stwarzać pewną presję na świadka⁶¹, to i tak jest ono absolutnie nieodzowne w świetle potrzeby właściwej realizacji celów postępowania jako takiego. Podobnie rzecz tyczy się ostrzeżeń formułowanych przez organ procesowy pod adresem świadka. Odwołując się znów do obowiązku złożenia zeznań prawdziwych – przesłuchujący jest uprawniony przypomnieć świadkowi o odpowiedzialności karnej za fałszywe zeznania, jeśli tylko w trakcie zeznawania poweźmie zasadne wątpliwości w odniesieniu do przedstawiania przez świadka prawdziwej relacji. Ostrzeżenie tego typu służy do zabezpieczenia egzekucji obowiązku spoczywającego na świadku, a zatem nieuprawnione byłoby

⁵⁸ A zatem, gdy mylne pouczenie nie łączy się z zastosowaniem groźby, wartość dowodu należy oceniać na podstawie art. 7 k.p.k., tak B. Kurzępa, *Podstęp...*, *op. cit.*, s. 120.

⁵⁹ Np. D. Gruszecka, (w:) J. Skorupka (red.), *Kodeks...*, *op. cit.*, s. 367.

⁶⁰ *Ibidem*, s. 366–367.

⁶¹ Z. Doda, A. Gaberle, *Dowody...*, *op. cit.*, s. 195; W. Daszkiewicz, *Swoboda...*, *op. cit.*, s. 68–69; M. Lipczyńska, *Zasada...*, *op. cit.*, s. 168. W. Daszkiewicz był zdania, że wspomniane w tekście pouczenie stanowi poniekąd nacisk na psychikę, powodujący w jakimś sensie ograniczenie swobody wypowiedzi, jednakże z oczywistych względów jest ono zgodne z celem przesłuchania. Mieści się bowiem w granicach dozwolonych przez prawo.

twierdzenie o występowaniu podstępnie. Trafnie uwypukla się w doktrynie, że *in concreto* sposób działania przesłuchującego, dokonującego stosownego pouczenia lub ostrzeżenia, może przerodzić się w zastraszanie przesłuchiwanego lub nakłanianie go do nieskorzystania z przysługujących mu uprawnień⁶². Kontekst sytuacyjny przesądza zatem, czy realizacja obowiązku z art. 16 k.p.k. miała charakter informowania w „czystej postaci”, czy też nosiła już znamiona niedopuszczalnego podstępu lub zakazanej metody przesłuchania z art. 171 § 5 k.p.k.

Podsumowując wywody dotyczące tematyki tytułowej w relacji do reguły swobody wypowiedzi, należy podkreślić, że zeznania świadka uzyskane w następstwie podstępnych (oszukańczych) zabiegów powinny zostać zdyskwalifikowane w trybie art. 171 § 7 k.p.k. Nie da się tutaj zadowolić stwierdzeniem, że w imię realizacji zasady prawdy można przejść do porządku nad brakiem etyczności takiego zachowania, nie dyskwalifikując uzyskanego dowodu. Wymaga tego także reguła lojalności organów procesowych wobec uczestników postępowania, jako składowa zasady rzetelnego procesu, zakazująca wprowadzania ich w błąd i nakazująca udzielanie im właściwych informacji w kwestii ich sytuacji prawnej⁶³. Dużą siłę oddziaływania ma też argument o konieczności kształtowania społecznego zaufania do wymiaru sprawiedliwości, które mogłoby zostać nadszarpnięte w razie stosowania podstępnych zabiegów przez organy procesowe, których obowiązkiem jest postępować zgodnie z prawem i w oparciu o wysokie standardy moralne. Poza tym, skoro w razie niepodporządkowania się określonym obowiązkom świadek może być pociągnięty do odpowiedzialności karnej lub z tytułu kar porządkowych, to w jakiś sposób jest zagwarantowane złożenie przezeń zeznań i mówienie prawdy, co z kolei oznacza, że rozważanie ewentualnego zastosowania wobec niego podstępu staje się kwestią wtórną lub utwierdza w przekonaniu o niecelowości używania tej metody względem niego⁶⁴. Nie da się ponadto ukryć, że podstęp w związku z przesłuchaniem może prowadzić do pozyskania dowodu korzystnego dla oskarżonego, dowodzącego jego niewinności, ale równie dobrze może doprowadzić do skazania osoby niewinnej. Nawiasem mówiąc, jeśli w ogóle

⁶² D. Gruszecka, (w:) J. Skorupka (red.), *Kodeks...*, *op. cit.*, s. 367.

⁶³ K. Marszał, *Proces...*, *op. cit.*, s. 76.

⁶⁴ W tym kontekście za trafne należy uznać poszerzenie granic penalizacji fałszywych zeznań, przez wprowadzenie zagrożenia karą pozbawienia wolności do 8 lat (art. 233 § 1 k.k.) – ustawa z dnia 11 marca 2016 r. o zmianie ustawy – Kodeks postępowania karnego oraz niektórych innych ustaw, Dz. U. z 2016 r., poz. 437. Różne badania wskazują bowiem na to, że podstawowym czynnikiem implikującym niesłuszne skazania są fałszywe zeznania świadków.

rozważać dopuszczalność podstępu w związku z przesłuchaniem w zupełnie wyjątkowych wypadkach dla realizacji zasady prawdy, to i tak należałoby sprzeciwić się wykorzystywaniu podstępu względem świadka, gdyż wywołuje to istotne obiekcje w aspekcie statusu prawno-procesowego tego podmiotu. Otwarta pozostaje natomiast kwestia dopuszczalności stosowania podstępu w owych wyjątkowych wypadkach względem oskarżonego, ale to już temat na odrębne opracowanie.

Pozostała jeszcze do omówienia kwestia dopuszczalności użycia podstępu w związku z poddaniem się przez świadka oględzinom ciała, badaniom lekarskim, psychologicznym lub innym. Ta kwestia aktualizuje się w zasadzie tam, gdzie badania mają charakter dobrowolny, tzn. od zgody samego świadka zależy przeprowadzenie odpowiednich badań. Przede wszystkim w grę wchodzi unormowanie art. 192 § 4 k.p.k., w ramach którego dopuszcza się wspomniane badania dla celów dowodowych.

Owe badania stanowią ingerencję w sferę nietykalności osobistej i prywatności świadka, jako wartości zagwarantowanych przepisami Konstytucji (art. 41 ust. 1, art. 47 Konstytucji). Często może w grę wchodzić ujawnienie wiadomości z zakresu intymności, jako najściślejszej sfery osobistej człowieka, podlegającej szczególnie wzmożonej ochronie faktycznej i prawnej. Nie trzeba więc chyba szeroko rozwijać postulatu zagwarantowania jasnej i przejrzystej sytuacji, w której fakt wyrażenia zgody przez świadka nie będzie wywoływał najmniejszych wątpliwości, będąc rezultatem świadomego i wolnego wyboru z jego strony. Nie bez znaczenia może być w tym względzie sposób zachowania się organu procesowego. Świadek może być zdezorientowany i bezradny w aspekcie nadrzędnej pozycji organu procesowego. Warto zauważyć, że w piśmiennictwie prezentuje się stanowisko, że w praktyce najwłaściwszym rozwiązaniem jest podjęcie starań o uzyskanie zgody od świadka, co może mieć szanse, gdy przesłuchujący wykaże w tym zakresie odpowiednie umiejętności perswazyjne⁶⁵. Należy wyrazić dezaprobatę dla tego poglądu, który – nawet jeżeli wywodzi się z trafnych przesłanek związanych z realizacją ważnych celów dowodowych – zmierza do osłabienia lub marginalizowania znaczenia warunku zgody świadka, przez dosłowne wykorzystanie jego słabszej pozycji w procesie. Trudno w tym aspekcie zaakceptować ewentualne stosowanie podstępu wobec świadka, aby doprowadzić do wyrażenia przezeń omawianej zgody. Powściągliwa i wywa-

⁶⁵Z. Martyniak, Sędziowska ocena zeznań świadków w procesie karnym, (w:) J. Czapska, A. Gaberle, A. Świątłowski, A. Zoll (red.), *Zasady procesu karnego wobec wyzwań współczesności. Księga ku czci Profesora Stanisława Waltosia*, Warszawa 2000, s. 583–584.

żona postawa organu procesowego powinna polegać na rzetelnym i kompleksowym pouczeniu świadka o przysługującym mu uprawnieniu.

Kwestia ewentualnego stosowania podstępu może wszakże zaktualizować się także w odniesieniu do badań przymusowych, czyli badań, którym świadek musi się poddać, ponieważ w przepisach wprost lub pośrednio proklamowano jego obowiązek w tej materii. Optymalnego przykładu w tej mierze dostarcza regulacja art. 192a § 1 k.p.k., gdzie statutowano badania przesiewowe, których celem jest ograniczenie kręgu osób podejrzanych lub ujawnienie wartości dowodowej ujawnionych śladów. Te badania – z uwagi na konstrukcję art. 192a § 1 i 2 k.p.k. – mają właśnie charakter przymusowy⁶⁶. Sporna jest kwestia zakresu podmiotowego tych badań, ale przyjąć należy, że również świadek może się w tym gronie znaleźć⁶⁷. Także w tym wypadku można zasadnie twierdzić o ograniczeniu ochrony nietykalności osobistej i prywatności. W rezultacie badania przesiewowe nie powinny łączyć się ze stosowaniem podstępu. Oznacza to, że za dopuszczalne można uznać uzyskanie odpowiedniego materiału w wyniku wykorzystania sytuacji faktycznej występującej niezależnie od zachowania organu procesowego (niejako „przy okazji”, np. krew pobrana dla celów diagnostycznych), gdy tymczasem trudno zaaprobować podejmowanie przez ten organ działań mających na celu stworzenie sytuacji umożliwiającej pobranie materiału porównawczego, w warunkach równoznacznych z wprowadzeniem świadka w błąd (np. przez udzielenie błędnych informacji w tym przedmiocie lub mylnego pouczenia)⁶⁸. Taka metoda realizowania celów procesowych wywołuje istotne zastrzeżenia w aspekcie możliwości odniesienia jej do osoby niebędącej sprawcą przestępstwa.

Konkludując, mimo że zachodzi ryzyko stosowania podstępu wobec świadka w procesie karnym, nie wydaje się, aby było to dopuszczalne w świetle przedstawionych wyżej argumentów. Raz jeszcze należy podkreślić, że otwarta pozostaje kwestia użycia podstępu w stosunku do oskarżonego w wyjątkowych wypadkach, ale niniejsze opracowanie nie zmierzało do rozstrzygnięcia tego problemu.

⁶⁶ R. Koper, *Badanie świadka w aspekcie jego ochrony w procesie karnym*, Warszawa 2015, s. 136–137 i podana tam literatura.

⁶⁷ *Ibidem*, s. 127–131 i wskazana tam literatura.

⁶⁸ *Ibidem*, s. 140.

Permissible use of trickery or deceit towards witnesses in criminal proceedings

Abstract

This study discusses one of the most controversial and uneasy problems in criminal proceedings, i.e. the use of trickery or deceit towards a participant of proceedings by an authority conducting proceedings. The discussion is narrowed down to a witness' perspective. Witness interviews and (medical, psychological, etc.) examinations are analysed as two primary occasions for a witness to appear in criminal proceedings. Various multipolar views of legal academics, commentators and administrators of justice are presented. Finally, learnings and conclusions are formulated, which reflect the adopted axiology.

Anna Wolska-Bagińska

Ochrona danych osobowych a zasada jawności procesu karnego

Streszczenie

Artykuł omawia relację zachodzącą pomiędzy prawem jednostki do ochrony danych osobowych, a zasadą jawności procesu karnego. Analityka tego zagadnienia wiązała się z zestawieniem interesu jednostki dotyczącym ochrony jej danych osobowych z założeniami, jakie prezentuje zasada jawności. Z uwagi na fakt, że stopień realizacji zasady jawności w odniesieniu do danych osobowych podmiotów występujących w procesie karnym nie jest jednakowy we wszystkich stadiach procesu karnego w związku z odmiennym charakterem i celami postępowania przygotowawczego oraz jurysdykcyjnego, stosunek łączący zasadę jawności z prawem do ochrony danych osobowych został dokonany na różnych płaszczyznach procesu karnego. W opracowaniu udzielono również odpowiedzi na pytanie, czy podejście do ochrony danych osobowych powinno być takie samo czy też zróżnicowane w zależności od tego, czy chodzi o jawność zewnętrzną czy o jawność wewnętrzną.

1. Wstęp

Prawo jednostki do ochrony informacji osobowych w ramach procesu karnego można rozpatrywać w rozmaitych aspektach i formach, w tym w szczególności w kontekście wpływu tego prawa na instytucje prawne i realizację działań organów procesowych. Niemniej punktem wyjścia do przeprowadzenia pogłębionej analizy zagadnienia prawa ochrony danych osobowych w polskim procesie karnym winno być odniesienie tego prawa do najważniejszych, wybranych zasad procesu karnego, które proklamują wartości i idee często sprzeczne z istotą problematyki ochrony danych osobowych. Rozważania w tym przedmiocie niewątpliwie pozwolą na lepsze zrozumienie istoty zagadnienia ochrony danych osobowych w polskim procesie karnym. Na tym etapie aktualizuje się więc konieczność omówienia kwestii natury ogólnej, dotyczących zasad procesu karnego i ich rozumienia w polskiej nauce prawa karnego, a następnie

przedstawienia interakcji, jaka występuje pomiędzy prawem do ochrony danych osobowych, a zasadą jawności procesu karnego.

2. Ochrona danych osobowych a realizacja zasad procesu karnego

W procesie karnym w zasadach procesu¹ odzwierciedlony został ogólny model postępowania poprzez uwidocznienie w nich najważniejszych (zasadniczych) problemów strukturalnych tej dyscypliny. Wyeksponowanie w dyskursie naukowym zagadnienia zasad procesu karnego stanowi przejaw uznania, że zasady stanowią nadrzędne normy procesu karnego, wyznaczają kierunek działań prawodawczych poprzez określenie celów i wartości procesu karnego oraz dyrektywy interpretacyjne nadające szczególne znaczenie wybranym czynnościom i instytucjom procesowym². Wskazuje się przy tym, że w procesie karnym konstrukcja zasad prawnych odgrywa znacznie większą rolę aniżeli w innych dziedzinach prawa, m.in. z uwagi na łączenie się procesu karnego ze sferą podstawowych praw i wolności obywatelskich³.

W piśmiennictwie nie uważa się z kolei ochrony prawa do prywatności – w konsekwencji i prawa do ochrony danych osobowych – za zasadę procesu⁴. Nie oznacza to jednak, że prawo to przestaje istnieć na płaszczyźnie karnoprosesowej. Prawo do prywatności często traktowane jest jako wartość zewnętrzna wobec procesu. Z kolei w literaturze zagranicznej ochrona autonomii jednostki coraz częściej uznawana jest jako wartość wewnętrzna⁵. Prawo do ochrony danych osobowych w procesie karnym aktualizuje się w związku z przetwarzaniem informacji osobowych podmiotów biorących w nim udział. Istotą tego prawa sprowadza się do objęcia tajemnicą pewnych informacji dotyczących danej osoby i potrzeby zapewnienia ochrony tej tajemnicy. Prawo do ochrony danych osobowych ma więc szeroki zasięg, dotyczy różnych sfer życia. Stąd też jego istnienie w procesie uznać trzeba za oczywiste.

¹ Zob. M. Cieślak, *Zasady procesu karnego i ich system*, ZNUJ, Prawo, nr 3, Kraków 1956, s. 155 i n.; M. Cieślak, *Polska procedura karna. Podstawowe założenia teoretyczne*, Warszawa 1984, s. 205.

² A. Murzynowski, *Istota i zasady procesu karnego*, Warszawa 1976, s. 106.

³ M. Cieślak, *Polska procedura karna...*, s. 202.

⁴ Zob. A. Lach, *Granice badań oskarżonego w celach dowodowych. Studium w świetle reguły *nemo se ipsum accusare tenetur* i prawa do prywatności*, Toruń 2010, s. 99 i powołana tam literatura.

⁵ *Ibidem*.

Zaprezentowane powyżej uwagi ogólne stanowią jedynie wstęp do dalszych rozważań na temat relacji zasady jawności oraz zakresu prawa ochrony danych osobowych i stopnia jego poszanowania w systemie polskiej procedury karnej. Skoncentrowanie wywodów na zasadzie jawności względem prawa ochrony danych osobowych jednostki związane jest z najwyraźniejszą i najsilniejszą interakcją, jaka występuje pomiędzy wartościami, które reprezentowane są w powyższej zasadzie.

3. Ochrona danych osobowych a zasada jawności – zagadnienia ogólne

Zasada jawności uznawana jest w literaturze za przewodnią ideę postępowania karnego determinującą sposób wewnętrznego ukształtowania czynności procesowych oraz sposób zewnętrznego spostrzegania postępowania karnego przez społeczeństwo⁶. Zasadniczym celem omawianej zasady jest umożliwienie podmiotom zewnętrznym, stronom oraz innym uczestnikom postępowania⁷ dostępu do informacji dotyczących postępowania karnego, w szczególności co do faktów i zdarzeń procesowych⁸. Zasada jawności jest więc dyrektywą, zgodnie z którą dostęp

⁶ R. Koper, *Jawność rozprawy głównej a ochrona prawa do prywatności w procesie karnym*, Warszawa 2010, s. 39.

⁷ Uczestnika procesu rozumianego jako każdą osobę lub podmiot, która w procesie spełnia funkcję wyznaczoną jej przez prawo procesowe, tak: S. Waltoś, P. Hofmański, *Proces karny. Zarys systemu*, Warszawa 2013, s. 151.

⁸ W nauce prawa karnego procesowego spotkać można trzy rodzaje stanowisk co do rozumienia zasady jawności. Pierwsze odnosi się do uznania zasady jawności jako łączącej w sobie dwa elementy, tj. jawność zewnętrzną, odnoszącą się do społeczeństwa, oraz jawność wewnętrzną, dotyczącą stron i osób z nimi współdziałających. Tak np. S. Glaser, *Wstęp do nauki procesu karnego*, Warszawa 1928, s. 80–85; S. Śliwiński, *Proces karny. Zasady ogólne*, Warszawa 1947, s. 119. Drugie stanowisko wyodrębnia natomiast dwie odrębne zasady, tj. zasadę jawności zewnętrznej i zasadę jawności wewnętrznej. Tak np. W. Daszkiewicz, *Prawo karne procesowe. Zagadnienia ogólne*, t. I, Bydgoszcz 1999, s. 100. Kolejny zaś pogląd rezygnuje z wydzielenia z zasady jawności dwóch jej rodzajów, łącząc jawność wewnętrzną z zasadą kontradiktoryjności. Tak np. B. Bieńkowska, (w:) P. Kruszyński (red.), *Wykład prawa karnego procesowego*, Białystok 2004, s. 84. Z uwagi na dwuaspektowy charakter jawności odnoszący się do prawa jawnego rozpoznania sprawy obejmującego zarówno obszar jawności zewnętrznej, jak i wewnętrznej, podzielić należy pogląd o dualistycznym pojmowaniu zasady jawności. Ponadto w doktrynie występuje rozbieżność co do zakresu podmiotów, które objęte są zagadnieniem jawności wewnętrznej. Z jednej strony wskazuje się, iż jawność wewnętrzna wiąże się z uczestnikami procesu i uczestnikami danej czynności. Tak np. S. Kalinowski, *Polski proces karny*, Warszawa 1971, s. 123. Z drugiej zaś strony podnosi się, że aspekt jawności wewnętrznej wiąże

do czynności postępowania karnego drogą udziału w nich albo drogą ich obserwacji mają strony procesowe lub inni uczestnicy postępowania, a więc te osoby, które bezpośrednio lub pośrednio zainteresowane są rozstrzygnięciem, a także publiczność, na którą składają się osoby, które bezpośredniego interesu w rozstrzygnięciu o przedmiocie postępowania nie posiadają, lecz pośrednio wynik postępowania dla nich może być znaczący⁹. Pozycja prawna podmiotów zainteresowanych uzyskaniem danych procesowych ze sprawy karnej jest jednak niejednolita. Dystynkcja pomiędzy tymi podmiotami przejawia się różnym stopniem i formą udostępniania im informacji z procesu karnego, a także i samą restrykcyjnością przesłanek warunkujących dostęp do tych informacji. O ile jawność wobec stron postępowania umożliwia aktywny udział w czynnościach procesowych i stanowi realizację uprawnień polegających m.in. na wypowiedaniu się co do kwestii prowadzonego postępowania bądź też umożliwieniu dostępu do akt sprawy, o tyle jawność wobec społeczeństwa odgrywa głównie rolę czynnika kontrolnego względem sprawowanej przez organy wymiaru sprawiedliwości władzy sądowej i dotyczy biernego uczestnictwa tych podmiotów przy wykonywaniu przez właściwe organy czynności procesowych¹⁰. W obu przypadkach istotą zasady jawności jest jednak dostęp do informacji, a zróżnicowanie co do ich zakresu i warunków uzyskania przez określone podmioty wiąże się z pozycją, jaka przypadła im w toczącym się postępowaniu i odpowiada wynikającym z niej potrzebom¹¹.

Jawność postępowania karnego, związana z otwartością procesu karnego dla stron postępowania oraz osób nienależących do grupy tych podmiotów, niewątpliwie oddziałuje na realizację prawa ochrony danych osobowych jednostki, której dane personalne znajdują się w sprawie karnej. Urzeczywistnianie dyrektywy wynikającej z zasady jawności, jaką jest dostęp do informacji z postępowania karnego, powoduje że fakty z życia prywatnego jednostki i bliższe informacje identyfikujące tę osobę mogą stać się wbrew jej woli znane dla innych podmiotów. Ujawnienie innym osobom danych identyfikujących uczestników postępowania, w szczególności podmiotu występującego w roli oskarżonego czy też po-

się jedynie ze stronami postępowania oraz przedstawicielami procesowymi. Tak np. T. Grzegorzczak, J. Tyłman, *Polskie postępowanie karne*, wyd. 9, Warszawa 2014, s. 150–156.

⁹ K. Zgryzek, *Zasada jawności*, (w:) P. Wiliński (red.), *System prawa karnego procesowego. Zasady procesu karnego*, t. III, Warszawa 2014, s. 788–789.

¹⁰ A. Murzynowski, *op. cit.*, s. 215 i 216.

¹¹ P. Wiliński, *Świadek incognito w polskim procesie karnym*, Kraków 2003, s. 422.

krzywdzonego, stoi w sprzeczności z interesem tych osób w zakresie, w jakim chcą pozostać oni anonimowi w toczącym się z ich udziałem postępowaniu karnym.

Z uwagi na okoliczność, że zakres i kształt zasady jawności oraz jej realizacja przedstawiają się odmiennie w odniesieniu do poszczególnych faz procesu karnego, wpływ tej zasady na prawo ochrony danych osobowych jednostki ma różny charakter i nasilenie. Rozdźwięk pomiędzy poszczególnymi fazami procesu karnego w głównej mierze związany jest z odmiennym sposobem spostrzegania i wyrażania aspektów zasady jawności¹². W przypadku przygotowawczego stadium procesu karnego zasadą jest wyłączenie jawności zewnętrznej przy ograniczonej jawności wewnętrznej. Natomiast na etapie postępowania jurysdykcyjnego co do zasady wyeliminowana jest możliwość ograniczenia jawności wewnętrznej, zaś dopuszczalne pozostaje limitowanie jawności zewnętrznej¹³. Ukazanie relacji, jaka występuje pomiędzy prawem ochrony danych osobowych podmiotów, których dane personalne występują w postępowaniu karnym, a zasadą jawności wymaga więc przedstawienia i omówienia przejawów realizacji tej zasady na przestrzeni całego procesu karnego z uwzględnieniem jego poszczególnych faz. Analiza powyższych kwestii umożliwi udzielenie odpowiedzi na zasadnicze w tej materii pytanie, czy podejście do ochrony danych osobowych powinno być takie samo czy też zróżnicowane w zależności od tego, czy chodzi o jawność zewnętrzną czy o jawność wewnętrzną.

4. Ochrona danych osobowych a zasada jawności na etapie postępowania przygotowawczego

Na etapie postępowania przygotowawczego funkcjonowanie zasady jawności zewnętrznej jest w zasadzie ograniczone i w niewielkim stopniu zauważalne. Wiąże się to przede wszystkim z przyjętym modelem postępowania przygotowawczego¹⁴ i z rolą oraz funkcją, jaką pełni w procesie

¹² Na różnice, jakie występują w zakresie realizacji zasady jawności w poszczególnych stadiach postępowania karnego, zwracał uwagę R. P o n i k o w s k i, *Granice jawności wewnętrznej i zewnętrznej przygotowawczego stadium postępowania karnego*, (w:) J. S k o r u p k a (red.), *Jawność procesu karnego*, Warszawa 2012, s. 130 i nn.

¹³ P. K a r d a s, *Jawność wewnętrzna i zewnętrzna postępowania przygotowawczego*, (w:) W. J a s i ń s k i, K. N o w i c k i (red.), *Jawność jako wymóg rzetelnego procesu karnego*, Warszawa 2013, s. 21.

¹⁴ Przyjęty w ustawodawstwie polskim model postępowania przygotowawczego łączy w sobie zarówno elementy inkwizycyjne jak i skargowe, co przemawia o mieszanym je-

karnym ta faza procesu karnego. Postępowanie przygotowawcze, jako pierwsze stadium procesu karnego, w swej co do zasady inkwizycyjnej formule, ze swojej istoty cechuje się tajemnością przeprowadzanych przez właściwe organy czynności procesowych. Wstępny bowiem przedmiot wyjaśnień prowadzonej sprawy powoduje, że dyskrekcja organów ścigania wokół czynności procesowych odnoszących się do ujawniania i utrwalania dowodów jest znacznie większa aniżeli na kolejnych etapach procesu karnego. Możliwość wystąpienia negatywnych skutków wynikających z upublicznienia informacji osobowych sprawia, że postępowanie to przybiera w zasadzie charakter niejawny. Elementem wzmacniającym tajemność tego etapu postępowania jest również przewidziana przepisami odpowiedzialność karna podmiotów, które bez zezwolenia rozpowszechniły wiadomości z postępowania przygotowawczego, zanim zostały one ujawnione w postępowaniu sądowym (art. 241 k.k.). Reglamentacja jawności danych personalnych osób występujących w tej fazie postępowania związana jest zatem z koniecznością uniknięcia rozgłaszania informacji o prowadzonym postępowaniu karnym¹⁵.

Tajemność postępowania przygotowawczego w obecnym modelu procesu karnego nie ma jednak wartości absolutnej i w szczególnych przypadkach doznaje pewnych ograniczeń na rzecz zasady jawności. W piśmiennictwie wskazuje się przy tym, że forma urzeczywistnienia zakresu realizacji zasady jawności na etapie postępowania przygotowawczego jest odmienna od tej, jaka występuje w postępowaniu jurysdykcyjnym z uwagi na ściśle określony i zredukowany liczbowo zakres podmiotowy osób, którym udostępniane są informacje, mimo że istota tej zasady w toku całego postępowania pozostaje niezmienna¹⁶.

W fazie postępowania przygotowawczego organy ścigania co do zasady nie udostępniają nieograniczonej i bliżej nieskonkretyzowanej grupie podmiotów zewnętrznych informacji osobowych uczestników postępowania. Upowszechnienie danych personalnych tych osób występuje praktycznie wyjątkowo i stanowi arbitralną decyzję organów ścigania warunkowaną okolicznościami konkretnej sprawy. U podłoża takiej decyzji powinno leżeć nie tylko dobro postępowania, lecz także interes stron i innych uczestników postępowania¹⁷. Jawność danych personalnych osób występujących w sprawie karnej determinowana jest nie tylko kręgiem

go charakterze. Zob. szerzej S. Stachowiak, Zadania i funkcje postępowania przygotowawczego, *Prok. i Pr.* 1998, nr 1, s. 7–13.

¹⁵ A. Murzynowski, *op. cit.*, s. 222.

¹⁶ R. Koper, *Jawność rozprawy głównej...*, s. 44.

¹⁷ K. Zgrzyzek, *op. cit.*, s. 802.

podmiotów, którym udostępniane są dane personalne, lecz także charakterem oraz stopniem zawansowania danej sprawy karnej oraz celem, jaki przyświeca przekazaniu tych informacji osobowych przez organ procesowy.

Co istotne w postępowaniu przygotowawczym, brak jest koncentracji czasowej i miejscowej czynności umożliwiającej obecność osób zewnętrznych, tak jak to ma miejsce w sądowym stadium. Z kolei przejaw zasady jawności wobec nieoznaczonej liczby adresatów odnaleźć można w ujawnieniu w prasie przez prokuratora informacji osobowych dotyczących podejrzanego w sytuacji, w której wymaga tego ważny interes społeczny, bądź też w publikacji listu gończego. Przekazanie środowisku zewnętrznemu przez organy prowadzące lub nadzorujące postępowanie karne danych personalnych uczestników postępowania bez ich wiedzy odnosi się w zasadzie tylko do osoby podejrzanego i związane jest z zapewnieniem spokoju opinii publicznej bądź też uzyskaniem pomocy ze strony społeczeństwa w celu ujęcia sprawcy lub pozyskaniem nowych dowodów.

Jawność danych osobowych osób biorących udział w postępowaniu przygotowawczym uwidacznia się również poprzez umożliwienie dostępu do akt sprawy karnej podmiotom z zewnątrz procesu. W materiale znajdującym się w aktach postępowania przygotowawczego zawarte są bowiem informacje personalne o podmiotach występujących w postępowaniu. W ostatnim czasie, z związku z dostrzeżeniem potrzeby ochrony prywatności osób pokrzywdzonych przestępstwem, zdecydowano się na wprowadzenie regulacji mających na celu ograniczenie zakresu informacji stanowiących dane osobowe tej kategorii podmiotów (art. 148a k.p.k.). Udostępnianie więc akt postępowania przygotowawczego przez organ prowadzący postępowanie sprawia, że dane osób występujących w konkretnej sprawie karnej stają się jawne dla osób wnioskujących o ich udostępnienie i w ten sposób osoby te uzyskują wiedzę na temat informacji identyfikujących inne jednostki, w tym w odniesieniu do ich związku z daną sprawą karną. Dostęp do materiału dowodowego na etapie postępowania przygotowawczego jest jednak ograniczony uzyskaniem od organu prowadzącego postępowanie przygotowawcze zgody na udostępnienie akt. Od organu procesowego będzie więc zależać decyzja, czy dobro sprawy pozwala na ujawnienie informacji z prowadzonego postępowania karnego innym osobom¹⁸, oraz to, w jakiej formie informacje te mogą być im udostępnione.

W niektórych sytuacjach przepisy ustawy karnoprocesowej wprost określają zakres podmiotowy jednostek, które otrzymują lub też mogą

¹⁸ J. Skorupka (red.), *Postępowanie karne. Część ogólna*, Warszawa 2012, s. 55.

otrzymać informacje osobowe od organów postępowania przygotowawczego. Respektowanie tajemnicy postępowania karnego doznaje w ten sposób ograniczeń z uwagi na obowiązujące przepisy prawa karnoprocesowego, które zobowiązują organy ścigania do powiadamiania określonych podmiotów lub instytucji o realizacji poszczególnych czynności w ramach przygotowawczego stadium procesu karnego¹⁹. Ma to w szczególności miejsce w związku z wszczęciem bądź zakończeniem postępowania karnego przeciwko określonym osobom (art. 21 k.p.k.) czy też w przypadku zatrzymania lub zastosowania środka zapobiegawczego w postaci tymczasowego aresztowania (art. 261 § 1–3 k.p.k., art. 245 § 3 k.p.k.).

W ramach przedsądowej fazy procesu pewna kategoria podmiotów z uwagi na status procesowy i określone interesy prawne uzyskuje szczególne uprawnienia w zakresie jawności wewnętrznej prowadzonego postępowania przygotowawczego, które odnoszą się nie tylko do udostępnienia akt sprawy, lecz także do dopuszczenia ich do udziału w czynnościach procesowych. Uprawnienia tych osób stanowią wyraz zasady jawności, jaką jest jawność wewnętrzna postępowania przygotowawczego, uwidaczniającej się m.in. w udostępnianiu informacji stronom postępowania o istniejącym stanie prowadzonego postępowania karnego. Tak np. podejrzany w toku prowadzonego postępowania przygotowawczego ma prawo do poznania podstaw stawianego mu zarzutu, a przed zamknięciem postępowania do zaznajomienia się z całością zgromadzonego materiału dowodowego. Ponadto strony postępowania karnego, zarówno z urzędu, jak i na wniosek, mogą być dopuszczane do udziału w czynnościach dowodowych realizowanych przez organy procesowe. Jawność wewnętrzna postępowania przygotowawczego odnosi się więc do tych wszystkich czynności, w których udział stron albo nie będzie dezorganizował biegu postępowania, albo ze względu na wagę prowadzonego dowodu udział tych podmiotów będzie stanowić gwarancję prawidłowego przeprowadzenia czynności dowodowych²⁰. Powyżsi uczestnicy postępowania przygotowawczego z uwagi na specyfikę przyznanych im uprawnień uzyskują w związku z tym szerszą wiedzę w odniesieniu do podmiotów występujących w ramach danej sprawy karnej aniżeli podmioty zewnętrzne. Zauważa się jednak, że wyłączenie bądź ograniczenie zasady jawności w toku postępowania przygotowawczego jest proporcjonalne do dominacji elementów inkwizycyjnych i odwrotnie proporcjonalne do wzrostu elementów kontradyktoryjnych²¹. Każda bowiem inten-

¹⁹ P. Wiliński, *op. cit.*, s. 424.

²⁰ K. Zgryzek, *op. cit.*, s. 819.

²¹ P. Kardas, *op. cit.*, s. 22.

syfikacja kontradiktoryjności w ramach postępowania przygotowawczego stanowi siłą rzeczy wyłom w zakresie tajności postępowania, zwłaszcza w odniesieniu do aspektu jawności wewnętrznej.

W postępowaniu przygotowawczym niekiedy organy procesowe dopuszczają także osoby zewnętrzne (tzw. świadków czynności) do udziału w czynnościach procesowych, np. podczas przeszukania. W ramach tych czynności podmioty te mają prawo, a nawet obowiązek przed podpisaniem protokołu z przeprowadzanej czynności zapoznać się z jego treścią, w którym to dokumencie zawarte są dane personalne innych podmiotów. W literaturze przedmiotu podnosi się jednak, że jawność wewnętrzna procesu karnego nie odnosi się do tzw. pomocników procesowych (osób przybranych do przeprowadzenia danej czynności) czy też osobowych źródeł dowodowych z uwagi na fakt, że dostęp tych osób ograniczony jest jedynie do czynności, w której biorą oni udział, zaś brak jest przesłanek do rozszerzenia zakresu jawności poprzez ujawnienie tym osobom przebiegu czynności, w których nie uczestniczyli²². Niezależnie od uznania, czy jawność wewnętrzną rozciąga się względem tych osób, czy też stanowi ona przejaw jawności zewnętrznej, to jednak uznać należy, że w granicach wykonywanych z udziałem tych podmiotów czynności procesowych osoby te uzyskują wiedzę umożliwiającą identyfikację podmiotów występujących w danej sprawie karnej.

5. Ochrona danych osobowych a zasada jawności na etapie postępowania jurysdykcyjnego

Pomimo, że treść zasady jawności zewnętrznej przybiera w toku całego postępowania karnego różne formy i kształty, to jednak jej wymiar najwyraźniej uwidacznia się w sądowym stadium procesu karnego²³. O ile bowiem w toku postępowania przygotowawczego zasada jawności, z uwagi na przewagę inkwizycyjnych cech tego postępowania, stanowi wyjątek od zasady tajności, o tyle w toku postępowania jurysdykcyjnego zasada ta uzyskuje charakter zasady dominującej w tym stadium procesu karnego. Doniosłość znaczenia tej zasady prawnej w przebiegu procesu karnego wprost została przez ustawodawcę zaakcentowana w rozdziale 42 Kodeksu postępowania karnego. Jawność sądowego etapu postępowania stanowi w procesie karnym główny czynnik determinujący

²² W. Jasiński, *Jawność wewnętrzna postępowania sądowego*, (w:) J. Skorupka (red.), *Jawność procesu karnego*, Warszawa 2012, s. 212.

²³ J. Grajewski, *Przebieg procesu karnego*, Warszawa 2005, s. 160–161.

strukturę relacji społecznych z funkcjonowaniem organów wymiaru sprawiedliwości i z życiem prywatnym jednostki²⁴. Przy tym stopień relacji występujący pomiędzy tymi podmiotami inherentnie powiązany jest z obszarem i zasięgiem jawności prowadzonego postępowania karnego.

Wśród głównych form jawności sądowej fazy procesu karnego na pierwszy plan wysuwa się jej otwartość dla ogółu społeczeństwa, a więc tzw. zasada publiczności²⁵. Dopuszczenie w postępowaniu jurysdykcyjnym środowiska zewnętrznego do udziału w czynnościach procesowych wykonywanych przez organy wymiaru sprawiedliwości oznacza zapewnienie społeczeństwu prawa wstępu na rozprawę główną oraz uczestnictwa w niej w charakterze publiczności. Realizacja przez podmioty zewnętrzne przyznanych im uprawnień powoduje, że osoby te podczas rozprawy głównej w związku z ujawnianiem materiału dowodowego uzyskują informacje dotyczące danych personalnych indywidualizujących konkretnych uczestników postępowania. Fakt ten ma w szczególności miejsce w związku z przedstawieniem przez oskarżyciela publicznego zarzutów aktu oskarżenia czy też ujawnianiem przez sąd zgromadzonego na etapie postępowania przygotowawczego materiału dowodowego w postaci zeznań osobowych źródeł dowodowych. Choć czynność ujawniania materiału na rozprawie głównej może następować w różnej formie, to jednak w praktyce najczęściej spotykaną jest jego odczytanie. Ograniczenie się do uznania protokołów i dokumentów podlegających odczytaniu na rozprawie za ujawnione bez ich odczytywania (art. 394 § 2 k.p.k.) jest standardową czynnością i zasadniczo dotyczy dowodów o drugorzędnym znaczeniu dla kwestii odpowiedzialności karnej. Powyższe czynności w konsekwencji prowadzą do ujawnienia wszystkim podmiotom znajdującym się na sali rozpraw informacji osobowych uczestników postępowania karnego. Jakkolwiek zauważyć można w praktyce pewną tendencję do uczestnictwa społeczeństwa, w szczególności przedstawicieli prasy i telewizji w sprawach, które wzbudzają zainteresowanie bądź wywołują w danym środowisku emocje związane z charakterem czynu lub też podmiotem, którego on dotyczy, to jednak dostęp publiczności do sali rozpraw poza ściśle określonymi przypadkami jest wolny dla każdego pełnoletniego obywatela.

Jawność rozprawy głównej, a także posiedzeń, o których mowa w art. 95b § 2 k.p.k., związana z dostępem publiczności, może niekiedy powo-

²⁴ R. Koper, *Jawność rozprawy głównej...*, s. 15.

²⁵ W literaturze dla określenia zewnętrznego ujęcia zasady jawności powszechnie wykorzystywana jest nazwa zasady publiczności. Zob. T. Grzegorzczak, J. Tylman, *op. cit.*, s. 150.

dować negatywne skutki dla osób występujących w procesie karnym i godzić w ich interesy²⁶. Wiąże się to przede wszystkim z upublicznieniem okoliczności ze sfery życia intymnego uczestnika procesu w sytuacji, w której ujawnione informacje mogą zdyskredytować go w środowisku społecznym. W literaturze podnosi się, że niebezpieczeństwo takie występuje w szczególności w sprawach o podłożu intymnym, takich jak zgwałcenie²⁷. Jawność procesu może także doprowadzić do stygmatyzacji oskarżonego²⁸, a także przeszkodzić ustaleniom prawdy materialnej z uwagi na presję wywołaną z oczekiwaniami opinii publicznej lub obawą negatywnego odbioru zachowania oskarżonego czy też pokrzywdzonego przez osoby obecne na sali sądowej w trakcie składanych przez nich deponycji. Nie może więc budzić wątpliwości, że podmiot występujący w roli oskarżonego czy też pokrzywdzonego chce zachować anonimowość swoich danych personalnych podczas trwania procesu karnego, w szczególności gdy powiązanie jego osoby ze sprawą karną może naruszyć sferę jego życia prywatnego. Udział społeczeństwa w trakcie rozpoznawania sprawy karnej niewątpliwie wywiera wpływ na realizację prawa ochrony danych osobowych jednostki w zakresie, w jakim powoduje lub też może spowodować zagrożenie prywatności. Związane jest to z tym, że wartości, które prezentuje jawność zewnętrzna postępowania jurysdykcyjnego, stoją co do zasady w sprzeczności z wartościami, jakie reprezentuje prawo do ochrony danych osobowych²⁹. Kolidują te wartości stanowi bowiem odzwierciedlenie dwóch przeciwstawnych gwarancji, tj. dostępu opinii publicznej do działalności organów wymiaru sprawiedliwości i respektowania prywatności podmiotów występujących w danym postępowaniu karnym. Słusznie zatem wskazuje Z. Brodzisz, iż „to właśnie w postępowaniu karnym interes ogólnospołeczny i indywidualny ścierają się ze sobą z niezwykłą, niespotykaną gdzie indziej ostrością i dokonane przez ustawodawcę wyważenie wzajemnych interesów jest symptomatyczne dla istniejącego stosunku państwa i jednostki”³⁰. Koin-

²⁶ K. Nowicki, *Jawność zewnętrzna postępowania sądowego*, (w:) J. Skorupka (red.), *Jawność procesu karnego*, Warszawa 2012, s. 314.

²⁷ W. Jasiński, *Bezstronność sądu i jej gwarancje w polskim procesie karnym*, Warszawa 2008, s. 117.

²⁸ *Ibidem*, s. 376.

²⁹ Niekiedy zasada jawności zewnętrznej może pozostawać w interesie niektórych uczestników postępowania. Odnosi się to zwłaszcza do oskarżonego. Zob. C. Kulesza (red.), *Zasada jawności a prawo do obrony*, (w:) *System wymiaru sprawiedliwości a media*, Białystok 2009, s. 29.

³⁰ Z. Brodzisz, *Ochrona prywatności w procesie karnym – porównanie regulacji prawnych polskich i niemieckich*, *Prok. i Pr.* 2013, nr 4, s. 17.

cydencja interesów jednostki i społeczeństwa w procesie karnym powoduje, że na ustawodawcy ciąży obowiązek ukształtowania struktury procesu karnego w taki sposób, aby pogodzić przeciwstawne interesy tych podmiotów z interesami wymiaru sprawiedliwości. Przy tym nadanie procesowi karnemu nadmiernej transparentności może spowodować ograniczenie bądź nawet pozbawienie jednostki prywatności jej danych osobowych w związku z prowadzonym z jej udziałem postępowaniem karnym. Natomiast zbyt duża intensyfikacja prawa jednostki do ochrony informacji osobowych doprowadzić może do relatywnego zmniejszenia jawności procesu karnego, co w konsekwencji skutkuje przerodzeniem postępowania jurysdykcyjnego w postępowanie przybierające cechy procesu tajnego.

Instrumentem służącym do wyważenia interesów jednostki i społeczeństwa z interesem wymiaru sprawiedliwości jest ustanowienie ograniczeń jawnego rozpoznania sprawy karnej. Wprowadzenie przez ustawodawcę tego typu mechanizmów ma na celu wyznaczenie zakresu obowiązywania zasady jawności w sądowym stadium na zasadzie czynnika uszczuplającego jego zasięg. Granice dostępu środowiska zewnętrznego do udziału w postępowaniu karnym są zatem limitowane katalogiem przyczyn uzasadniających odstępnie od zasady jawności rozprawy głównej³¹. Wśród tych przesłanek odnaleźć można m.in. ważny interes prywatny, który w kontekście omawianego zagadnienia stanowi zabezpieczenie dobra chronionego jednostki w postaci prawa do ochrony danych osobowych. Pomimo powyższego podkreślić należy, że zasadą jest jawność rozprawy głównej, zaś ograniczenie jej jawności rozpatrywane jest w kategoriach wyjątku. Prowadzi to do wniosku, że wykładnia „ważnego interesu prywatnego” jest dokonywana w sposób ostrożny, by nie powiedzieć zachowawczy, zgodnie z dyrektywą wykładni ujmowania wyjątków wąsko (*exceptiones non sunt extendendae*). Przesłanka ważnego interesu prywatnego rzadko odnosi się więc do potrzeby ochrony samych danych osobowych (tj. danych pozwalających na identyfikację osoby), a częściej odnoszona jest do tych sytuacji i stanów rzeczy, które z uwagi na swój charakter dotyczą sfer lub spraw na tyle intymnych bądź wrażliwych, że uzasadnione jest objęcie ich ochroną przed dostępem do nich publiczności. Ograniczenie bądź wyłączenie jawności ma jednak miejsce w przypadku, gdy w toku rozprawy głównej ujawniane będą dane osobowe o charakterze wrażliwym. Reprezentatywnym przykładem jest tu wyłączenie z mocy prawa jawności rozprawy dotyczącej wniosku prokurato-

³¹R. Koper, *Jawność zewnętrzna postępowania sądowego*, (w:) W. Jasiński, K. Nowicki (red.), *Jawność jako wymóg rzetelnego procesu karnego*, Warszawa 2013, s. 106.

ra o umorzenie postępowania z powodu niepoczytalności sprawcy i zastosowanie środka zabezpieczającego. Wydaje się więc, że w każdym przypadku, w którym ujawnieniu na rozprawie podlegać będą dokumenty zawierające dane osobowe o charakterze wrażliwym (jak właśnie te dotyczące sfery zdrowia psychicznego), zasadą powinno być wyłączenie jawności tego fragmentu rozprawy.

Zaznaczyć jednak należy, że ograniczenie dostępu publiczności do rozprawy głównej nie eliminuje w każdym przypadku jawnego rozpoznania sprawy. Zgodnie bowiem z dyspozycją art. 361 § 1 k.p.k. w razie wyłączenia jawności mogą być obecne na rozprawie, oprócz osób biorących udział w postępowaniu, również inne ściśle określone liczbowo podmioty. Taki zabieg ustawodawcy związany jest z pozostawieniem osób niezwiązanych bezpośrednio z procesem w trakcie jego trwania na zasadzie czynnika kontrolującego sprawowanie przez władzę sądowniczą wymiaru sprawiedliwości i zapewnienie oskarżonemu bezstronnego i sprawiedliwego rozpoznania jego sprawy. Przyjęte zatem na gruncie procesu karnego rozwiązania normatywne w postaci ograniczeń jawnego rozpoznania sprawy karnej nakierowane są głównie na osiągnięcie kompromisu aksjologicznego pomiędzy interesem ogółu a interesem jednostki. Wyrazem tego kompromisu jest wprowadzenie do procesu karnego odpowiednich instrumentów równoważących sprzeczne interesy podmiotów występujących w procesie karnym z interesami podmiotów zewnętrznych w postaci ograniczenia jawnego rozpoznania sprawy karnej. Co istotne, w jurysdykcyjnym stadium procesu dostęp do akt postępowania podmiotom spoza kręgu osób wskazanych w art. 156 § 1 k.p.k. jest w dalszym ciągu uzależniony od uzyskania zgody od właściwego organu procesowego.

Ochrona danych osobowych jednostki z perspektywy jawności wewnętrznej w ramach sądowego stadium postępowania karnego z uwagi na zapewnienie stronom i ich przedstawicielom prawa do udziału w rozprawie i innego udziału w czynnościach postępowania oraz w swobodnym dostępie do akt sprawy karnej nie może być w pełni realizowana. Prawo do ochrony danych osobowych sprowadzające się w zasadzie do zachowania w tajemnicy danych personalnych jednostki pozostaje w kolizji z interesem stron postępowania do zapoznania się z faktami danej sprawy karnej. Tak przykładowo interes pokrzywdzonego czy też świadka w zakresie ochrony jego danych osobowych pozostaje w stosunku antynomicznym względem interesu oskarżonego, któremu zagwarantowano aktywny udział w trakcie całego postępowania jurysdykcyjnego. Jawność wewnętrzna względem oskarżonego z uwagi na rozstrzygnięcie

odpowiedzialności karnej za zarzucany mu czyn przejawia się przede wszystkim w możliwości osobistego uczestnictwa na rozprawie głównej, a także udziału jego osoby w posiedzeniach i w innych czynnościach sądu odbywających się poza rozprawą główną. W sądowym stadium postępowania, w przeciwieństwie do postępowania przygotowawczego, oskarżony ma nie tylko prawo uczestniczenia w toczącym się postępowaniu karnym, lecz także niekiedy jest to jego obowiązek, aczkolwiek po 1 lipca 2015 r. o ograniczonym zakresie (zob. szerzej art. 374 k.p.k.). Udział w czynnościach postępowania jurysdykcyjnego stron postępowania, w tym w szczególności oskarżonego, jest związany nie tylko z zasadą jawności wewnętrznej, lecz także łączy się ściśle z realizacją innych zasad procesu karnego, takich jak zasada kontryktoryjności czy zasada prawa do obrony.

Jawność wewnętrzna sądowego stadium procesu karnego przejawia się także poprzez swobodny dostęp do materiału dowodowego zgromadzonego w aktach sprawy. Udostępnienie stronom procesu akt sądowych nie jest bowiem warunkowane – tak jak to ma miejsce w postępowaniu przygotowawczym – uzyskaniem zgody od organu prowadzącego postępowanie, lecz jest ono swobodne i nieograniczone w trakcie całego postępowania jurysdykcyjnego. Tym samym podmioty wskazane w art. 156 § 1 k.p.k. mają prawo zapoznać się z aktami sprawy nie tylko w siedzibie sądu, lecz także w innym sądzie, w którym aktualnie się one znajdują³². W ramach postępowania jurysdykcyjnego udostępnieniu podlega całość akt sprawy karnej i brak jest możliwości odmowy dostępu do treści w nich zawartych, poza udostępnianiem szczególnego rodzaju dokumentów odnoszących się do świadka anonimowego, którego treść zeznań udostępniana jest w kancelarii tajnej.

6. Wnioski

Przedstawiona analiza obszarów jawności postępowania przygotowawczego z punktu widzenia zagadnienia prawa ochrony danych osobowych wskazuje, że ujawnienie danych personalnych osób występujących w ramach tej fazy postępowania występuje na zasadzie wyjątku i ogranicza się do ściśle określonych sytuacji procesowych. Poza nielicznymi przypadkami, w których tajność postępowania przygotowawczego zostaje wprost przepisami ograniczona na rzecz zasady jawności, to jed-

³² J. Grajewski, L. K. Paprzycki (red.), S. Steinborn, Kodeks postępowania karnego. Komentarz do art. 1–424 k.p.k., t. I, Warszawa 2013, s. 532.

nak granice jawności tej fazy postępowania każdorazowo wyznaczone są przez organy ścigania. Powoduje to, że dobro sprawy oceniane przez pryzmat jej charakteru (specyfiki) oraz etapu realizowanych w jego toku czynności stanowi podstawowy czynnik wyznaczający płaszczyznę zachowania w tajemnicy danych osobowych jednostki w postępowaniu przygotowawczym. Natomiast analiza zagadnienia jawności sądowego stadium procesu karnego z perspektywy prawa ochrony danych osobowych jednostki prowadzi do wniosku, że wartości prezentowane przez powyższe dobra nie stanowią wartości bezwzględnych i nie posiadają przymiotu absolutnego. Zakres poszanowania dóbr jednostki odnoszący się do prawa ochrony jej danych osobowych w ramach jurysdykcyjnego stadium procesu nie może więc być ustalany z pominięciem innych chronionych w procesie karnym wartości, w tym uprawnień innych podmiotów do jawnego rozpoznania sprawy. Tak i też zasada jawności procesu karnego z uwagi na ważny interes prywatny jednostki doznaje ograniczeń na rzecz prawa jednostki do zachowania w tajemnicy informacji osobowych. Niemniej to na etapie postępowania sądowego jawność zewnętrzna i wewnętrzna jest najpełniej realizowana. W fazie postępowania przygotowawczego te aspekty jawności doznają znacznie większych ograniczeń.

Pomimo nieco innego odniesienia aspektów zasady jawności w poszczególnych fazach procesu karnego, wydaje się, że podejście do ochrony danych osobowych powinno być zróżnicowane w zależności od tego, czy chodzi o jawność zewnętrzną czy wewnętrzną. Zagwarantowanie właściwych warunków prowadzenia sporu procesowego przez strony – niezależnie od etapu postępowania – wymaga zapewnienia szerszego dostępu do informacji osobowych zgromadzonych w aktach sprawy. Jawność wewnętrzna służyć ma przede wszystkim wzmocnieniu gwarancji procesowych stron i zagwarantowaniu im równej pozycji procesowej. Dlatego też zrozumiałe jest pewne ograniczenie prawa ochrony danych osobowych innych uczestników na rzecz realizacji uprawnień stron postępowania. Co istotne, w ramach jawności wewnętrznej postępowania informacje osobowe w dalszym ciągu pozostają w sferze procesu karnego. Z kolei na skutek realizacji jawności zewnętrznej, czy to na etapie postępowania przygotowawczego czy jurysdykcyjnego, dane osobowe uczestników postępowania ujawniane są poza procesem karnym. Stąd zasada jawności zewnętrznej w kontekście ochrony danych osobowych jednostki postrzegana jest przez pryzmat wywołania negatywnych następstw w sferze prywatnej jednostki. Kontrola zewnętrzna sprawowana nad działalnością organów procesowych wiązać się może z ujawnieniem danych, których ujawnienie dla dobra jednostki nie powinno mieć

miejsca, a tym samym może powodować znacznie większe dolegliwości w sferze prywatnej jednostki niż ujawnienie tych danych uczestnikom postępowania w ramach zasady jawności wewnętrznej. Z tych też powodów podejście do ochrony danych osobowych wobec poszczególnych aspektów zasady jawności powinno być zróżnicowane.

Warto jednak dodać, że zasada jawności oraz zasada ochrony prywatności uznane zostały w orzecznictwie i w piśmiennictwie za równorzędne i zaznaczono, że w niektórych przypadkach pierwszeństwo powinno przypaść właśnie zasadzie ochrony życia prywatnego³³. W sytuacji, w której zachodzić będzie potrzeba wyważenia interesu strony domagającej się wyłączenia jawności i interesu społeczeństwa, ten pierwszy interes powinien górować nad drugim.

Na marginesie z kolei zaznaczyć należy, że zasada jawności w ramach postępowania wykonawczego nie znajduje szerszego zastosowania. Związane jest to ze szczególnym charakterem tego stadium postępowania, w trakcie którego ma nastąpić resocjalizacja skazanego. W trakcie wykonawczego stadium procesu karnego wszelkie czynności procesowe dotyczące osoby skazanej rozpoznawane są na posiedzeniach bez udziału publiczności. Natomiast krąg podmiotów uczestniczących podczas tych posiedzeń jest ściśle określony i poza tymi osobami w trakcie rozpoznawania sprawy wykonawczej mogą przebywać jedynie osoby, których udział ma znaczenie dla rozstrzygnięcia danej sprawy (art. 22 k.p.w.).

Personal data protection versus principle of openness of criminal proceedings

Abstract

This paper discusses the relationship between the individual's right to have their personal data protected and the principle of openness of criminal proceedings. The individual's interests regarding the protection of their personal data and the assumptions behind the principle of openness are collated. As the degree of openness regarding personal data of participants in the proceedings varies across criminal proceedings be-

³³ Zob. wyrok TK z dnia 20 marca 2006 r., sygn. K 17/05, LEX nr 182494; J. Karczewski, T. Stawecki, Prywatność i jawność – ważenie zasad prawnych, (w:) A. Mednis (red.), Prywatność a jawność – bilans 25-lecia i perspektywy na przyszłość, Warszawa 2016, s. 139.

cause of a different nature and purposes of preparatory, jurisdictional and enforcement procedures, the relationship between the principle of openness and the right to personal data protection is examined at various levels of criminal proceedings. Moreover, this paper answers the question of whether the approach to the personal data protection should be always the same or vary depending on whether openness is towards participants of proceedings, or third parties.

Paweł Opitek¹

Wybrane aspekty pozyskiwania dowodów cyfrowych w sprawach karnych

Streszczenie

W artykule opisano problemy związane z zabezpieczaniem i uzyskiwaniem dowodów cyfrowych w ramach współpracy międzynarodowej w sprawach karnych oraz przedstawiono zmiany zachodzące w tej dziedzinie. Chodzi o kształtujący się nowy model współpracy, który koncentruje się przede wszystkim na ułatwianiu dostępu do danych i przyspieszeniu ich wydania. Są to warunki niezbędne do skutecznej walki z cyberprzestępczością. Służy temu europejski nakaz dochodzeniowy przyjęty przez kraje Unii Europejskiej, uchwalony w Stanach Zjednoczonych – The Clarifying Legful Overseas Use Data Act oraz będące w trakcie przygotowania przez Komisję Europejską: europejski nakaz wydania i europejski nakaz zabezpieczenia materiału dowodowego.

1. Charakterystyka problemu

Praktyka prowadzenia spraw karnych pokazuje, że coraz częściej materiał dowodowy ma postać danych cyfrowych. Chodzi o różny zakres informacji binarnej: od podstawowych rekordów o abonencie usługi teleinformatycznej, przez dzienniki rejestrujące, kiedy użytkownik lub adres IP uzyskał dostęp do serwisu (tzw. logi), po metadane i treści przekazu. Dodatkowo ślady cyfrowe są przetwarzane i gromadzone przez firmy prywatne, posiadające w wielu przypadkach siedzibę poza Polską, a więc poza krajową jurysdykcją. W takiej sytuacji realizacja wniosków o pomoc prawną i wydanie dowodów cyfrowych trwa bardzo długo, o ile w ogóle odpowiedź zostanie uzyskana. Wynika to z kilku przyczyn: za-

¹ Doktor nauk prawnych, prokurator Prokuratury Rejonowej Kraków-Podgórze delegowany do Prokuratury Krajowej, ekspert Instytutu Kościuszki ds. Cyberbezpieczeństwa, wykładowca KSSiP, członek Strumienia Blockchain/DLT i Waluty Cyfrowe przy Ministerstwie Cyfryzacji oraz Polskiego Towarzystwa Kryminalistycznego; absolwent studiów dziennikarskich, studiów podyplomowych z zakresu cyberprzestępczości oraz studium pedagogiki i psychologii.

graniczny organ realizujący wniosek musi uzyskać nakaz sądowy, jeśli informacja dotyczy treści przekazu, a może się zdarzyć, że infrastruktura telekomunikacyjna przechowująca dane zlokalizowana jest w jeszcze innym kraju, aniżeli siedziba firmy i państwa-strony wykonującego pomoc. Zdefiniowany problem jest powiązany z funkcjonowaniem tzw. chmury obliczeniowej (*cloud computing*): najwięksi dostawcy usług internetowych nie posiadają serwerów w każdym państwie, ale dla optymalizacji kosztów działalności biznesowej i sprawnego zarządzania ruchem sieciowym przetrzymują dane na kilkunastu dużych serwerowniach zlokalizowanych na całym świecie, a więc podlegających różnym przepisom regulującym wydanie materiału dowodowego. O ile dawniej dane generowane na konkretnym urządzeniu (np. komputerze) były następnie przechowywane na jego dysku twardym, to dzisiaj wysyłane są „gdzieś w eter”. Chodzi o mobilność i eksterytorialność danych: interesująca nas informacja dzisiaj może znajdować się na serwerach w Irlandii, ale już jutro zostanie przesłana do centrów w Azji, jeśli konieczność taka wyniknie z polityki zarządzania zasobami przyjętej przez konkretną korporację. Sprawa komplikuje się jeszcze bardziej, jeśli dowody elektroniczne są „pokawałkowane”, a ich poszczególne części umiejscowione w różnych szerokościach geograficznych.

Opisane sytuacje rodzą poważne trudności dla organów ścigania w gromadzeniu dowodów cyfrowych w postępowaniu karnym, gdyż tradycyjne, transgraniczne mechanizmy współpracy między rządami są powolne w porównaniu z szybkim tempem transmisji, relokacji lub usuwania danych. Dobrym przykładem jest *botnet*, a więc sieć zainfekowanych komputerów, kontrolowana przez centralny serwer (tzw. *Command & Control*) lub działająca na zasadzie *peer-to-peer*, wykorzystywana do rozsyłania spamu lub złośliwego oprogramowania do setek tysięcy komputerów. *Botnet* można określić mianem obiektu szybko zmieniającego lokalizację w cyberprzestrzeni i niełatwo jest usytuować aktualny serwer C&C: może on emigrować z jednej domeny do drugiej co kilka minut bez jakichkolwiek ograniczeń terytorialnych. Dlatego trudno walczyć z siecią „komputerów-zombie”; w tym celu stosuje np. technikę *sinkholingu* polegającą na przekierowaniu ruchu z zainfekowanych numerów IP do serwerów zarządzanych przez służby ochrony prawa zamiast do punktów C&C. *Sinkholing* cechuje jednak ograniczona skuteczność i na ogół nie oznacza definitywnej likwidacji problemu: przejęte *botnety* po pewnym czasie odbudowują się w ulepszonej wersji po to, by zarządzające nimi osoby mogły kontynuować działalność przestępczą. Mechanizm taki dotyczył *botnetu* o nazwie *Kelihos*, który po neutralizacji w 2011 r. odrodził

się, jako *Hlux* z dodatkowymi funkcjami przeznaczonymi do kradzieży portfeli bitcoinowych, czy adaptacji przejętego komputera do kopania kryptowalut.

Problem uzyskiwania zasobów cyfrowych wiąże się z możliwością badania przez prokuratora prywatnych zasobów danych zlokalizowanych za granicą. Zdarza się, że podczas oględzin lub przeszukania systemu informatycznego (np. zawartości laptopa podłączonego do Internetu), ujawnione linki czy inne odnośniki prowadzą do baz umieszczonych na serwerach zagranicznych. Prawo nie pozwala na bezpośrednią eksploatację takich zasobów z pominięciem międzynarodowej pomocy prawnej, chociaż śledczy wykazują niejednokrotnie praktyczne podejście do problemu: ważne ślady cyfrowe należy zabezpieczyć, a potem znaleźć rozwiązanie, jak uznać je za pełnoprawny materiał dowodowy. Jest to zrozumiałe w sytuacji, kiedy w niebezpieczeństwie jest życie lub zdrowie ludzkie, a zapoznanie się z danymi warunkuje przeciwdziałanie takiemu zagrożeniu albo brak zabezpieczenia danych może skutkować ich bezpowrotną utratą. W podobnej sytuacji policja niemiecka aresztowała obywatela syryjskiego pod zarzutem handlu ludźmi, który wykorzystywał kryzys emigracyjny do nielegalnego transportu osób z Turcji nad Ren tzw. szlakiem bałkańskim. Śledczy zabezpieczyli od podejrzanego m.in. smartfon zawierający dane identyfikujące pozostałych członków grupy przestępczej oraz ślady wykorzystania komunikatora *WhatsApp* w nielegalnej działalności. Chociaż rozmowy na *WhatsApp* zostały usunięte z telefonu, to ich kopia zapasowa znajdowała się w wirtualnej chmurze o nieustalonej lokalizacji serwera i służby niemieckie skorzystały z możliwości bezpośredniego dostępu do informacji przez zajęte urządzenie mobilne².

Następna kwestia to rozbudowana struktura administratorów usług sieciowych: istotne dla dochodzenia informacje niejednokrotnie znajdują się w posiadaniu wielu podmiotów: firm z zakresu łączności elektronicznej, zarządców platform społecznościowych czy dostawców usług infrastruktury internetowej i rynków cyfrowych. Każdy z nich potencjalnie może znajdować się w dowolnym miejscu na świecie, ponieważ usługi sieciowe są świadczone na odległość, niezależnie od granic terytorialnych.

² Commission Staff Working Document. Impact Assessment. Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council on European Production and Preservation Orders for electronic evidence in criminal matters and Proposal for a Directive of the European Parliament and of the Council laying down harmonised rules on the appointment of legal representatives for the purpose of gathering evidence in criminal proceedings, Brussels, 17 kwietnia 2018 r., [http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?qid=1524129550845&uri=SWD:2018:118:FIN/Commission Staff Working Document/](http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?qid=1524129550845&uri=SWD:2018:118:FIN/Commission%20Staff%20Working%20Document/), data dostępu: 24 kwietnia 2018 r.

Wszystko to sprawia, że państwa *de facto* nie mają nadzoru nad informacją binarną, a roszczenia poszczególnych rządów do zachowania suwerennej kontroli nad danymi stają się coraz bardziej iluzoryczne. Stawia to problem także dla komercyjnych podmiotów działających na cyfrowym rynku, które często nie realizują nakazów sądowych wydanych w jednym kraju, ale dotyczących zasobów znajdujących się na innym terytorium, gdyż mogłyby narazić się na zarzut łamania prawa obowiązującego w miejscu usytuowania serwerów.

Komisja Europejska zdefiniowała wprost opisane wcześniej trudności: „Problem polega na tym, że niektóre przestępstwa nie mogą być skutecznie badane i ścigane w UE z powodu wyzwań związanych z transgranicznym dostępem do dowodów elektronicznych”³. Zagadnienie stało się na tyle istotne, że ostatnimi czasy rządy poszczególnych państw i społeczność międzynarodowa podjęły szereg działań w kierunku zbudowania nowego ładu prawnego w zakresie uzyskiwania dowodów cyfrowych w sprawach karnych. Celem artykułu jest zaprezentowanie już obowiązujących oraz planowanych regulacji na omawianym polu: systemu MLAT, europejskiego nakazu dochodzeniowego, *Clarifying Lawful Overseas Use Data Act* oraz prac Komisji Europejskiej nad usprawnieniem współpracy organów sądowych z firmami prywatnymi. Opisane zostaną w skrócie rozwiązania przyjęte w Niemczech i Wielkiej Brytanii, jako przykład nowoczesnych metod zbierania danych cyfrowych w ramach czynności operacyjno-rozpoznawczych. Każde zagadnienie stanowi ważną i obszerną dziedzinę wiedzy, jednak format niniejszego opracowania nie pozwala na ich szczegółową analizę. Zadaniem artykułu jest natomiast opisanie kierunku i rodzaju zmian zachodzących w modelu pozyskiwania danych cyfrowych w postępowaniu karnym na tle współczesnego obrazu cyberprzestępczości.

2. Dotychczasowe rozwiązania w zakresie uzyskiwania dowodów cyfrowych

Obecnie funkcjonują trzy „kanały” uzyskiwania danych cyfrowych na potrzeby postępowania karnego:

- współpraca sądowa między organami publicznymi,
- bezpośrednia współpraca między organem publicznym a usługodawcą oraz

³ Commission Staff Working Document, *op. cit.*

- bezpośredni dostęp do dowodów elektronicznych przez policję i inne służby.

W pierwszym przypadku prokurator „kraju A” kontaktuje się ze swoimi odpowiednikami w państwie lokalizacji siedziby usługodawcy i składa formalny wniosek o przeprowadzenie lub uzyskanie dowodu. W grę wchodzi dwie procedury:

- europejski nakaz dochodzeniowy w sprawach karnych (END) i
- system umów bilateralnych tzw. MLAT (*Mutual Legal Assistance Treaties*).

Nowe ramy prawne dotyczące współpracy w zakresie pozyskiwania dowodów cyfrowych określone zostały przez dyrektywę Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/41/UE z dnia 3 kwietnia 2014 r. w sprawie europejskiego nakazu dochodzeniowego w sprawach karnych⁴. END został wdrożony do polskiego systemu ustawą z dnia 10 stycznia 2018 r. o zmianie ustawy – Kodeks postępowania karnego oraz niektórych innych ustaw⁵ (art. 589w – 589zt k.p.k.) i zastąpił od dnia 7 lutego 2018 r. dotychczasowe instrumenty udzielania pomocy prawnej w sprawach karnych pomiędzy państwami członkowskimi Unii Europejskiej. END oparty jest na zasadzie wzajemnego uznawania postanowień dotyczących środków dowodowych, umożliwia bezpośrednią komunikację między organami prowadzącymi sprawy karne, skraca terminy realizacji pomocy, standaryzuje formularze do sporządzania wniosków oraz ogranicza możliwość odmowy ich uznania i wykonania do ściśle określonych przypadków.

Prokurator może wydać END dotyczący czynności dochodzeniowych mających na celu przeprowadzenie lub uzyskanie cyfrowego materiału dowodowego, m.in. zatrzymania urządzenia zawierającego dane informatyczne lub systemu informatycznego w zakresie danych przechowywanych w tym urządzeniu lub systemie oraz przeszukania urządzenia lub systemu przechowującego dane celem ich wykrycia lub zatrzymania. Niekiedy decyzję o wydaniu END będzie zatwierdzał sąd, jeśli polska procedura wymaga jego zgody dla przeprowadzenia dowodu, np. odnośnie wniosku policji dotyczącego uzyskania i utrwalania danych zawartych na nośnikach informatycznych zlokalizowanych na terytorium Niemiec (art. 19 ust. 6 pkt 4 ustawy o Policji⁶). Punkt wyjścia powinno stanowić w takiej sprawie uzgodnienie z organem państwa wykonania postanowienia, czasu trwania oraz warunków wdrożenia zleconej czynności, a w szczególności, czy pod względem prawnym i technicznym realizacja planowanego END u naszego zachodniego sąsiada jest w ogóle możliwa. W przypadku odpowiedzi

⁴ Dz. Urz. UE L 130 z dnia 1 maja 2014 r., s. 1–36.

⁵ Dz. U. z 2018 r., poz. 201.

⁶ Dz. U. z 2017 r., poz. 2067 z późn. zm.

pozytywnej, Komendant Główny Policji wydaje europejski nakaz dochodzeniowy i, przy braku sprzeciwu Prokuratora Generalnego, składa wniosek do sądu o orzeczenie w przedmiocie zarządzenia realizacji kontroli. Jeśli sąd wyda zgodę, to Policja przesyła przetłumaczony europejski nakaz dochodzeniowy do Niemiec celem wykonania.

Możliwości uzyskiwania dowodów cyfrowych w ramach omawianej instytucji potwierdza wzór formularza END⁷: w części „C”, jako jedną z możliwych czynności dochodzeniowych, wskazano: „przechwytywanie przekazów telekomunikacyjnych” dotyczących m.in. terroryzmu i przestępczości komputerowej (część „G”). W takiej sytuacji strona zlecająca musi uzasadnić, dlaczego taki środek dochodzeniowy jest istotny dla celów postępowania karnego, podać dane identyfikujące osobę objętą postępowaniem karnym, której dotyczy przechwytywanie, pożądany okres gromadzenia informacji oraz dane techniczne systemu lub urządzenia (w szczególności identyfikator celu, np. telefon komórkowy, telefon stacjonarny, adres poczty elektronicznej czy połączenia internetowego), by umożliwić wykonanie nakazu (część „H”).

Europejski nakaz dochodzeniowy, oprócz niewątpliwych zalet, posiada także pewne ograniczenia. Pierwsze i podstawowe to wciąż zbyt długi okres realizacji wniosków: postanowienie w przedmiocie wykonania END powinno zostać wydane najpóźniej w terminie 30 dni od jego otrzymania; jeśli zachowanie terminu jest niemożliwe, to w ciągu kolejnych 30 dni od jego wpływu. Czas realizacji czynności wynosi 90 dni licząc od daty wydania postanowienia o wykonaniu END, a w przypadku niemożności jego dotrzymania istnieje obowiązek powiadomienia wnioskodawcy o opóźnieniu wraz z notyfikacją przewidywanego terminu realizacji. Wynika z tego, że załatwienie wniosku zajmuje niekiedy 120 dni i więcej, co w sprawach dotyczących np. cyberprzestępczości skutkować może bezpowrotną utratą materiału dowodowego lub niemożnością efektywnego ustalenia lub ścigania sprawcy. Przepisy nakładają co prawda obowiązek orzekania o wykonaniu END w ciągu 24 godzin, gdy zachodzi konieczność zabezpieczenia śladów przed ich utratą, zniekształceniem lub zniszczeniem, ale będą to sytuacje szczególne i ograniczone w praktyce. Idea wprowadzenia END była taka, że bezpośrednio uprawniony do przygotowania i złożenia wniosku będzie każdy prokurator prowadzący postępowanie przygotowawcze. Urzeczywistnienie tego postulatu wyma-

⁷ Rozporządzenie Ministra Sprawiedliwości z dnia 8 lutego 2018 r. w sprawie określenia wzoru formularza europejskiego nakazu dochodzeniowego (Dz. U. z 2018 r., poz. 366).

ga zmiany w Regulaminie prokuratorskim⁸, gdyż na dzień dzisiejszy, zgodnie z notyfikacją Ministerstwa Sprawiedliwości z dnia 7 lutego 2018 r., organami wykonującymi END w Polsce na etapie postępowania przygotowawczego są prokuratury okręgowe.

Druga ścieżka współpracy sądowej między organami publicznymi, tj. system MLAT, opiera się na zawartych pomiędzy państwami dwustronnych umowach o wzajemnej pomocy prawnej. Na ich podstawie organy ścigania w jednym kraju mogą ubiegać się o dostęp do danych zlokalizowanych w państwie-stronie umowy. Fundamentem systemu MLAT jest idea współpracy pomiędzy krajami w zakresie ścigania przestępczości oparta na wzajemnym poszanowaniu swoich praw: polska prokuratura może ubiegać się o wydanie danych cyfrowych ze Stanów Zjednoczonych, Kanady, Australii, czy Japonii na podstawie umów międzynarodowych w sprawie wzajemnej pomocy prawnej podpisanych przez UE z wymienionymi krajami. System MLAT okazał się jednak nieefektywny, gdyż uzyskanie wnioskowanego materiału obarczone jest skomplikowanymi i sformalizowanymi procedurami, a przede wszystkim trwa zbyt długo. Szczególnie widać to we współpracy z USA, gdzie trafia największa liczba odeszów o pomoc prawną. Warunkiem uzyskania odpowiedzi z Ameryki jest szczegółowe opisanie i udokumentowanie wniosku, gdyż funkcjonuje tam zakaz tzw. *fishing expeditions*, czyli poszukiwania dowodów w miejscach, co do których nie ma pewności, że zawierają jakiegokolwiek dane istotne dla dochodzenia. Najtrudniej otrzymać odpowiedź zwrotną w kwestiach dotyczących wolności słowa czy drobnych przestępstw ze względu na regułę *de minimis* wynikającą z obowiązującej za Oceanem zasady oportunisty. Ostatecznie uzyskanie odpowiedzi ze Stanów Zjednoczonych, o ile dane w ogóle zostaną przekazane, trwa od 8 do 15 miesięcy.

Problem jest znaczący, bo według danych Komisji Europejskiej, ponad dwie trzecie spraw dotyczących przestępstw nie może być efektywnie prowadzona z powodu trudności w transgranicznym dostępie do dowodów cyfrowych. Wyniki zamieszczone w tabeli poniżej wskazują, że uzyskanie informacji z wykorzystaniem oficjalnych procedur MLAT jest o wiele mniej skuteczne aniżeli zwrócenie się bezpośrednio do dostawcy usługi, szczególnie jeśli chodzi o firmy spoza UE.

⁸ Rozporządzenie Ministra Sprawiedliwości z dnia 7 kwietnia 2016 r. Regulamin wewnętrzny urzędowania powszechnych jednostek organizacyjnych prokuratury (Dz. U. z 2017 r., poz. 1206).

Tabela 1. Odsetek wystosowanych w dochodzeniach wniosków o udostępnienie elektronicznych dowodów znajdujących się za granicą, które nie zostały przyjęte lub zostały negatywnie rozpoznane (wyniki uzyskano na podstawie badań ankietowych)⁹.

Rodzaj zapytania	Zapytanie skierowane do państwa UE		Zapytanie skierowane do państwa spoza UE	
	Z wykorzystaniem MLAT	Bezpośrednio do dostawcy usługi	Z wykorzystaniem MLAT	Bezpośrednio do dostawcy usługi
Dane przekazano z opóźnieniem	35%	25%	45%	15%
Danych nie przekazano	25%	25%	25%	15%
Inne przypadki	15%	5%	15%	10%
Łączny wynik	75%	55%	85%	40%

Jeśli współpraca sądowa jest często zbyt wolna i nieefektywna, to praktyczniejsze okazywały się działania podejmowane wprost pomiędzy zainteresowanymi stronami. Chodzi o sytuacje, gdy władza publiczna państwa A bezpośrednio kontaktuje się z usługodawcą mającym siedzibę w państwie B i żąda wydania danych cyfrowych zgodnie z własnymi, krajowymi przepisami postępowania karnego. Najczęściej taka forma zapytań kierowana jest do największych usługodawców: Microsoft Corporation, Google Inc., czy Yahoo!, ale nigdy nie można być pewnym pozytywnego załatwienia wniosku. Potentaci rynku niekiedy dobrowolnie odpowiadają prokuraturze, jeśli zapytania dotyczą danych niewymagających treści (np. identyfikujących zakończenia sieci, urządzenie końcowe i użytkowników końcowych inicjujących i odbierających połączenie). Istnieje pewne niebezpieczeństwo, że ustalenia faktyczne poczynione na podstawie opisanego obiegu informacji zostaną skutecznie podważane przed sądem jako mało wiarygodne i poczynione z obejściem przepisów Kodeksu postępowania karnego. Nie ma żadnych ogólnych, oficjalnych procedur regulujących bezpośrednio uzyskiwanie materiału dowodowego; przeciwnie – chodzi zazwyczaj o nieprzejrzyste do końca praktyki uzależnione od polityki konkretnej firmy, a usługodawca nie jest rozliczany z wiarygodności udzielonej odpowiedzi. W Polsce prokuratorzy wykorzystują uzyskane w ten sposób dane w prowadzonych sprawach, chociaż w piśmie Prokuratury Krajowej z dnia 12 sierpnia 2015 r. podkreślone zostało, że uzyskiwanie informacji o ruchu w sieci bezpośrednio od

⁹ Commission Staff Working Document, *op. cit.*

dostawców usług internetowych obejmujących identyfikację adresów IP i innych danych niezbędnych w sprawach przestępstw popełnionych za pośrednictwem Internetu bezpośrednio od dostawców usług internetowych mających swoją siedzibę w Stanach Zjednoczonych Ameryki i innych krajach powinno być ograniczone do współpracy ściśle policyjnej i dane uzyskane w ten sposób nie mogą być wykorzystywane jako alternatywa do wystąpienia z wnioskiem o pomoc prawną¹⁰.

Ostatni z trzech „alertów” uzyskiwania dowodów cyfrowych, to bezpośredni dostęp do danych. Mowa o przypadkach w których organy uzyskują dane z zagranicy bez żadnego pośrednika, np. podczas oględzin lub przeszukania systemu lub urządzenia (przeszukanie rozszerzone) lub po uzyskaniu danych logowania (wyszukiwanie zdalne). W co najmniej 20 państwach UE prawo krajowe upoważnia organy dochodzeniowe, po uzyskaniu zezwolenia sądu, do zdalnego przeszukania i przejęcia danych z urządzenia lub wirtualnego konta oraz zdalnego przechwytywania danych. Procedura bezpośredniego dostępu zyskuje na znaczeniu ponieważ informacje coraz częściej przechowywane są na serwerach znajdujących się w innym miejscu, prawdopodobnie poza granicami państwa realizacji czynności przeszukania, a nawet poza UE. Umiejscowienie terytorialne śladów binarnych może być wręcz niemożliwe do ustalenia dla organów ścigania np., gdy dane są hostowane w serwisach *darknetu*, które wykorzystują wiele warstw przekaźników IP w celu ukrycia lokalizacji pierwotnego źródła przekazu¹¹.

3. Clarifying Lawful Overseas Use Data Act

Największe firmy na rynku usług cyfrowych mają siedzibę w Stanach Zjednoczonych i podlegają prawu amerykańskiemu, zatem podstawowe znaczenie dla dostępu europejskich organów ścigania do dowodów w cyberprzestrzeni ma sytuacja prawna za Oceanem. Tamtejsze władze od lat toczyły batalie sądowe z Microsoftem, czy *Apple* o wydanie danych na potrzeby toczącego się postępowania karnego. Jedną z bardziej znanych spraw był *case* z 2016 r.: firma z Doliny Krzemowej odmówiła udostępnienia FBI *backdoora* (tj. kodu łamiącego zabezpieczenia kryptograficzne dostępu do danych) dedykowanego telefonowi *iPhone* zatrzymanemu od *Syeda Farooka* – terrorysty, który dnia 2 grudnia 2015 r. w miejscowości San Bernardino zastrzelił 14 osób. Ostatecznie Federal-

¹⁰ Pismo o sygn. PG V WM 0280/2/15.

¹¹ Commission Staff Working Document, *op. cit.*

ne Biuro Śledcze poradziło sobie z przełamaniem blokady, ale spór na linii administracja rządowa – biznes prywatny na temat interpretacji prawa do ochrony informacji komunikowania się stale narastał.

Podpisany przez prezydent Donalda Trumpa dnia 23 marca 2018 r. *Clarifying Lawful Overseas Use Data Act*¹² (CLOUD Act) jest pokłosiem innej sprawy United States v. Microsoft (zwanej „*Microsoft Ireland*”). Sąd musiał odpowiedzieć na pytanie: czy dostawca usług poczty elektronicznej, podlegający jurysdykcji USA, ma obowiązek zrealizować nakaz Departamentu Sprawiedliwości i wydać dane cyfrowe przechowywane poza granicami Stanów Zjednoczonych? W tym przypadku, miały one stanowić dowód w śledztwie o handel narkotykami. Powód argumentował, że usługodawca może bez problemu pobrać dane ze swoich serwerów za pośrednictwem sieci zlokalizowanej w Stanach bez względu na to, gdzie przechowuje bajty statuujące informację i rząd nie ma obowiązku stosowania procedury MLAT. Microsoft odmówił jednak wydania informacji tłumacząc, że byłoby to sprzeczne z prawem obowiązującym w miejscu przechowywania serwerów (tj. Irlandii); o uzyskanie danych Departament Stanu powinien zabiegać w Europie na podstawie irlandzkiego prawa. Chociaż sąd I instancji nie zgodził się z Microsoftem, to dnia 16 października 2017 r. Sąd Apelacyjny przychylił się do stanowiska firmy stwierdzając, że przepisy nie upoważniają organu krajowego do wydania i wykonania nakazu przeciwko usługodawcy z siedzibą w Stanach Zjednoczonych, ale w odniesieniu do treści komunikacji elektronicznej klienta przechowywanych na serwerach w innym państwie. Po wydaniu wyroku, oczywista stała się dla wszystkich konieczność przystosowania obowiązujących regulacji do realiów gospodarki cyfrowej. Sąd wezwał Kongres do zaktualizowania pochodzącego z 1986 r. *Electronic Communications Privacy Act*, który miał zastosowanie tylko w ramach jurysdykcji terytorialnej USA. Wbrew protestom organizacji ochrony praw człowieka, CLOUD Act poparli potentaci rynku usług cyfrowych: Apple, Facebook, Google, Microsoft i Oath: w wydanym dnia 6 lutego 2018 r. wspólnym oświadczeniu¹³ napisali, że ustawa stanowi konsensus pomiędzy ochroną prywatności użytkowników Internetu, a koniecznością uzyskiwania danych przez organy ochrony prawa.

¹² Tekst ustawy: [https://www.hatch.senate.gov/public/_cache/files/6ba62ebd-52ca-4cf8-9bd0-818a953448f7/ALB18102%20\(1\).pdf](https://www.hatch.senate.gov/public/_cache/files/6ba62ebd-52ca-4cf8-9bd0-818a953448f7/ALB18102%20(1).pdf), data dostępu: 26 kwietnia 2018 r.

¹³ <https://blogs.microsoft.com/datalaw/wp-content/uploads/sites/149/2018/02/Tech-Companies-Letter-of-Support-for-Senate-CLOUD-Act-020618.pdf>, data dostępu: 26 kwietnia 2018 r.

Zadaniem *Clarifying Lawful Overseas Use Data Act* jest zbudowanie efektywnego dostępu do danych cyfrowych gromadzonych przez dostawców sieciowych serwisów komunikacyjnych celem ochrony bezpieczeństwa publicznego oraz walki z najpoważniejszymi przestępstwami. Ustawa mówi, na jakich zasadach organy ścigania mogą uzyskiwać dostęp do dowodów ulokowanych przez firmy w innych jurysdykcjach, aniżeli siedziba organu wydającego nakaz: „Dostawca usług łączności elektronicznej lub zdalnej usługi obliczeniowej powinien przestrzegać obowiązków wynikających z ustawy w celu zachowania, tworzenia kopii zapasowej lub ujawnienia zawartości komunikacji przewodowej lub komunikacji elektronicznej oraz wszelkich zapisów lub innych informacji dotyczących klienta lub subskrybenta, która znajduje się w posiadaniu takiego dostawcy, pod jego opieką lub kontrolą, niezależnie od tego, czy taka komunikacja, zapis lub inne informacje znajdują się w Stanach Zjednoczonych lub poza nimi” – napisano w ustawie.

Wynika z tego, że *CLOUD Act* umożliwi amerykańskim organom ścigania (agencjom federalnym i lokalnym departamentom policji) dostęp do danych cyfrowych przechowywanych przez firmy amerykańskie za granicą i dotyczących osób fizycznych niezależnie od tego, gdzie mieszkają, gdzie wytworzone przez nich informacje są przechowywane i niezależnie od reżimu prawnego obowiązującego w miejscu lokalizacji danych. Dla Unii Europejskiej, a więc także Polski, podstawowe znaczenie ma inna regulacja zawarta w omawianej ustawie: przyznane prezydentowi USA prawo podpisywania dwustronnych umów wykonawczych (*executive agreements*). Umowa taka upoważnia obce państwo do uzyskiwania, z pominięciem drogi sądowej, danych cyfrowych znajdujących się na serwerach firm amerykańskich w każdym zakątku globu (z wyjątkiem danych dotyczących obywateli Stanów Zjednoczonych i osób przebywających na terytorium tego państwa, gdzie podstawę inwigilacji nadal będzie stanowił nakaz sądowy). Warunkiem zawarcia umowy z zagranicznymi rządami jest przyznanie amerykańskim organom ścigania wzajemnego dostępu do danych na terytorium państwa-strony porozumienia. Dodatkowo, postanowienia *executive agreements* nie mogą dopuszczać do omijania prawa przez służby amerykańskie poprzez zbieranie danych o obywatelach USA pod legendą sprawdzania obcokrajowców.

Zawarcie *executive agreement* obwarowane jest spełnieniem szczegółowej procedury: podpis prezydenta musi być poprzedzony konsultacjami z Kongresem i Departamentem Sprawiedliwości: Kongres przeprowadza audyt, czy kraj-strona przyszłej umowy przestrzega podstawowych standardów demokratycznego państwa prawnego i posiada sys-

tem zapewniający faktyczną ochronę praw i wolności obywatelskich. Na poziomie kontroli *in concreto*, w *CLOUD Act* wbudowane są „mechanizmy blokujące” dostęp do danych także po wejściu umowy w życie. Firma zobowiązana do wydania informacji ma prawo w ciągu 14 dni od otrzymania wniosku, wystąpić do sądu o uchylenie lub zmodyfikowanie wniosku państwa obcego podnosząc np., że jest to sprzeczne z interesami Stanów Zjednoczonych lub wnioskodawca może uzyskać żądane dane w inny, o wiele mniej „inwazyjny” sposób. Ostatecznie amerykański sąd rozstrzyga, kto w sporze ma rację po przeprowadzeniu analizy zgodności z prawem wniosku i uchyla go, jeśli np. jego realizacja stanowiłaby pogwałcenie przepisów innego kraju lub zagroziła suwerenności USA.

CLOUD Act dotyczy przestępstw o najpoważniejszym ciężarze gatunkowym: aktów terroryzmu czy pornografii dziecięcej. Wniosek o wydanie informacji musi spełniać szereg wymogów w tym m.in. uprawdopodobniać, że dane odnoszą się do konkretnego, rzeczywiście popełnionego czyn zabronionego, a ponadto system prawny państwa-interesariusza przewiduje kontrolę sądu lub innego niezawisłego organu nad pozyskiwaniem dowodów cyfrowych. Nie zmieni się zatem charakterystyczna dla Stanów Zjednoczonych wstrzeźliwość w realizacji wniosków o pomoc prawną w sprawach karnych, które są odrzucane (pozostawione bez biegu), jeśli wartość szkody nie przekracza 5 tys. dolarów lub dotyczy czynów o mniejszym ciężarze gatunkowym. W ostatecznym rozrachunku jednak wprowadzenie *Clarifying Lawful Overseas Use Data Act* jest właściwym krokiem w kierunku walki z szeroko pojętą cyberprzestępczością: umożliwia skuteczne pozyskiwanie w krótkim czasie dowodów cyfrowych dotyczących poważnych przestępstw, wspiera międzynarodową współpracę w sprawach karnych i ujednolica system pozyskiwania danych. Warto dodać, że opisana wcześniej sprawa „*Microsoft Ireland*”, po wejściu w życie *CLOUD Act*, zakończyła się wycofaniem z sądu wzajemnych roszczeń przez rząd i Microsoft, a Departament Sprawiedliwości Stanów Zjednoczonych wydał niezwłocznie nowy, tym razem skuteczny nakaz wydania dowodów cyfrowych w sprawie narkotykowej.

4. Działania Komisji Europejskiej

Komisja Europejska, na zlecenie Rady Europy, państw członkowskich i Parlamentu Europejskiego, od kwietnia 2015 r. badała obowiązujące regulacje w zakresie uzyskiwania z zagranicy dowodów cyfrowych przez europejskie organy ścigania. Celem analizy było zdefiniowanie przeskód utrudniających prowadzenie spraw kryminalnych w kontekście

transgranicznego dostęp do informacji. Konkluzje i propozycje rozwiązań opublikowano w czerwcu 2016 r.¹⁴ podając jednocześnie szereg praktycznych środków, które należy podjąć w kierunku usprawnienia wzajemnej pomocy prawnej, poprawy współpracy między władzami państw członkowskich i usługodawcami teleinformatycznymi mającymi siedzibę w państwach trzecich oraz zdefiniowania i egzekwowania jurysdykcji w cyberprzestrzeni. Zalecono w szczególności lepszą kooperację poprzez standaryzację formularzy i wykorzystanie narzędzi elektronicznych, efektywniejszą współpracę z usługodawcami oraz przeprowadzenie konsultacji w sprawie powołania łączników mających decydować o jurysdykcji w egzekwowaniu przepisów.

Wspomniane postulaty znalazły odzwierciedlenie w dokumencie Komisji z dnia 18 kwietnia 2018 r. pt. „Wniosek dotyczący rozporządzenia Parlamentu Europejskiego i Rady w sprawie europejskiego nakazu wydania i zabezpieczenia materiału dowodowego w sprawach karnych oraz Wniosek dotyczący rozporządzenia Parlamentu Europejskiego i Rady w sprawie harmonizacji prawa do wyznaczenia przedstawiciela prawnego w celu egzekwowania decyzji gromadzenia dowodów w postępowaniu karnym¹⁵”. Zaproponowano w nim nowe instrumenty:

- europejski nakaz wydania materiału dowodowego (*European Production Order*): organ sądowy¹⁶ w jednym państwie UE będzie mógł wystąpić o elektroniczny materiał dowodowy bezpośrednio do dostawcy oferującego usługi w Unii i mającego siedzibę lub przedstawicielstwo w innym państwie członkowskim, bez względu na lokalizację informacji. Dostawca usług będzie zobowiązany do udzielenia odpowiedzi w terminie 10 dni, a w pilnych przypadkach (np. zagrożenia zdrowia lub życia ludzkiego, czy infrastruktury krytycznej państwa) – w ciągu 6 godzin;
- europejski nakaz zabezpieczenia danych (*European Preservation Order*): pozwoli organom sądowym w jednym państwie członkowskim zobowiązać dostawcę oferującego usługi w Unii i mającego siedzibę lub przedstawicielstwo w innym państwie członkowskim do zabezpieczenia konkretnych danych, aby umożliwić organowi dochodzeniowemu wystąpienie o zabezpieczone informacje w późniejszym terminie w ra-

¹⁴ Konkluzje Rady o usprawnieniu wymiaru sprawiedliwości w sprawach karnych w Cyberprzestrzeni, <http://www.consilium.europa.eu/pl/press/press-releases/2016/06/09/criminal-activities-cyberspace/pdf>, data odczytu: 30 kwietnia 2018 r.

¹⁵ Commission Staff Working Document, *op. cit.*

¹⁶ W nomenklaturze Komisji Europejskiej pod pojęciem „organ sądowy”, oprócz sądu, mieści się także prokuratura.

mach wzajemnej pomocy prawnej, europejskiego nakazu dochodzeniowego lub europejskiego nakazu wydania materiału dowodowego¹⁷.

Nakazy będą obowiązywać tylko w sprawach karnych w zakresie wszelkiego rodzaju danych: nazwy abonentów, rekordów dostępu do sieci, danych charakteryzujących ruch (*non-content data*) oraz zawierających treść przekazu (*content data*). Oba nakazy mogą dotyczyć dostawców usług internetowych, administratorów platform społecznościowych i domen internetowych, wirtualnych sklepów, dostawców infrastruktury sieciowej, czy firm zarządzających numerami IP.

Podstawowa różnica pomiędzy END, a europejskim nakazem wydania materiału dowodowego i europejskim nakazem zabezpieczenia danych jest taka, że dwa ostatnie skierowane są bezpośrednio do firm komercyjnych, które w ramach swojej działalności biznesowej gromadzą ślady cyfrowe. Wynika z tego, że państwo-siedziba usługodawcy, co do zasady, nie będzie zaangażowane w procedurę realizacji wniosków, chyba że podmiot zobowiązany do wydania informacji uzna, iż nakaz jest sprzeczny z prawem i zaskarży go do sądu. Podobnie jak ma to miejsce w *CLOUD Act*, przepisy mają gwarantować firmom świadczącym usługi internetowe prawo wystąpienia o rewizję nakazu, jeżeli np. narusza on w oczywisty sposób Kartę praw podstawowych UE. Dostawca usług cyfrowych może sprzeciwić się nakazowi, jeśli uważa, że jest on sprzeczny z jurysdykcją obowiązującą w miejscu zlokalizowania serwerów¹⁸. W procedurze realizacji nakazów przewidziano wszystkie gwarancje procesowe stron postępowania na poziomie ochrony praw podstawowych i danych osobowych (np. udział organów sądowych w rozpatrywaniu zażaleń oraz wnioskowaniu o wydanie informacji szczególnie wrażliwych). Ich wydanie jest dopuszczalne, jeśli przeprowadzenie takiej samej czynności dotyczącej podobnego przestępstwa jest przewidziane w jurysdykcji państwa ulokowania danych cyfrowych. O ile uzyskanie danych abonenta i rekordów dostępu do sieci dopuszczalne jest w każdej sprawie, to dane o treści można gromadzić tylko wtedy, gdy procedowany czyn stanowi w miejscu ich transmisji lub składowania przestępstwo zagrożone karą co najmniej 3 lat pozbawienia wolności lub ma charakter terrorystyczny.

¹⁷ Projekt dyrektywy ustanawiającej europejski nakaz wydania materiału dowodowego i europejski nakaz zabezpieczenia danych znajduje się w dokumencie: Proposal for a Directive of The European Parliament and of The Council laying down harmonised rules on the appointment of legal representatives for the purpose of gathering evidence in criminal proceedings, Strasbourg 17 kwietnia 2018 r., https://ec.europa.eu/info/law/better-regulation/initiatives/com-2018-226_en, data odczytu: 2 maja 2018 r.

¹⁸ Proposal for a Regulation, *op. cit.*

Europejski nakaz wydania materiału dowodowego odnosi się do konkretnych spraw karnych, a więc do zdarzenia, które już miało miejsce, niezależnie, czy sprawca przestępstwa został ustalony, czy też w momencie sporządzenia nakazu jest nieznany. Z kolei nakaz zabezpieczenia danych pozwala na zabezpieczenie informacji binarnych gromadzonych w momencie wydania nakazu i nie może uwzględniać zatrzymania abstrakcyjnych danych „na przyszłość”. Omawiane decyzje odnoszą się do całego postępowania karnego, tj. od momentu wszczęcia dochodzenia, aż po wydanie prawomocnej decyzji końcowej¹⁹.

Problemem jest częsty brak uprawnionego podmiotu do realizacji wniosków w sprawie dowodów cyfrowych – chodzi o sytuację, kiedy do końca nie wiadomo, komu skutecznie doręczyć decyzję o wydaniu lub zabezpieczeniu danych. Dostawców usług działających na rynku wewnętrznym UE można podzielić na trzy główne kategorie:

- firmy z siedzibą w państwie członkowskim, oferujące usługi na terytorium tylko tego państwa,
- mające siedzibę w państwie członkowskim, oferującym usługi w kilku unijnych krajach oraz
- z siedzibą poza Unią, oferujące usługi w jednym lub kilku państwach UE.

W przypadku tych ostatnich podmiotów chodzi o największych usługodawców na globalnym rynku. Trudności w uzyskaniu od nich informacji wynikają często z braku prawnego przedstawicielstwa korporacji na Starym Kontynencie. Na chwilę obecną poszczególne kraje próbowały na różne sposoby rozwiązać ten problem, np. zgodnie z niemiecką Ustawą o egzekwowaniu prawa sieciowego dostawca platform społecznościowych jest zobowiązany do wyznaczenia na terenie Niemiec przedstawiciela uprawnionego do realizacji wniosków o wydanie danych cyfrowych pod groźbą 500 tys. euro kary za niespełnienie tego obowiązku. Podobne przepisy procedują obecnie Włochy, chociaż znane są także i inne mechanizmy, np. prawo belgijskie zakłada egzekwowanie decyzji krajowych organów ochrony prawa bezpośrednio wobec usługodawców z wykorzystaniem ich siedzib za granicą²⁰.

W odpowiedzi na podobne wyzwania, Komisja Europejska przygotowała projekt Dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady w sprawie ustanowienia przedstawiciela prawnego (*the legal representative*) dla celów gromadzenia dowodów cyfrowych w postępowaniu karnym²¹. Chodzi

¹⁹ Tamże.

²⁰ Proposal for a Directive of The European Parliament and of The Council laying down harmonised rules on the appointment of legal representatives, *op. cit.*

²¹ Tamże.

o wymuszenie na dostawcach szeroko definiowanych usług internetowych, którzy świadczą usługi na terenie UE (niezależnie, gdzie formalnie znajduje się ich siedziba), aby wyznaczyli pełnomocników na Starym Kontynencie. Może nim zostać osoba fizyczna lub prawna, która działa w imieniu usługodawcy. Zgodnie z procedowaną Dyrektywą, firma zobowiązana będzie do oficjalnego, pisemnego powiadomienia organów państwowych o ustanowieniu takiego przedstawiciela, miejscu jego siedziby i danych kontaktowych. Kompetencje przedstawiciela dotyczą zbadania zgodności z prawem, a następnie realizacji nakazów wydania lub zabezpieczenia dowodów cyfrowych doręczonych przez państwo UE. Efektywność i przejrzystość planowanych rozwiązań ma zagwarantować obowiązek notyfikacji przez poszczególne kraje powołanych na ich terytorium siedzib przedstawicieli oraz zorganizowanie własnego zaplecza logistycznego („uprawnień i zasobów”) do pośrednictwa w realizacji nakazów pochodzących od innych państw Unii. Rządy goszczące przedstawicieli mają ponadto obowiązek czuwania nad skuteczną realizacją wniosków m.in. poprzez stworzenie mechanizmu umożliwiającego pociągnięcie przedstawiciela do odpowiedzialności za nieprzestrzeganie postanowień Dyrektywy, zapewnienia sprawnego przepływu informacji i udzielania sobie wzajemnej pomocy w zakresie spójnego wprowadzenia w życie nowych regulacji.

5. Nowoczesne formy wywiadowcze gromadzenia danych cyfrowych

Oprócz działań podejmowanych przez państwa na rzecz usprawnienia międzynarodowego systemu gromadzenia dowodów cyfrowych, także pojedyncze kraje wprowadzają w tym zakresie własne rozwiązania. Impuls stanowi coraz częstsze przenoszenie aktywności ludzkiej do wirtualnego świata w tym działań przestępczych związanych z terroryzmem i cyberprzestępczością. Swego czasu, po opublikowaniu tajnych materiałów przez Edwarda Snowdena w 2013 r., głośno było o PRISM – tajnym programie szpiegowskim amerykańskiej Agencji Bezpieczeństwa Narodowego (NSA). Jego działanie polegała na automatycznym przeszukiwaniu serwerów sieci Internet w celu wykrywania najpoważniejszych zagrożeń związanych z terroryzmem, ale „przy okazji” tak skonstruowane algorytmy śledziły komunikację setek tysięcy „neutralnych” osób na całym świecie. W tym przypadku nie obyło się bez współpracy sektora prywatnego z amerykańskim rządem, gdyż do programu PRISM przystąpiły największe przedsiębiorstwa branży internetowej (Google, Apple, Facebook, Skype, Yahoo! i Microsoft). Organy śledcze Republiki Federalnej Niemiec z kolei

mają prawo monitorowania usług aplikacji typu „messenger” przed lub po ich zaszyfrowaniu poprzez zainstalowanie na laptopie, telefonie, czy tablecie figuranta tzw. trojana (tj. programu służącego do przejęcia kontroli nad „za-infekowanym” komputerem). W wyniku działań operacyjno-rozpoznawczych można w taki sposób przejąć władztwo nad maszyną i śledzić przepływ informacji pomiędzy komunikującymi się osobami. Informacje ukazujące się w niemieckich mediach potwierdziły, że tamtejsze służby specjalne (m.in. Federalny Urząd Ochrony Konstytucji oraz Federalna Służba Wywiadowcza) wykorzystują „trojana rządowego” do realizacji ustawowych obowiązków. Początki stosowania tej metody datuje się na 2005 r. i chociaż brak oficjalnych danych to szacuje się, że np. w 2008 r. Federalna Służba Wywiadu dokonała przynajmniej 2500 razy przeszukania „online” urzędzeń znajdujących się poza granicami kraju²².

Ciekawe rozwiązania, oparte na najnowocześniejszych technikach wywiadu elektronicznego, wprowadzono w Wielkiej Brytanii ustawą *Investigatory Powers Act* z listopada 2016 r. Chodzi o instrumenty określone zbiorczą nazwą *bulk powers*:

- *bulk communications data acquisition*: dotyczy masowego uzyskiwania danych o komunikacji w globalnych sieciach (datę i godzinę połączenia telefonicznego, nadawcę i odbiorcę wiadomości e-mail itp.), bez odczytywania ich merytorycznej zawartości,
- *bulk interception*: służy do masowego przechwytywania komunikacji międzynarodowej podczas jej przemieszczania się w sieciach i tylko danych wtórnych, a więc nie zawierających treści komunikatu,
- *bulk equipment interference*: obejmuje uzyskanie danych dotyczących komunikacji i sprzętu bezpośrednio z urzędzeń ulokowanych poza Wyspami.

Działania podejmowane w ramach *bulk powers* mają charakter operacyjny, chociaż prawo anglosaskie nie zna identycznego podziału na czynności procesowe i operacyjno-rozpoznawcze, który obowiązuje na Starym Kontynencie. Zasadnicze znaczenia ma natomiast fakt, że omawiana aktywność inwigilacyjna dotyczy tylko informacji z zagranicy o obywatelach państw obcych, a ingerencję w prywatność Brytyjczyków dopuszcza się tylko w wyjątkowych sytuacjach. Chodzi o mniej radykalne

²²J. Strużewska-Smirnow, M. Wiecznera, Ustawowe uprawnienia operacyjno-rozpoznawcze i dochodzeniowo-śledcze służb specjalnych w zakresie wykrywania zagrożeń bezpieczeństwa narodowego w systemach i sieciach teleinformatycznych z perspektywy międzynarodowej, (w:) P. Burczanuk (red.), Uprawnienia służb specjalnych z perspektywy współczesnych zagrożeń bezpieczeństwa narodowego. Wybrane zagadnienia, Warszawa 2017, s. 159–161.

metody zbierania informacji wywiadowczych, bo nie wymagających ustalenia treści przekazu.

Nakaz masowego gromadzenia danych, oprócz spełnienia ogólnej przesłanki konieczności i proporcjonalności, stosuje się w sprawach dotyczących bezpieczeństwa narodowego, zapobiegania poważnym przestępstwom i ich wykrywania lub istotnych przypadkach zagrażających dobrobytowi gospodarczemu Wielkiej Brytanii powiązanemu z bezpieczeństwem narodowym. Nakaz musi określać poza tym konkretne cele operacyjne, uzasadniających jego wydanie, np. przeciwdziałanie planowanemu atakowi *Daesh* w Syrii. Ustawa ogranicza możliwości stosowania *bulk powers* do agencji ds. bezpieczeństwa i wywiadu (MI5, GCHQ, SIS); jego wydanie leży w kompetencji Sekretarza Stanu i podlega zatwierdzeniu przez niezależnego Komisarza Sądowego na maksymalny okres sześciu miesięcy. Prawo przewiduje mechanizm pilnej modyfikacji nakazu celem dostosowania decyzji do zmieniających się okoliczności działań operacyjnych. Informacje uzyskane w wyniku realizacji omawianych technik wywiadowczych stanowią tajemnicę prawnie chronioną, a ich udostępnianie podlega ścisłej procedurze i jest reglamentowane przez prawo.

Globalny wywiad elektroniczny oparty jest na najnowocześniejszych technikach analitycznych, przetwarzających automatycznie ogromne zasoby danych według zaprogramowanych algorytmów. Chodzi o analizę masowych, często – wydawałoby się – niepowiązanych ze sobą treści uzyskanych z rozpoznania promieniowania elektromagnetycznego wykorzystywanego w telekomunikacji i zawierającego określoną informację. Jest to niezbędne, gdyż czasami służby posiadają jedynie małe fragmenty komunikatów lub niejasne, wstępne dane prowadzące do „zagranicznych” celów i dopiero ich grupowanie daje szansę na ułożenie logicznej całości. Z drugiej strony terroryści, cyberprzestępcy i obce agencje wywiadowcze są coraz bardziej wyrafinowani w maskowaniu sieciowej aktywności. Charakter Internetu, związany z *darknetem*, kryptografią czy anonimizacją ruchu, powoduje, że droga, jaką przemierzają komunikaty, jest nieprzewidywalna i wnioski formułowane dzięki „masowemu przechwytywaniu” są często jedynym sposobem uzyskiwania przez służby wiedzy o zagrożeniach. Komunikaty pochodzące z różnych źródeł filtruje się pod kątem różnych kryteriów np. ustalenia rzeczywistej tożsamości osób, które działają anonimowo w wirtualnym świecie, zbadania powiązań pomiędzy podmiotami zagrażającymi bezpieczeństwu Wielkiej Brytanii lub określenia postawy i planów figurantów pod kątem ustalenia potencjalnego planu ataku. *Bulk powers* stanowią zazwyczaj pierwszy etap rozpracowania i po ogólnej identyfikacji sytuacji stosuje się nakazy ukie-

runkowane na konkretny podmiot lub przedmiot (np. *interception warrant* pozwalający na zapoznanie się przez agencje z treścią wiadomości mejlowych lub wiadomości przekazywanych w ramach serwisów społecznościowych w trakcie transmisji danych lub z danymi składowanymi „online” w systemach telekomunikacyjnych).

Masowe gromadzenie danych ma przede wszystkim znaczenie dla identyfikacji zagrożeń wysokiego priorytetu. Metody *bulk powers* wykorzystywane są w różnego rodzaju zagrożeniach bezpieczeństwa narodowego Wielkiej Brytanii oraz w przypadkach poważnych przestępstw: chodzi o identyfikację niebezpiecznych terrorystów, ochronę dzieci przez wykorzystaniem seksualnym, firm i infrastruktury krytycznej przez cyberatakami, wsparcie operacji wojskowych czy ratowanie osób przetrzymywanych jako zakładnicy w miejscu działań zbrojnych. Prawie połowa spraw prowadzonych przez GCHQ²³ ma swoje źródło w danych uzyskanych za pomocą *bulk powers*, a największa ich część dotyczy zwalczania terroryzmu. W jednej ze spraw opisywaną metodę wykorzystano do ustalenia osoby, która powiedziała w nasłuchiwanym przekazach, że posiada broń palną i wykorzysta ją do ataków terrorystycznych w Wielkiej Brytanii. Podjęto działania w kierunku ustalenia miejsca ukrycia broni, a GCHQ własne ustalenia potwierdziła współdziałając z drugą służbą wywiadowczą i ostatecznie zabezpieczono broń palną terrorysty. W innym postępowaniu funkcjonariusze M15 wykorzystali technikę *bulk powers* do zidentyfikowania numeru telefonu islamskiego ekstremisty planującego podróż na Wyspy i przeprowadzenie ataku terrorystycznego. Wiedza uzyskana za pomocą analizy pozwoliła ustalić tożsamość niedoszłego sprawcy i uniemożliwić mu, w ramach zagranicznych działań wywiadowczych, przyjazd do Wielkiej Brytanii. Omawiane techniki pomagają także wykluczyć z kręgu podejrzanych osoby niewinne: stało się tak w operacji prowadzonych przez M15, kiedy ustalono w cyberprzestrzeni anonimowego członka *Al-Quidy* planującego przeprowadzenie samobójczego ataku terrorystycznego z użyciem ładunków wybuchowych. Za pomocą *bulk powers* uprawdopodobniono, kim jest nieznany mężczyzna, lecz do jego dalszej inwigilacji konieczne stało się użycie bardziej inwa-

²³ Komenda Główna ds. Komunikacji Rządowej (GCHQ) jest brytyjską organizacją wywiadowczą zajmującą się gromadzeniem i oceną informacji pochodzących z nasłuchu telekomunikacyjnego.

zynych metod inwigilacji. W rezultacie okazało się, że „figurant” nie ma nic wspólnego z planowanym atakiem²⁴.

6. Zakończenie

Dnia 22 marca 2016 r., po atakach terrorystycznych w Brukseli, ministrowie sprawiedliwości i spraw wewnętrznych państw członkowskich Unii Europejskiej oraz przedstawiciele unijnych instytucji we wspólnym oświadczeniu podkreślili potrzebę priorytetowego znalezienia sposobów szybszego uzyskiwania i zabezpieczenia dowodów elektronicznych poprzez zmianę obowiązujących przepisów i zintensyfikowanie współpracy z państwami trzecimi oraz dostawcami usług cyfrowych. Wydaje się, że dopiero tak dramatyczne wydarzenia, jak zamachy terrorystyczne fundamentalistów islamskich na Starym Kontynencie, uświadomiły decydentom, jak ważne w walce ze współczesnym zagrożeniami jest efektywne uzyskiwanie cyfrowego materiału dowodowego. W rezultacie dzisiaj obserwujemy proces, który jeszcze kilka lat temu wydawał się niewykonalny, a zmierzający do faktycznego umożliwienia prokuraturze uzyskania danych od firm prywatnych w stosunkowo krótkim czasie. Do tej pory, pod wątpliwymi argumentami zapewnienia całkowitej prywatności w sieci, potentaci rynku mogli bowiem skutecznie blokować, a nawet ignorować nakazy wydane przez europejskie organy ochrony prawa. W tym samym czasie firmy nie miały jednak skrupułów do wykorzystywania na dużą skalę danych osobowych użytkowników Internetu do działań komercyjnych, a nawet nimi handlowały. Potwierdza to niedawny przypadek brytyjskiej firmy *Cambridge Analytica*: ujawniono, że w 2017 r. próbowała ona wpływać na wyniki wyborów prezydenckich za Oceanem wykorzystując pozyskane z Facebooka informacje na temat dziesiątków milionów jego użytkowników. Z perspektywy Polski ważne jest, aby aktywnie włączyć się w kształtowanie nowego modelu uzyskiwania danych. W pierwszej kolejności chodzi o prace w ramach Unii Europejskiej nad wprowadzeniem europejskich nakazów: wydania i zabezpieczenia materiału dowodowego oraz ustanowienia przedstawicielstw prawnych przez firmy zagraniczne w Europie. Niemniej istotne są działania na rzecz zawarcia *executive agreement* pomiędzy Stanami Zjednoczonymi i Unią Europejską. Przeglądu wymagają ponadto przepisy Kodeksu postępowania kar-

²⁴D. Anderson, Report of the Bulk Powers Review, August 2016, s. 122, 195–197, https://assets.publishing.service.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/546925/56730_Cm9326_WEB.PDF, data dostępu: 2 maja 2018 r.

nego dotyczące dowodów cyfrowych w zakresie m.in. warunków przyznania polskim organom dochodzeniowo-śledczym uprawnień do bezpośredniego badania danych zgromadzonych w chmurze obliczeniowej w sytuacjach nadzwyczajnych. W tym kontekście przydatne byłoby opracowanie kompleksowej metodyki pracy prokuratora z takimi dowodami w aspekcie mechanizmów funkcjonowania nowych technologii. Praktyka prowadzenia spraw karnych pokazuje np., że wśród śledczych istnieją trudności w zakwalifikowaniu, kiedy mamy do czynienia z oględzinami, a kiedy z przeszukaniem systemu informatycznego lub notuje się błędy w formułowaniu decyzji o uznaniu za dowód nośników informacji, zamiast zapisanych na nich śladów binarnych. Jak widać, opisane w artykule zagadnienia są tematem tyleż interesującym, co wymagającym stałego podnoszenia kompetencji zawodowych w zakresie znajomości obowiązujących przepisów i właściwego ich stosowania.

Selected problems of obtaining digital evidence in criminal cases

Abstract

This article presents problems and recent developments related to obtaining digital evidence as part of international cooperation in criminal matters. It is about a new cooperation model, which is emerging, focusing primarily on facilitating the access to, and accelerating the receipt of data. The facilitated access and accelerated receipt are the conditions necessary for the effective fight against cybercrime. These are enabled by the European Investigation Order adopted by the European Union countries, the Clarifying Lawful Overseas Use Data Act enacted in the United States, as well as draft regulations for the European Production Order and European Preservation Order.

Daniel Strzelecki

Dopuszczalność przeprowadzenia i wykorzystania w postępowaniu karnym dowodu na okoliczność informacji uzyskanych od osoby rozpytanej albo wypytej

Streszczenie

Artykuł dotyczy problematyki dopuszczalności przeprowadzenia i wykorzystania dowodowego w procesie karnym informacji traktujących o okolicznościach czynu zabronionego, a uzyskanych od osoby rozpytanej albo wypytej, przez przesłuchanie funkcjonariusza organu procesowego, który rozpytanie przeprowadził albo przez przesłuchanie osoby niereprezentującej takiego organu, która zrealizowała wypytywanie. Zagadnienie związane z dowodzeniem polegającym na przesłuchaniu funkcjonariusza na okoliczność wypowiedzi osoby rozpytanej budzi liczne wątpliwości w judykaturze i doktrynie prawa karnego procesowego. Autor opracowania opowiedział się za dopuszczalnością takiego dowodzenia w szerokim zakresie i to zarówno polegającego na przesłuchaniu funkcjonariusza organu procesowego co do treści wypowiedzi osoby rozpytanej, jak i na przesłuchaniu tzw. osoby prywatnej na okoliczność danych, które przekazał jej podmiot wypytywany.

1. Wprowadzenie

W opracowaniu odniesiono się do problematyki dopuszczalności wykorzystania w procesie karnym informacji uzyskanych od osoby posiadającej wiedzę o czynie zabronionym, gdy do przekazania tych informacji dochodzi w toku jej rozpytania przeprowadzonego przez funkcjonariusza organu procesowego albo wypytywania przez osobę niereprezentującą takiego organu (tzw. osobę prywatną), zaś ustalenia faktyczne, co do treści tych wypowiedzi zostają czynione na podstawie relacji osoby, która przeprowadziła owe rozpytanie albo wypytywanie. Przedmiotem rozważań uczyniono zatem, w pierwszej kolejności, zagadnienie legalności przeprowadzenia takich dowodów, a w konsekwencji również możliwość czynienia ustaleń faktycznych na podstawie tak przeprowadzonych dowodów.

Dopuszczalność, po pierwsze, przesłuchania rozpytującego na te okoliczności, a w dalszej kolejności, możliwość wykorzystania w procesie czynienia ustaleń faktycznych informacji zawartych w wypowiedziach osoby rozpytanej, polegająca na przesłuchaniu podmiotu, który rozpytanie zrealizował, budzi liczne wątpliwości i to zarówno wtedy, gdy osoba rozpytana posiadała w czasie przekazywania danych istotnych dla czynienia prawidłowych ustaleń faktycznych status oskarżonego¹ (podejrzanego) albo świadka, jak i gdy uzyskały one tego rodzaju status w okresie późniejszym. Nie została jednocześnie zakwestionowana podobna praktyka, polegająca na dowodowym wykorzystaniu informacji przekazanych podczas przesłuchania osoby prywatnej na okoliczność danych przekazanych jej przez wypytanego.

Zakaz przesłuchiwanie w procesie karnym osoby, która zrealizowała rozpytanie nie znalazł normatywnego odzwierciedlenia. W konsekwencji nie został również statuowany w prawodawstwie zakaz dowodowego wykorzystania wiadomości, o których rozpytany poinformował rozmówcę przez przesłuchanie tego ostatniego. Niemniej jednak wykorzystanie w omawiany sposób wskazanych informacji zostało w szczególności w niektórych wypowiedziach judykatury wykluczone. Zgodnie z tym kierunkiem interpretacyjnym zakaz dowodzenia, a więc i wykorzystywania tego rodzaju informacji, powinien być w praktyce organów wymiaru sprawiedliwości respektowany, gdy procesowe depozycje osoby, która przeprowadziła rozpytanie dotyczą okoliczności zasłyszanych w toku pozaprocessowej rozmowy i zastępują albo pozostają w sprzeczności z informacjami zrelacjonowanymi już procesowo w wyjaśnieniach oskarżonego albo w zeznaniach świadka, którzy tych informacji uprzednio dostarczyli w toku tego rodzaju nieformalnych rozmów. Wedle zatem tej interpretacji niedopuszczalne jest przeprowadzenie tego rodzaju dowodu (a w razie jego przeprowadzenia, niedopuszczalne jest procesowe wykorzystanie uzyskanych w ten sposób informacji), gdy procesowe relacje rozpytującego pozwoliłyby poczynić ustalenia faktyczne, sprzeczne z wyjaśnieniami albo z zeznaniami odpowiednio oskarżonego albo świadka, którzy uprzednio nieformalnie się wypowiadali albo zastępowałyby te ich procesowe depozycje².

¹ Gdy w opracowaniu wymienia się oskarżonego bez odniesienia tego podmiotu do jurysdykcyjnej fazy procesu karnego, to należy pod tym pojęciem rozumieć także podejrzanego.

² Postanowienie Sądu Najwyższego z dnia 22 lutego 2007 r., sygn. V KK 183/06, OSNwSK 2007, nr 1, poz. 487; wyroki Sądu Najwyższego z dnia 21 marca 2013 r., sygn. III KK 268/12, KZS 2013, nr 6, poz. 30; z dnia 6 października 2009 r., sygn.

Wedle przeciwstawnej interpretacji, zarówno przeprowadzenie takiego dowodu, jak i dowodowe wykorzystanie w procesie karnym informacji uzyskanych w wyniku przeprowadzenia takiego dowodu, przez oparcie na nich ustaleń faktycznych, zostało natomiast dopuszczone bez żadnych dodatkowych ograniczeń³.

W niektórych natomiast judykatach oraz wypowiedziach przedstawicieli doktryny reprezentujących pośredni dla wymienionych zapatrywań kierunek interpretacyjny, dopuszczalność wykorzystania dowodowego informacji pozyskanych pierwotnie w toku rozpytania, a polegających na przesłuchaniu funkcjonariusza organu procesowego, który taką pozaprocesową rozmowę przeprowadził, uzależniona została od spełnienia określonych warunków. Podkreślenia wymaga to, że owe uwarunkowania zostały jednak odniesione wyłącznie do funkcjonariusza organu procesowego, który przeprowadził rozpytanie i dodatkowo wykonywał czynności procesowe w postępowaniu karnym, którego określona pozaprocesowa rozmowa dotyczyła. Za niedopuszczalne uznano bowiem, z jednej strony, przesłuchanie takiego funkcjonariusza na okoliczność przebiegu procesowego przesłuchania świadka albo oskarżonego, wywodząc, że takie zeznania osoby, która przesłuchanie przeprowadziła, substytuowałyby dowód pierwotny i opierałoby się na pamięci przesłuchującego, oraz jego subiektywnym relacjonowaniu wypowiedzi osoby przesłuchiwanej⁴.

II KK 83/09, LEX nr 532383; z dnia 24 października 2001 r., sygn. III KKN 545/99, LEX nr 51943; z dnia 28 czerwca 2001 r., sygn. II KKN 412/98, LEX nr 51377; wyrok Sądu Apelacyjnego w Krakowie z dnia 9 czerwca 2011 r., sygn. II AKa 85/11, KZS 2011, nr 7–8, poz. 47; wyrok Sądu Apelacyjnego w Lublinie z dnia 17 czerwca 2014 r., sygn. II AKa 119/14, LEX nr 1500822; wyrok Sądu Apelacyjnego we Wrocławiu z dnia 28 grudnia 2012 r., sygn. II AKa 389/12, LEX nr 1254584.

³ Wyrok Sądu Najwyższego z dnia 10 marca 1971 r., sygn. IV KR 16/71, OSNKW 1971/9/131; wyrok Sądu Apelacyjnego w Szczecinie z dnia 4 lipca 2013 r., sygn. II AKa 114/13, LEX nr 1350423; wyroki Sądu Apelacyjnego we Wrocławiu z dnia 29 grudnia 2009 r., sygn. II AKa 405/09, Prok. i Pr. 2010, dodatek „Orzecznictwo”, nr 11, poz. 21; z dnia 18 lutego 1997 r., sygn. II AKa 7/97, OSA 1997/10/45; J. Ne l k e n, Glosa do wyroku Sądu Najwyższego z dnia 10 marca 1971 r., sygn. IV KR 16/71, NP 1972, nr 10, poz. 1606; M. C i e ś l a k i Z. D o d a, Przegląd orzeczeń Sądu Najwyższego w zakresie postępowania karnego za 1972 r., Pal. 1972, nr 12, poz. 68–69.

⁴ Wyroki Sądu Najwyższego z dnia 24 maja 1934 r., sygn. 3 K 507/34, ZO 1934, nr 34; z dnia 22 grudnia 1976 r., sygn. I KR 256/76, OSNPG 1977, nr 7, poz. 6; z dnia 22 lutego 1978 r., sygn. I KR 12/78, OSPiKA 1979, nr 78, poz. 142; z dnia 5 lipca 2002 r., sygn. WA 9/02, OSNKW 2002, nr 11–12, poz. 104; postanowienie Sądu Najwyższego z dnia 4 maja 2016 r., sygn. III KK 334/15, KZS 2016, nr 9, poz. 20; A. T a r a c h a, Glosa do wyroku Sądu Najwyższego z dnia 5 lipca 2002 r., sygn. WA 9/02, WPP 2004, nr 1, poz. 154–159; P. H o f m a ń s k i, E. S a d z i k, K. Z g r y z e k, Kodeks postępowania karnego, Tom I, Komentarz, Warszawa 1999, s. 712–713; U. T o m a s i k, Glosa do wy-

Konieczność respektowania postulowanego zakazu dostrzegano także wówczas, gdy funkcjonariusz składający procesowe depozycje na temat przebiegu rozpytania osoby posiadającej wiedzę o przestępstwie, wykonywał też inne czynności procesowe w danej sprawie.

Podsumowując zatem rozważania odnoszące się do wszystkich przedstawionych kierunków interpretacyjnych wskazać należy, że mimo funkcjonowania w doktrynie i judykaturze tak rozbieżnych zapatrywań na temat omawianego zagadnienia, nie przeprowadzono dotychczas wnikliwego wnioskowania, w szczególności na płaszczyźnie teleologicznej, co do dopuszczalności przeprowadzania, jak i czynienia ustaleń faktycznych na podstawie dowodów traktujących o informacjach pozyskanych w nieformalnych rozmowach, gdy procesowe ujawnienie tych danych następuje w drodze przesłuchania rozpytującego albo wypytującego. Zwolennicy respektowania analizowanego zakazu nie wskazali jednak, w jakich sytuacjach powinien być on przestrzegany i jakie warunki powinny zostać spełnione, aby doszło do aktualizacji tego zakazu. Bogate orzecznictwo odnoszące się do tej materii, które, na co zwrócono już uwagę, ma zróżnicowany wydźwięk, dowodzi zatem tego, że poddane analizie zagadnienie ma ważne znaczenie dla praktyki orzeczniczej.

2. Rys historyczny

Wprawdzie ani w obowiązującym Kodeksie postępowania karnego⁵, ani także w aktach normatywnych regulujących proces karny z 1928 r.⁶ i 1969 r.⁷, nie wysłowiono jednoznacznego zakazu dowodowego wykorzystania informacji uzyskanych od osób rozpytanych albo wypytanych w drodze przesłuchania podmiotów, które tego rodzaju rozmowy przeprowadziły. Tym niemniej tego rodzaju zakaz co do danych uzyskanych podczas rozpytania był i w dalszym ciągu jest formułowany w orzecznictwie sądowym oraz w doktrynie prawa karnego procesowego w czasie obowiązywania wszystkich tych aktów normatywnych, a zatem zarówno

roku Sądu Najwyższego z dnia 5 lipca 2002 r., sygn. WA 9/02; WPP 2004, nr 2, poz. 165–170; Z. Kwiatkowski, Glosa do wyroku Sądu Najwyższego z dnia 5 lipca 2002 r., sygn. WA 9/02, PS 2004, nr 9, poz. 153; W. Daszkiewicz, Glosa do wyroku Sądu Najwyższego z dnia 22 lutego 1978 r., sygn. I KR 12/78, OSPiKA 1979, nr 7–8, poz. 143; M. Cieślak, Z. Doda, Przegląd orzecznictwa Sądu Najwyższego w zakresie postępowania karnego za II półrocze 1979 r., Palestra 1980, nr 12, poz. 93.

⁵ Kodeks postępowania karnego z dnia 6 czerwca 1997 r., Dz. U. Nr 89, poz. 555.

⁶ Rozporządzenie Prezydenta Rzeczypospolitej Kodeks postępowania karnego z dnia 19 marca 1928 r., Dz. U. Nr 33, poz. 313.

⁷ Kodeks postępowania karnego z dnia 19 kwietnia 1969 r., Dz. U. Nr 13, poz. 96.

na gruncie art. 80 i 104 rozporządzenia Prezydenta Rzeczypospolitej Polskiej z dnia 19 marca 1928 r. – Kodeks postępowania karnego⁸, jak i na kanwie art. 158 ustawy Kodeks postępowania karnego z dnia 19 kwietnia 1969 r.⁹, a także na tle art. 174 obowiązującej aktualnie ustawy z dnia 6 czerwca 1997 r. – Kodeks postępowania karnego¹⁰.

3. Dopuszczalność przeprowadzania i procesowego wykorzystania dowodów co do informacji uzyskanych w toku rozpytania albo wypytania

Oceniane zagadnienie było dotychczas wykładane niejednolicie i, jak już nadmieniono, nie przeprowadzono jeszcze pogłębionej analizy, która przekonywałaby o słuszności któregośkolwiek z zajętych w tej materii stanowisk. Daleko idące rozbieżności co do możliwości przeprowadzenia, jak i czynienia ustaleń faktycznych na podstawie dowodu z zeznań funkcjonariusza organu procesowego, który przeprowadził rozpytanie, a więc co do dowodowego wykorzystania w postępowaniu karnym informacji uzyskanych od osoby rozpytanej, wystąpiły także na gruncie art. 174 k.p.k. obowiązującej aktualnie kodyfikacji karnoprosesowej.

Jak się wydaje najdalej idące stanowisko, w którym szczególnie mocno zaakcentowano całkowity zakaz wykorzystywania w procesie karnym zeznań rozpytującego na okoliczność informacji uzyskanych w toku rozpytania osoby, która uzyskała następnie w toku postępowania karnego status oskarżonego albo świadka, jeżeli zeznania rozpytującego zastąpiłyby procesowe depozycje rozpytanego lub stanowiłyby podstawę ustaleń faktycznych sprzecznych z tymi depozycjami, zajął Sąd Najwyższy w postanowieniu z dnia 22 lutego 2007 r., sygn. V KK 183/06¹¹. W piśmnych motywach tego judykatu najwyższa instancja sądowa umotywowała zajęte stanowisko następująco: „Dowód z zeznań funkcjonariusza policji przeprowadzony na okoliczność wypowiedzi osoby rozpytywanej nie może zastąpić dowodu z wyjaśnień oskarżonego czy z zeznań świadka. Na podstawie tego dowodu nie wolno też czynić ustaleń faktycznych sprzecznych z wyjaśnieniami oskarżonego lub z zeznaniami świadka, wo-

⁸ Wyroki Sądu Najwyższego z dnia 25 kwietnia 1930 r., sygn. VI ZK 354/30, ZO 1930, nr 193; z dnia 24 kwietnia 1934 r., sygn. 3 K 507/34, *op. cit.*

⁹ Wyrok Sądu Najwyższego z dnia 10 października 1973 r., sygn. IV KR 283/73, niepubl.

¹⁰ Postanowienie Sądu Najwyższego z dnia 22 lutego 2007 r., sygn. V KK 183/06, *op. cit.*; wyrok Sądu Najwyższego z dnia 21 marca 2013 r., sygn. III KK 268/12, *op. cit.*

¹¹ Postanowienie Sądu Najwyższego z dnia 22 lutego 2007 r., sygn. V KK 183/06, *op. cit.*

bec których dokonano czynności rozpytania, gdyż byłoby to usankcjonowanie nieformalnie przeprowadzonego dowodu z wyjaśnień lub z zeznań, w sytuacji gdy jego przeprowadzenie w formie określonej przez prawo dowodowe (tzw. dowód ścisły) jest bezwzględnie wymagane jako podstawa prawna rozstrzygnięcia w przedmiocie odpowiedzialności karnej”.

W późniejszym okresie zaprezentowane wnioski doczekało się kontynuacji, czy to na kanwie zgeneralizowanej analizy zagadnienia zaistnienia wyjaśnień oskarżonego albo zeznań świadka źródłami dowodowymi odwołującymi się do informacji uzyskanych w toku rozpytań tych osób¹², czy też na gruncie instytucji statutowanej w art. 186 § 1 k.p.k., a mianowicie przy okazji analizy zagadnienia wprowadzania do procesu karnego przez przesłuchanie rozpytującego informacji uzyskanych w toku rozpytania osoby, która uzyskała następnie status świadka i skorzystała skutecznie z prawa odmowy złożenia zeznań¹³.

Jak już jednak nadmieniono problematyka wykorzystania w procesie karnym zeznań podmiotu, który przeprowadził rozpytanie i na okoliczność wypowiedzi osoby, która została rozpytana, a następnie ją oskarżono albo która po pozaprosowym przekazaniu informacji uzyskała status świadka, nawet jeżeli zeznania osoby rozpytującej zastąpiły procesowe wypowiedzi oskarżonego albo świadka, ewentualnie pozostawały z nimi w sprzeczności, doczekało się także krańcowo odmiennego przedstawienia w orzecznictwie i literaturze. Najbardziej reprezentatywne dla tego właśnie kierunku interpretacyjnego stanowisko zajął Sąd Najwyższy w wyroku z dnia 5 lipca 2002 r., sygn. WA 9/02¹⁴. Sąd ten w uzasadnieniu powołanego orzeczenia umotywiował wyrażone zapatrywanie wywodząc m.in., że „Ustawa, zezwalając osobom najbliższym oskarżonego lub pozostającym z nim w szczególnie bliskim stosunku osobistym na uchylanie się od składania zeznań w jego sprawie, nie zabrania jednocześnie korzystania z zeznań innych świadków, którzy stwierdzili okoliczności wiadome im z opowiadania wymienionych osób oraz dokonywania na podstawie tych zeznań odpowiednich ustaleń faktycznych. Osobami tymi mogą być nie tylko osoby prywatne, ale także ci, którzy zetknęli się ze świadkiem wykonując czynności służbowe, np. interwieniu-

¹² Wyroki Sądu Najwyższego z dnia 21 marca 2013 r., sygn. III KK 268/12, *op. cit.*; wyrok Sądu Apelacyjnego w Krakowie z dnia 9 czerwca 2011 r., sygn. II AKa 85/11, *op. cit.*; wyroki Sądu Apelacyjnego w Lublinie z dnia 4 grudnia 2012 r., sygn. II AKa 266/12, LEX nr 1237277; z dnia 17 czerwca 2014 r., sygn. II AKa 119/14, *op. cit.*; wyrok Sądu Apelacyjnego we Wrocławiu z dnia 29 grudnia 2009 r., sygn. II AKa 405/09, *op. cit.*

¹³ Wyrok Sądu Najwyższego z dnia 21 marca 2013 r., sygn. III KK 268/12, *op. cit.*

¹⁴ OSNKW 2002, nr 11–12, poz. 104.

jący policjant lub lekarz pogotowia, pod warunkiem, że nie odtwarzają treści złożonych przez niego zeznań”. Wprawdzie w pisemnych motywach tego orzeczenia odniesiono się do konkretnych okoliczności rozpoznawanej sprawy, czyli do możliwości wykorzystania w procesie dowodów traktujących na temat informacji uzyskanych od osoby rozpytanej, która następnie uzyskała status świadka i skorzystała z prawa odmowy złożenia zeznań. Niemniej jednak przedstawiona argumentacja Sądu Najwyższego ma walor uniwersalny, bowiem została w innych wypowiedziach judykatury odniesiona do procesowego wykorzystania zeznań osoby rozpytującej na temat wypowiedzi swojego rozmówcy, który następnie został oskarżony albo który w procesie karnym korzystał ze statusu świadka, jednak nie miał prawa odmowy złożenia zeznań¹⁵.

Innymi słowy, pogląd przedstawiony w zacytowanym judykacie, a także jego motywy, doczekały się kontynuacji, przy czym dokonano uogólnienia zacytowanego zapatrywania przez przyjęcie, że w procesie karnym przez przesłuchanie osoby, która przeprowadziła rozpytanie, mogą zostać wykorzystane informacje uzyskane od wszystkich rozpytanych osób, a więc niezależnie od tego, czy następnie uzyskały one status oskarżonego albo świadka oraz czy przysługiwało im prawo odmowy złożenia depozycji procesowych, i czy osoby te skorzystały ze służących im uprawnień do milczenia¹⁶.

Na kanwie problematyki stanowiącej przedmiot niniejszego opracowania ukształtował się kolejny, niejako pośredni, kierunek interpretacyjny. Za reprezentatywne dla tego właśnie kierunku stanowisko uznać należy pogląd wyrażony w uzasadnieniu wyroku Sądu Najwyższego z dnia 11 października 1976 r., sygn. II KR 252/76¹⁷. W pisemnych motywach tego orzeczenia uznano bowiem, że nie ma podstaw, które uzasadniałyby zapatrywanie, iż nie mogą stanowić w procesie karnym podstawy czynienia ustaleń faktycznych wypowiedzi osoby prywatnej, która przeprowadziła wypytanie na okoliczność treści relacji złożonych przez rozmówcę, przy czym stanowisko to uzasadniono przyjmując, że „(...) zakaz

¹⁵ Wyroki Sądu Najwyższego z dnia 11 października 1976 r., sygn. II KR 252/76, OSNPG 1977, nr 2, poz. 17; z dnia 21 marca 2013 r., sygn. III KK 268/12, *op. cit.*; z dnia 6 października 2009 r., sygn. II KK 83/09, *op. cit.*; postanowienie Sądu Najwyższego z dnia 1 września 2003 r., sygn. V KK 12/03, LEX nr 80708; P. Hofmański, E. Sadzik, K. Gryzek, Kodeks postępowania karnego, *op. cit.*

¹⁶ Wyrok Sądu Najwyższego z dnia 10 września 2013 r., sygn. III KK 84/13, LEX nr 1375225; wyrok Sądu Apelacyjnego we Wrocławiu z dnia 29 grudnia 2009 r., sygn. II AKa 405/09, *op. cit.*; wyrok Sądu Apelacyjnego w Lublinie z dnia 4 grudnia 2012 r., sygn. II AKa 266/12, *op. cit.*

¹⁷ Wyrok Sądu Najwyższego z dnia 11 października 1976 r., sygn. II KR 252/76, *op. cit.*

odtworzenia zeznań osoby, która odmówiła następnie zeznań, nie odnosi się generalnie do jakichkolwiek wypowiedzi tej osoby, złożonych niezależnie od zeznań, lecz wyłącznie do jej zeznań w ścisłym tego słowa znaczeniu, a więc złożonych po pouczeniu przez uprawnioną do przesłuchania osobę o odpowiedzialności karnej za złożenie fałszywych zeznań o prawie odmowy zeznań”. Zastrzegł jednak Sąd Najwyższy, że taki zakaz dowodowy powinien dotyczyć osób urzędowych, jak np. funkcjonariusza publicznego, czy lekarza pogotowia, jednak tylko wówczas, gdyby okazało się, że osoby te miały później jakikolwiek kontakt z prowadzonym postępowaniem przygotowawczym. Sąd ten wywiódł bowiem, że w tej sytuacji „(...) istnieje niebezpieczeństwo odtworzenia przez osoby już nie wypowiedzi złożonych poza zeznaniami, ale wypowiedzi złożonych w toku zeznań, o czym dowiedziały się one w związku z urzędowaniem”.

Oceniając zatem wszystkie zaprezentowane kierunki interpretacyjne, podnieść należy, że przedstawiciele pierwszego z nich, a postulujący przestrzeganie w praktyce wymiaru sprawiedliwości zakazu wykorzystywania w procesie karnym zeznań osoby, która przeprowadziła rozpytanie co do informacji uzyskanych od osoby rozpytanej, dostrzegają, że tego rodzaju zakaz nie został unormowany w przepisach procedury karnej. Tym niemniej podstawy normatywnej tego zakazu dopatrują się oni w brzmieniu art. 174 k.p.k. Co jednak symptomatyczne, również przedstawiciele konkurencyjnych kierunków wykładni analizowanego zagadnienia, w brzmieniu tego samego unormowania poszukują argumentów, które miałyby uzasadniać pogląd, że oceniany zakaz nie powinien być respektowany w praktyce orzeczniczej albo że powinien zostać ograniczony do nielicznych sytuacji procesowych.

Przystępując zatem do oceny wszystkich konkurujących poglądów, rozważania rozpocząć należy od przeprowadzenia językowej wykładni art. 174 k.p.k., jako że powszechnie temu właśnie rodzajowi egzegezy przydaje się znaczenie pierwszoplanowe w procesie dekodowania z treści przepisów znaczenia wysłowionych w nich norm prawnych¹⁸. W tym unormowaniu przewidziano zaś, że dowodu z wyjaśnień oskarżonego lub z zeznań świadka nie wolno zastępować treścią pism, zapisków lub notatek urzędowych. Zważywszy zatem na fakt, że wysłowiony w tym przepisie czasownik „zastępować” oznacza, „(...) użyć czegoś zamiast czegoś innego, zamienić jedno na drugie (...)”¹⁹, nie powinno nastroić trudności stwierdzenie, że do zastąpienia procesowych depozycji oskarżonego

¹⁸ M. Zieliński, Wykładnia prawa. Zasady. Reguły. Wskazówki, Warszawa 2002, s. 226.

¹⁹ M. Szymczak (red.), Słownik języka polskiego, Tom III (R–Z), Warszawa 1981, PWN, s. 961.

albo świadka dojdzie tylko wtedy, gdy ich wyjaśnienia albo zeznania będą w sensie procesowym istnieć, zaś relacje złożone w toku prowadzenia przesłuchania będą ustalane na podstawie pism, zapisków lub notatek urzędowych sporządzonych przez przesłuchującego lub inną osobę uczestniczącą w tej czynności procesowej, ewentualnie przez inną osobę, która o przebiegu przesłuchania dowiedziała się pośrednio, najczęściej od uczestników tejże czynności procesowej. O zastąpieniu określonego elementu innym elementem można przecież logicznie mówić wyłącznie wówczas, gdy zastępowany element w obiektywnej rzeczywistości istnieje. Gdy natomiast w toku postępowania karnego osobowe źródła dowodowe nie zostaną w ogóle przesłuchane, a jedynie rozpytane, zaś pozaprocessowe ich relacje zostaną w postępowaniu karnym stwierdzone wymienionymi w art. 174 k.p.k. dokumentami, to wówczas powołane unormowanie zostanie naruszone jedynie pośrednio²⁰. Zasadnicze odium takiego postąpienia uchybiać będzie bowiem art. 391 § 1 k.p.k., z treści którego wywodzi się powinność przestrzegania w procesie karnym zasady bezpośredniości. Z tego właśnie powodu zasadnie we wszystkich omawianych kierunkach interpretacyjnych przyjmuje się, że niedopuszczalne jest dowodowe wykorzystanie opisanych w art. 174 k.p.k. dokumentów, jeżeli dotyczą one okoliczności związanych z przebiegiem przesłuchań, chociażby traktujących o subiektywnych spostrzeżeniach osoby przeprowadzającej tę czynność, a odnoszących się do zachowania w toku przesłuchania podmiotu przesłuchiwanego.

Zasada bezpośredniości naruszona zostanie także wówczas, gdy treść wyjaśnień albo zeznań zamiast w protokole przesłuchania, zostanie stwierdzona na podstawie relacji osób, które w przesłuchaniach oskarżonego albo świadka uczestniczyły, ewentualnie takich, które o przebiegu przesłuchań tych podmiotów dowiedziały się w sposób pośredni. Nie można przecież uchybić wystawionej w art. 174 k.p.k. przesłance zakazującej zastępowania wyjaśnień albo zeznań dokumentem niewymienionym w jego treści – w omawianym przypadku protokołem zawierającym wyjaśnienia albo zeznania uczestnika przesłuchania, np. współoskarżonego albo świadka uczestniczącego w konfrontacji, ewentualnie podmiotu prowadzącego przesłuchanie.

Ogół przeprowadzonych spostrzeżeń upoważniał do stwierdzenia, że we wszystkich omówionych przypadkach dokumenty wymienione w art.

²⁰ Wyrok Sądu Najwyższego z dnia 16 lutego 1988 r., sygn. IV KR 13/88, Inf. Praw. 1988, nr 7–8, poz. 24; postanowienie Sądu Najwyższego z dnia 3 marca 2003 r., sygn. II KK 175/02, OSNwSK 2003, nr 1, poz. 459; wyrok Sądu Apelacyjnego we Wrocławiu z dnia 29 grudnia 2009 r., sygn. II AKa 405/09, *op. cit.*

174 k.p.k. nie będą mogły zostać wykorzystane dowodowo. Unormowanie to, z jednej strony, ma bowiem charakter gwarancyjny, jako że nakłada na organy procesowe obowiązek prowadzenia czynności dowodowych w sposób przewidziany przepisami karnoprosesowymi. Skoro natomiast depozycje składane przez osobę przesłuchiwaną w czasie jej osobistego kontaktu z organem procesu karnego, zgodnie z brzmieniem art. 143 § 1 pkt. 2, 10 i 11 k.p.k., mają zostać stwierdzone w formie protokolarnej, to oceniany zakaz gwarantuje jednocześnie, że środkiem dowodowym uzyskanym od osobowego źródła dowodowego będą stwierdzone protokołem jego ustne depozycje. Z drugiej jednak strony, ostatecznie przywołane unormowanie wymusza przestrzeganie zasady bezpośredniości w przeprowadzaniu dowodów, bowiem obliuguje organy procesowe do realizowania czynności procesowych w bezpośrednim kontakcie z osobowym źródłem dowodowym²¹. Z tego właśnie powodu w postępowaniu jurysdykcyjnym sąd ma powinność bezpośredniego przesłuchania oskarżonych, jak i świadków, których depozycje mają istotne znaczenie dla czynienia prawdziwych ustaleń faktycznych.

Podsumowując zatem rozważania poczynione na kanwie egzegezy językowej art. 174 k.p.k., podnieść należy, że postulowany zakaz wprowadzania do osnowy dowodowej procesu karnego informacji uzyskanych w toku pozaprocesowych rozmów, a polegający na przesłuchaniu osób w nich uczestniczących, nie uniemożliwi procesowego wykorzystania takich informacji, które zostaną prawidłowo stwierdzone sporządzonymi zgodnie z uregulowaniami karnoprosesowymi dokumentami. Jako że dla dowodowego pozyskania informacji z osobowych źródeł dowodowych ustawodawca przewidział konieczność ich protokolarnego stwierdzenia, toteż dane zawarte w sporządzonych zgodnie z przepisami protokołach, będą mogły stanowić osnowę dowodową, na podstawie której organy procesowe będą mogły czynić w sposób legalny ustalenia faktyczne. Skoro zatem protokoły zawierające wyjaśnienia oskarżonego albo zeznania świadka nie zostały wymienione w zamkniętym katalogu dokumentów, którymi zastępować osobowego źródła dowodowych nie wolno, to konsekwentnie należy uznać, że dowodami, które można w pełnym zakresie wykorzystywać w postępowaniu karnym, będą odzwierciedlone w protokole depozycje osoby, która na temat okoliczności istotnych dla czynienia ustaleń faktycznych w sprawie rozmawiała z osobą dysponującą informacjami na temat przestępczych zdarzeń i to niezależnie od tego,

²¹ T. Grzegorzczak, KPK. Komentarz, Tom I, 2014, s. 594; wyrok Sądu Najwyższego z dnia 24 października 2001 r., sygn. III KKN 545/99, *op. cit.*; wyrok Sądu Apelacyjnego w Szczecinie z dnia 4 lipca 2013 r., sygn. II AKa 114/13, *op. cit.*

czy rozpytywany korzystał w czasie udzielania tych informacji z procesowego statusu oskarżonego albo świadka, czy też tego rodzaju procesowy status uzyskał w okresie późniejszym.

Przypomnieć należy, że postulowany w niektórych wypowiedziach zakaz nie został wysłowiony w ustawie. Nie może mieć zatem znaczenia dla jego funkcjonowania w praktyce organów postępowania karnego okoliczność, czy zeznania traktujące o pozaprocesowych wypowiedziach rozpytywanej osoby zostają złożone przez funkcjonariusza organu procesowego, który przeprowadził rozpytanie, czy też przez osobę prywatną, która wiedzę o przestępstwie uzyskała wypytując o przebieg przestępstwa osobę, która dysponowała w tym przedmiocie istotnymi spostrzeżeniami.

W kontekście przedstawionych rozważań uznać zatem trzeba, że nie uzasadnia respektowania postulowanego zakazu także sytuacja, gdy procesowa relacja osoby traktująca o istotnych dla czynienia ustaleń faktycznych w sprawie pozaprotokolarnych wypowiedziach rozpytanego albo wpytanego, pozostaje w sprzeczności ze złożonymi w przepisanej formie ich wyjaśnieniami albo zeznaniami. Ustawodawca również tego rodzaju zakazu nie przewidział, a jego respektowanie w praktyce procesowej nie znajduje także teleologicznego uzasadnienia, o czym szerzej w dalszej części artykułu.

Wszystkie poczynione już uwagi pozwalają sformułować wniosek o doniosłym znaczeniu dla tego opracowania. Wywodzony z art. 174 k.p.k. zakaz wykorzystywania dowodowego zeznań osoby, która przeprowadziła rozpytanie, a traktujących o przebiegu tej pozaprocesowej rozmowy, odnosi się do zastępowania wyłącznie wyjaśnień albo zeznań *sensu stricto*, a więc jedynie do depozycji złożonych w trybie przewidzianym przez ustawę, po należytych pouczeniu przesłuchiwanego o służących mu prawach i obowiązkach, które zaprotokołowano w formie odpowiadającej odnośnym unormowaniom karnoprocesowym. Regulacja ta nie znajduje zatem w ogóle zastosowania w sytuacji, gdy określona osoba sformułowała innego rodzaju wypowiedzi (pozaprocesowe)²². Nie może zatem zostać zaaprobowane odmienne zapatrywanie wyrażone w pisemnych motywach powołanego już wyroku Sądu Najwyższego z dnia

²² S. Śliwiński, *Proces karny przed sądem powszechnym. Zasady ogólne*, Warszawa 1961, s. 325; A. Kaftal, *Glosa do wyroku Sądu Najwyższego z dnia 23 listopada 1960 r.*, sygn. III K 894/60, *OSP i KA* 1962, nr 12, poz. 750; M. Cieślak, *Glosa do wyroku Sądu Najwyższego z dnia 12 września 1972 r.*, sygn. V KRN 361/72, *Państwo i Prawo* 1974, nr 1, poz. 165; wyrok Sądu Najwyższego z dnia 11 października 1976 r., sygn. II KR 252/76, *op. cit.*

21 marca 2013 r., sygn. III KK 268/12²³, zgodnie z którym definicję zeznań należy wyklądać materialnie, a za zeznania poczytywać należy także pozaprocesowy przekaz informacji zrealizowany przez podmiot dysponujący wiedzą istotną dla czynienia prawidłowych ustaleń faktycznych w postępowaniu karnym, chociażby ten przekaz miał zostać wykorzystany dla celów tego postępowania i nastąpił z inspiracji funkcjonariusza publicznego przeprowadzającego rozpytanie.

Przedstawiony wynik wykładni gramatycznej art. 174 k.p.k. koreluje też z innymi rezultatami prawniczej egzegezy tego unormowania. Mając oczywiście na względzie to, że postulowany zakaz wprowadzania do postępowania informacji uzyskanych w pozaprocesowych wypowiedziach osoby rozpytanej przez przesłuchanie podmiotu, który przeprowadził tę pozaprocesową rozmowę, nie znalazł normatywnego odzwierciedlenia, zaś pośrednio wywodzony jest z powołanego przepisu, należy zastanowić się, z jakiego powodu prawodawca nie zdecydował się tego zakazu w sposób stanowczy statuować w przepisach procedury karnej.

Bezsprzecznie będący przedmiotem opracowania postulat przestrzegania ocenianego zakazu mógł zostać bez żadnych przeszkód unormowany i uzyskać brzmienie zbliżone do tego wysłowionego w art. 199 k.p.k., który wszakże pod względem przedmiotowym reguluje zbliżone zagadnienie. Co więcej, przyczyną statuowania bezwzględnie obowiązującego zakazu dowodowego z art. 199 k.p.k. było przeświadczenie ustawodawcy, że informacje przekazywane lekarzowi albo biegłemu, którzy udzielali pomocy medycznej pacjentowi będącemu jednocześnie oskarżonym albo osobą, która z tego rodzaju statusu procesowego w tym czasie nie korzystała, lecz finalnie go uzyskała, muszą zostać objęte bezwzględną poufnością po to, aby lekarz albo biegły mieli możliwość uzyskania możliwie najpełniejszych i najwartościowszych danych o stanie zdrowia pacjenta albo opiniowanego. Omawiana gwarancja znajduje zatem silne racjonalne zakotwiczenie, bowiem ma zapewnić lekarzowi możliwość udzielenia pacjentowi skutecznej pomocy medycznej, zaś biegłemu umożliwić ma sporządzenie wartościowej opinii²⁴. Chroni ona zatem oskarżonego albo osobę, która finalnie taki status procesowy uzyskała, przed wykorzystaniem ich wypowiedzi złożonych w szczególnych uwarunkowaniach, a nierzadko także w zupełnie wyjątkowych dla nich sytuacjach motywacyjnych, gdy ich prawdomówność co do przyczyn złego

²³ Wyrok Sądu Najwyższego z dnia 21 marca 2013 r., sygn. III KK 268/12, *op. cit.*

²⁴ P. Hofmański, E. Sadzik, K. Zgryzek, Kodeks postępowania karnego, *op. cit.*, s. 1130.

stanu zdrowia może decydować o prawidłowym leczeniu, a więc o ich życiu lub zdrowiu.

Dostrzec zatem w przedstawionym kontekście trzeba, że podobnego racjonalnego zakotwiczenia nie można doszukać się w przestrzeganiu postulowanego zakazu, który stanowi przedmiot niniejszego opracowania. Rzecz bowiem w tym, że kolejny zbliżony do niego zakaz dowodowego wykorzystania zeznań osoby najbliższej dla oskarżonego lub pozostającej z nim w szczególnie bliskim stosunku osobistym, które w określonym w art. 186 § 1 k.p.k. terminie skorzystały z uprawnień do milczenia, również nie został statuowany w celu ochrony interesów oskarżonego. Wręcz przeciwnie, zakaz ten ma chronić podmioty, który pozostają z oskarżonym w szczególnych osobistych relacjach. Osoby, którą łączą z oskarżonym takie związki, mogłyby bowiem znaleźć się w swoistym konflikcie sumienia, gdyby miały pod groźbą odpowiedzialności karnej obowiązek złożyć obciążające bliską im osobę zeznania. To zaś oznacza, że jeżeli osoba, której służy procesowe prawo milczenia, relacjonuje poza formalnymi ramami procesu karnego znane jej okoliczności inkryminowanego zdarzenia innemu podmiotowi, to odtworzenie tych wypowiedzi przez przesłuchanie osoby, która owe wypowiedzi słyszała i która nie znajduje się w kręgu podmiotów opisanych w art. 186 § 1 k.p.k., nie aktualizuje tego rodzaju konfliktu. Swoistym wyrazem takiego właśnie postrzegania analizowanej problematyki jest niekwestionowany w judykaturze i wypowiedziach przedstawicieli nauki prawa karnego formalnego pogląd, zgodnie z którym protokół zawierający zeznania złożone w postępowaniu przygotowawczym przez świadka określonego w art. 182 § 1 k.p.k., mogą zostać odczytane na rozprawie na podstawie art. 391 § 1 k.p.k., jeżeli świadek ten zmarł przed przesłuchaniem w toku postępowania jurysdykcyjnego²⁵.

Podobnie teleologiczne uzasadnienie ma procesowa gwarancja dająca oskarżonemu prawo odmowy złożenia wyjaśnień lub odpowiedzi na pytania, jak i zapewnijająca mu bezkarność za złożenie fałszywych depozycji. Instytucja opisana w art. 175 § 1 k.p.k., jak i brak penalizacji zachowań materializujących się w składaniu fałszywych wyjaśnień, dają

²⁵ Uchwała Sądu Najwyższego w składzie 7 sędziów z dnia 30 września 1970 r., sygn. VI KZP 25/70, OSNKW 1970, nr 11, poz. 135; wyrok Sądu Najwyższego z dnia 17 listopada 1993 r., sygn. III KRN 242/93, OSNKW 1994, nr 1–2, poz. 13; postanowienie Sądu Najwyższego z dnia 21 stycznia 2003 r., sygn. II KKN 314/01, OSNKW 2003, nr 5–6, poz. 45; A. Kaftal, Glosa do uchwały Sądu Najwyższego z dnia 30 września 1970 r., sygn. VI KZP 25/70, PiP 1972, nr 2, poz. 174; R. Łyczywek, Glosa do uchwały Sądu Najwyższego z dnia 30 września 1970 r., sygn. VI KZP 25/70, PiP 1972, nr 2, poz. 179; Z. Kwiatkowski, Glosa do postanowienia Sądu Najwyższego z dnia 21 stycznia 2003 r., sygn. II KKN 314/01, WPP 2004, nr 2, poz. 157.

bowiem oskarżonemu prawo nieskrępowanego wyjaśniania okoliczności istotnych dla procesu karnego. Nie dojdzie zatem do powołanego konfliktu sumienia, gdy na temat tych okoliczności zostanie przesłuchana osoba postronna dla oskarżonego, która wiedzę o przestępstwie uzyskała w pozaprocesowych rozmowach z oskarżonym, czy osobą, która taki status uzyskała w okresie późniejszym.

W przedstawionych okolicznościach jasne staje się, z jakiego powodu postulowany zakaz wykorzystywania w procesie karnym analizowanych informacji nie znalazł dotychczas normatywnego odzwierciedlenia. Milczenie ustawodawcy w tym przedmiocie poczytać zatem należy jako szczególnie wymowne, w szczególności, gdy uwzględni się fakt, że karnoprocesowa judykatura i przedstawiciele doktryny tej gałęzi prawa od wielu dziesięcioleci formułują liczne postulaty *de lege ferenda*, w których lansują pogląd o potrzebie przestrzegania tego rodzaju zakazu w praktyce orzeczniczej. To spostrzeżenie daje asumpt do stwierdzenia, że normodawca najwyraźniej nie dostrzegł wystarczających powodów, aby tego rodzaju instytucję wprowadzić do systemu polskiego prawa karnoprocesowego. Chociaż zatem ustawodawca znalazł wystarczająco mocne aksjologiczne argumenty, aby przez wyłączenie możliwości przeprowadzania opisanych już dowodów lub statuowanie zakazu ich wykorzystywania w procesie karnym, jednocześnie ograniczyć zakres funkcjonowania zasady prawdy materialnej. Jednakże przywołane we wcześniejszej części opracowania zakazy dowodowe mają na celu chronić podstawowe dobra społeczne, a to zdrowie i życie oskarżonego, prawidłowość procesu opiniowania, czy też mają dać świadkowi możliwość uniknięcia poważnego konfliktu sumienia. Prawodawca dostrzegł też potrzebę zagwarantowania oskarżonemu prawa do milczenia, jak również jego bezkarności za złożenie fałszywych wyjaśnień, co z kolei stanowi wyraz przyznanego mu prawa do obrony. Tego rodzaju aksjologicznego uzasadnienia dla dalszego ograniczania zakresu obowiązywania zasady prawdy obiektywnej, nie można natomiast doszukać się w zakazie, który stanowi przedmiot tego artykułu. Rzecz bowiem w tym, że w sytuacji, gdy rozpytujący zeznaje na okoliczności dotyczące wypowiedzi rozmówcy, to ani po jego stronie, ani także po stronie podmiotu, który został rozpytany, nie występuje żaden tego rodzaju konflikt sumienia. Zakaz ten nie chroni również żadnych innych dóbr społecznych, natomiast jego nierespektowanie daje organom procesowym możliwość czynienia ustaleń faktycznych zgodnych z ich faktyczną wymową.

Stwierdzić zatem należy, że z uwagi na konsekwentne milczenie prawodawcy w analizowanym zakresie, tylko wybitnie silne względy celowo-

ściowe mogłyby uzasadniać respektowanie tego rodzaju zakazu w praktyce organów wymiaru sprawiedliwości. Sformułowanie przekonującego katalogu takich teleologicznych argumentów, które dałyby podstawę do przyjęcia, że tego rodzaju ograniczenie w przeprowadzaniu i czynieniu na ich podstawie ustaleń, powinno być przestrzegane, byłoby z pewnością doskonałą bazą do ustalenia kształtujących go podmiotowych i przedmiotowych przesłanek. Skoro jednak takich względów natury celowościowej nie można się doszukać w traktujących o omawianej materii wypowiedziach sądów powszechnych, najwyższej instancji sądowej, jak i w wypowiedziach przedstawicieli nauki, toteż nie zostały dotychczas sformułowane również czytelne przesłanki wyznaczające zakres obowiązywania tego zakazu.

Przystępując zatem do krytycznej analizy argumentów formułowanych przez zwolenników przestrzegania postulowanego zakazu, należy dostrzec to, że wyrażają oni obawę, co do tego, iż dowodzenie na temat wypowiedzi osoby rozpytywanej polegające na przesłuchaniu funkcjonariusza organu procesowego, który przeprowadził rozpytanie, mogłoby skutkować dążeniem tego ostatniego do przeprowadzania czynności pozaprocesowej w postaci rozpytania w celu zastąpienia dowodów z wyjaśnień albo zeznań²⁶. Przedstawiciele tego kierunku interpretacyjnego wywodzą na tej podstawie, że dopuszczenie tego rodzaju możliwości dowodzenia mogłoby skłaniać organy procesowe do zastępowania wyjaśnień albo zeznań osób, które dysponują wiedzą o czynach zabronionych lub były w nie zaangażowane, zeznaniami podmiotów, które w sposób nieformalny uzyskały wiedzę o okolicznościach tych czynów, co w konsekwencji mogłoby być swoistą zachętą zarówno do obchodzenia zakazu dowodowego z art. 186 § 1 k.p.k., jak i unormowań statuujących wymóg utrwalania w protokolarnej formie wyjaśnień oskarżonego, czy zeznań świadka²⁷.

Zaprezentowana argumentacja nie jest przekonująca. Rzecz bowiem w tym, że pozaprocesowa czynność rozpytania stanowi nieodłączny element każdego postępowania przygotowawczego. W ramach tego postępowania prowadzi się przecież nie tylko czynności procesowe²⁸. Rozpytanie przeprowadzane w szczególności w fazie czynności sprawdzają-

²⁶ Wyrok Sądu Apelacyjnego w Lublinie z dnia 17 czerwca 2014 r., sygn. II AKa 119/14, *op. cit.*

²⁷ Wyrok Sądu Najwyższego z dnia 21 marca 2013 r., sygn. III KK 268/12, *op. cit.*

²⁸ T. Grzegorzczak, Postępowanie przygotowawcze w świetle nowelizacji z dnia 27 września 2013 r. i rola w nim prokuratora w aspekcie sądowego stadium procesu, *Prok. i Pr.* 2015, nr 1–2, s. 26–45.

cych, a zatem niejednokrotnie niemal bezpośrednio po popełnieniu przestępstwa, ma przy tym niezmiernie istotne znaczenie dla uzyskiwania informacji o fundamentalnych okolicznościach czynu zabronionego, a więc m.in. o tym, kto się go dopuścił, jak przebiegała realizacja ustawowych znamion czynu, jakie skutki zostały spowodowane. Nie trzeba przekonywać o tym, że realizowanie w tym właśnie czasie czynności procesowych, z uwagi na wiele różnorodnych okoliczności, niejednokrotnie jest wręcz niemożliwe. Przykładowo można wskazać, że nierzadko osoba uczestnicząca w przestępczym zdarzeniu, która doznała w jego wyniku obrażeń ciała, nie może zostać bezpośrednio po zaistnieniu przestępstwa protokolarnie przesłuchana przez interweniującego funkcjonariusza, bowiem w pierwszej kolejności wymagać będzie przewiezienia do placówki medycznej w celu udzielenia jej niecierpiącej zwłoki pomocy ratującej zdrowie, a nierzadko życie. Również w sytuacji, gdy do przeprowadzenia pilnej interwencji kierowany jest funkcjonariusz, zaś sama interwencja ma dynamiczny przebieg, nie sposób oczekiwać, że nie podejmie on żadnych prób wyjaśnienia przebiegu inkryminowanego zdarzenia przed protokolarnym przesłuchaniem osoby, która ma wiedzę o przestępstwie. Przyjęcie zatem, że w tego rodzaju sytuacjach informacje uzyskane przez rozpytujących nie będą mogły znaleźć procesowego odzwierciedlenia, razi sztucznością.

Jeszcze bardziej wyraziście sytuacja przedstawia się, gdy pierwszy kontakt z osobą, która obserwowała okoliczności popełnienia czynu zabronionego lub była w inkryminowane zdarzenie zaangażowana, ma osoba niereprezentująca władzy publicznej, chociażby taka, która zupełnie przypadkowo znalazła się w miejscu popełnienia tego czynu i w czasie realizacji jego ustawowych znamion. Trudno zatem oczekiwać, że tego rodzaju przypadkowy obserwator, w naturalnym odruchu nie podejmie próby wyjaśnienia okoliczności zajścia przez wypytanie osoby w nim uczestniczącej lub mającej o nim wiedzę. Także w takim przypadku trudno doszukać się uzasadnienia dla przyjęcia, że tego rodzaju wiedza uzyskana przez wypytującego nie będzie mogła zostać dowodowo wykorzystana w procesie karnym.

Jakkolwiek zwolennicy przestrzegania ocenianego zakazu nie konstatują samej dopuszczalności przeprowadzania przez funkcjonariusza organu procesowego nieformalnego rozpytania osoby posiadającej wiedzę o przestępstwie, a tym bardziej, na co zwrócono już uwagę, nie wyrażają zapatrywania, że osoba, która przypadkowo nawiązała kontakt z uczestnikiem przestępstwa albo podmiotem, który ma wiedzę o okolicznościach jego popełnienia, nie powinna dążyć do uzyskania informacji o przebiegu

inkryminowanego zdarzenia przez jego wypytywanie. Przedstawiciele tego nurtu interpretacyjnego kwestionują bowiem dopuszczalność dowodowego wykorzystania informacji uzyskanych przez rozpytującego funkcjonariusza, a polegającego na jego przesłuchaniu i dowodowym spożytkowaniu tychże informacji na potrzeby procesu. Nie dostrzegają oni najwyraźniej tego, że ustawodawca w art. 2 § 2 k.p.k. statuował jako jedną z naczelných zasad procesu karnego tę zakładającą, że podstawę wszelkich rozstrzygnięć powinny stanowić prawdziwe ustalenia faktyczne. Zasada prawdy materialnej, najogólniej rzecz ujmując, gwarantować ma, że ustalenia faktyczne czynione w postępowaniu karnym powinny odpowiadać tym obiektywnie zaistniałym. To zaś oznacza, że rezygnacja z dowodowego wykorzystania informacji uzyskanych nieformalnie od osoby rozpytanej, w sposób oczywisty zasadzie tej uchybia. Oczywiście przesłuchanie osoby, która rozpytała podmiot mający wiedzę o przebiegu przestępczego zdarzenia, w szczególności jego uczestnika, nie powinno zastąpić procesowego przesłuchania tego ostatniego, bądź to w charakterze oskarżonego, bądź świadka. Jeżeli jednak takie osoby skorzystają, w zależności od statusu procesowego, z prawa odmowy złożenia wyjaśnień albo zeznań, ewentualnie z prawa odmowy odpowiedzi na pytania, albo wreszcie celowo lub jedynie na skutek zaburzeń postrzegania lub odtwarzania spostrzeżeń, opiszą przebieg przestępstwa w sposób, który odbiega od faktycznego jego obrazu, to z pewnością zeznania osoby, która przeprowadziła rozpytanie, umożliwi lub chociażby ułatwi dojście do prawdy materialnej. Nie trzeba przecież przekonywać, że korzystniejsza dla realizacji naczelnej zasady karnoprosesowej w postaci prawdy materialnej okaże się sytuacja, w której organ postępowania karnego będzie dysponował kilkoma konkurencyjnymi relacjami odnoszącymi się do przebiegu inkryminowanego zdarzenia aniżeli sytuacja, w której nie będzie on miał żadnej takiej relacji. Ta ostatnia sytuacja może wszakże zaistnieć, gdy wszyscy bezpośredni uczestnicy przestępstwa odmówią złożenia procesowych depozycji, a zeznania osób, które dokonały rozpytań, nie będą mogły zostać dowodowo wykorzystane. W tej sytuacji brak będzie dowodów umożliwiających zakończenie procesu sprawiedliwym rozstrzygnięciem. Wówczas organ postępowania przygotowawczego będzie zmuszony odmówić wszczęcia procesu karnego lub go umorzyć, ewentualnie dojdzie do uniewinnienia oskarżonego w postępowaniu jurysdykcyjnym. W przypadku zaś przyjęcia, że oceniany zakaz nie powinien być respektowany, organ procesu będzie miał możliwość oceny kilku procesowych depozycji w zgodzie z wymogami art. 7 k.p.k.

Nie można też tracić z pola widzenia tego, że zupełnie poza rozważaniami zwolenników respektowania ocenianego zakazu znalazło się spostrzeżenie, zgodnie z którym osoba, która miała bezpośredni kontakt z przestępczym zdarzeniem, w szczególności w czasie bezpośrednio następującym po jego zaistnieniu, pozostaje często pod przemożnym wpływem zaistniałych wypadków. Dlatego właśnie, z racji upływu nieznacznego okresu czasu, najlepiej je pamięta. Co więcej, wypowiedzi takiej osoby, z uwagi na bezpośrednie oddziaływanie na nią zaistniałych wypadków, charakteryzują się zazwyczaj spontanicznością, a przez to najczęściej okazują się wiarygodne. Osoba taka nie ma przecież w tego rodzaju sytuacjach ani czasu, ani też możliwości przeprowadzenia rozmyślań na temat tego, jakie skutki procesowe wyrze jej spontaniczna wypowiedź. Nietrudno zatem dostrzec, że skoro tego rodzaju pozaprocesowa relacja ma niejednokrotnie istotne znaczenie dla czynienia prawidłowych ustaleń faktycznych w toku procesu karnego, to organy tego postępowania powinny mieć swobodę w jej dowodowym wykorzystaniu.

Przedstawiciele nurtu interpretacyjnego postulującego powinność respektowania omawianego w niniejszym artykule zakazu, zdają się abstrahować także od tego, że zgodnie z ich poglądami wyniki czynności rozpytania mogłyby zostać dowodowo wykorzystane jedynie w nielicznych przypadkach, tj. wówczas, gdyby okoliczności stwierdzone w toku rozpytania nie zastąpiły procesowych wypowiedzi oskarżonego albo świadka, ewentualnie nie pozostawały z nimi w sprzeczności. Aprobowanie tego zapatrywania w praktyce orzeczniczej z pewnością nie skłaniałoby osób prowadzących tego rodzaju pozaprocesowych czynności do skrupulatnego ich wykonywania. Każda bowiem czynność ukierunkowana na ustalenie przebiegu inkryminowanego zdarzenia, czy to przeprowadzona na podstawie przepisów karnoformalnych, czy też czynność pozaprocesowa, musi charakteryzować się użytecznością dla postępowania.

Trudno też uzasadnić wyrażane przez zwolenników przestrzegania postulowanego zakazu obawy, a odnoszące się wyłącznie do funkcjonariusza organu procesowego, co do procesowego wykorzystania uzyskanych przez niego w toku pozaprocesowego rozpytania informacji. Przedstawiciele reprezentujący takie stanowisko podnoszą bowiem, że jeżeli oceniany zakaz nie będzie respektowany, to rozpytujący funkcjonariusz będzie mógł celowo dążyć do zastępowania procesowego przesłuchania osoby, która ma wiedzę o okolicznościach przestępstwa, własnymi zeznaniami traktującymi o informacjach uzyskanych w toku rozpytania. Tymczasem zapominają oni najwyraźniej, że bezpośrednio przesłuchanie w toku procesu karnego osoby, która dysponuje ważkimi spostrzeże-

niami na temat przestępstwa, poczytywać należy jako bezwzględny procesowy obowiązek o doniosłym znaczeniu dla oceny rzetelności danego postępowania. Jeżeli zatem w toku prawidłowo przeprowadzonego procesu taka osoba zostanie przesłuchana, to zeznania funkcjonariusza publicznego na temat informacji uzyskanych w toku rozpytania tego pierwszego, nie zastąpią nigdy jego zaprotokołowanych deponycji. W takim ujęciu ocenianej problematyki procesowa relacja podmiotu, który posiada wiedzę o przestępstwie, jak i zeznania funkcjonariusza, który osobę taką pozaprocesowo rozpytał, będą współistnieć tworząc bogatą osnowę dowodową. Współistnienie tych procesowych deponycji, na co zwrócono już uwagę, da organowi prowadzącemu proces karny możliwość swobodnej oceny zgromadzonych dowodów, jak również umożliwi podejmowanie trafnych decyzji w szczególności wówczas, gdy osoba, która miała bezpośredni związek z przestępstwem, opíše w toku rozpytania wiarygodnie jego obraz, zaś w czasie przesłuchania zrelacjonuje okoliczności inkryminowanego zdarzenia w sposób niezgodny z jego rzeczywistym obrazem.

Nieco odmienna sytuacja procesowa wystąpi, gdy osoba, która pozaprocesowo udzieliła informacji istotnych dla czynienia ustaleń faktycznych na temat przestępstwa, odmówi w toku postępowania karnego złożenia wyjaśnień, względnie zeznań lub skorzysta z prawa odmowy odpowiedzi na pytania. Jak już jednak nadmieniono, zakaz wysłowiony wprost w treści art. 174 k.p.k. uniemożliwia zastępowanie deponycji oskarżonego albo świadka dokumentami wymienionymi w tym przepisie. Unormowanie to nie odnosi się zatem w żadnej mierze do sytuacji, gdy okoliczności faktyczne ustalane są na podstawie protokolarnie stwierdzonych deponycji podmiotu, który relacjonuje nieformalne wypowiedzi osoby posiadającej wiedzę o przestępstwie, a która w procesie karnym skorzystała ze służącego mu prawa do milczenia.

Trudno zresztą znaleźć wytłumaczenie odnoszące się do tego, z jakiego powodu właśnie procesowe wykorzystanie zeznań funkcjonariusza organu procesowego o wypowiedziach osoby rozpytanej budzi tak duże kontrowersje, natomiast nie są formułowane zastrzeżenia odnoszące się do problematyki wykorzystania w charakterze dowodu na te same okoliczności zeznań albo wyjaśnień osoby prywatnej, która przeprowadziła wypytanie. Wyrazem tych obaw są w szczególności formułowane przez zwolenników respektowania analizowanego zakazu tezy, że funkcjonariusz prowadzący rozpytanie będzie mógł dążyć do zastąpienia własnymi procesowymi relacjami zeznań albo wyjaśnień osoby pozaprocesowo rozpytanej. Postulaty te zdają się abstrahować od tego, że zeznania funkcyjona-

riusza, który uczestniczył w rozpytaniu, nie powinny w żadnym wypadku prowadzić do rezygnacji z procesowego przesłuchania osoby rozpytanej.

W analizowanym kontekście szczególnego podkreślenia wymaga spostrzeżenie wynikające z doświadczenia orzeczniczego autora niniejszego opracowania, że funkcjonariusz organu procesowego, a więc zasadniczo osoba postronna dla rozpytywanego, nie ma zazwyczaj interesu w tym, aby w toku procesu karnego dążyć do przedstawienia poczynionych pozaprocesowo ustaleń w sposób nieodpowiadający treści wypowiedzi osoby rozpytanej. Zdecydowanie częściej własny punkt widzenia, który nie odpowiada rzeczywistemu przebiegowi inkryminowanego zdarzenia, forsuje w toku postępowania karnego osoba prywatna, która wiedzę o przestępstwie czerpie z wypytania przeprowadzonego z podmiotem dysponującym spostrzeżeniami na temat przestępczego zdarzenia. Rzecz bowiem w tym, że tego rodzaju prywatne wypytanie realizuje nierzadko osoba, która nieprzypadkowo nawiązuje kontakt z uczestnikiem przestępstwa i przez to jest zainteresowana jego przebiegiem. Rozmowy tego rodzaju zasadniczo prowadzi podmiot powiązany z osobą zaangażowaną w inkryminowane zdarzenie, czy to zamieszkujący z uczestnikiem przestępczych zdarzeń członek jego rodziny, czy powiązany z nim znajomy. Tego rodzaju podmiot zdecydowanie częściej niż funkcjonariusz organu procesowego ma zatem różnorakie motywacje, które mogą skłaniać go do forsowania przy pomocy procesowych depozycji określonych tez, których wymowa nierzadko może zafałszowywać prawidłowy obraz zdarzeń.

Ponadto, w przeciwieństwie do funkcjonariusza organu procesowego, w szczególności wykonującego zadania z zakresu wykrywania czynów zabronionych i ścigania ich sprawców, osoba prywatna nie dysponuje zazwyczaj wiedzą, dzięki której potrafiłaby pozyskać informacje istotne dla czynienia poprawnych ustaleń faktycznych w postępowaniu karnym. Osoba prywatna będąc nierzadko emocjonalnie zaangażowana w zaistniałe zdarzenie, może nie mieć też wymaganego obiektywizmu potrzebnego dla ustalenia prawidłowego przebiegu inkryminowanego zajścia. Dodać ponadto należy, że jeżeli osoba prywatna pozostaje w bliskich relacjach z określonym uczestnikiem sporu, na kanwie którego dochodzi do popełnienia przestępstwa, to siłą rzeczy podmiot taki nie ma możliwości pozyskania informacji o inkryminowanym zdarzeniu przez rozpytanie zaangażowanego w spór podmiotu, który jest jednak zantagonizowany z tymże uczestnikiem.

Tego rodzaju zastrzeżenia nie odnoszą się zazwyczaj do funkcjonariusza organu procesowego, który przeprowadza rozpytanie. Ponadto

funkcjonariusz często dokumentuje poczynione w trakcie rozpytania informacje w formie notatek urzędowych lub zapisków służbowych, czego zasadniczo nie czyni prywatna osoba, która prowadzi tego rodzaju rozmowę. Także z tego powodu właśnie przedstawiciel organu procesowego składając w toku procesu depozycje, niejednokrotnie po upływie dłuższego czasu od momentu przeprowadzenia rozpytania, relacjonuje zasadniczo zdecydowanie więcej szczegółów na temat uzyskanych od osoby rozpytanej informacji aniżeli osoba prywatna, która przeprowadziła tego rodzaju pozaprocesowe wypywanie.

Nie da się oczywiście wykluczyć sytuacji, w której również funkcjonariusz organu procesowego przeprowadzający rozpytanie, będzie miał własny interes procesowy w tym, żeby okoliczności przestępczego zdarzenia przedstawić niezgodnie z ustaleniami poczynionymi w czasie realizowania analizowanej czynności pozaprocesowej. Wydaje się jednak, że tego rodzaju niebezpieczeństwo w odniesieniu do przedstawiciela władzy publicznej jawi się jako zdecydowanie mniejsze aniżeli w przypadku osoby prywatnej. Niemniej jednak przesłuchanie w toku procesu zarówno funkcjonariusza na temat wiedzy uzyskanej w toku rozpytania, jak i samej osoby rozpytanej, pozwoli ocenić wiarygodność obu tych źródeł dowodowych.

Zgodzić należy się natomiast z niekwestionowanym przez przedstawicieli wszystkich omówionych nurtów interpretacyjnych poglądem, że nie mogą podlegać procesowemu wykorzystaniu zeznania funkcjonariusza organu procesowego, który prowadził przesłuchanie na okoliczność przebiegu tej czynności procesowej. Nie można również wykorzystać w celu stwierdzenia tych samych okoliczności zeznań innej osoby, która ma wiedzę o przebiegu przesłuchania. Rzecz bowiem w tym, że jedyną dopuszczalną formą stwierdzenia przebiegu przesłuchania uczestnika postępowania karnego, niezależnie od jego procesowego statusu, jest protokół, który musi spełniać warunki opisane w art. 148–151 k.p.k. Jeżeli zatem określona wypowiedź nie zostanie w tym dokumencie odnotowana, to nie można innymi źródłami dowodowymi wykazywać, że w czasie przesłuchania taka wypowiedź nie została wypowiedziana albo miała inny kontekst aniżeli ten wynikający z protokolarnego zapisu.

Nie można natomiast jednoznacznie zaaprobować tezy, zgodnie z którą analizowany w niniejszym opracowaniu zakaz wprowadzania do osnowy dowodowej informacji pozyskanych przez funkcjonariusza organu procesowego w toku rozpytania (zarówno przez przeprowadzenie dowodu, jak i czynienie ustaleń faktycznych na podstawie przeprowadzonego już dowodu), powinien aktualizować się w sytuacji, gdy osoba ta

po przeprowadzeniu rozpytania miała jakikolwiek kontakt z prowadzonym postępowaniem karnym²⁹. W tej sytuacji rzeczywiście istnieje niebezpieczeństwo odtworzenia, nawet nieświadomie, przez taką osobę wypowiedzi rozpytanego podmiotu nie tyle w oparciu o złożone w czasie czynności pozaprocesowej depozycje, ale na podstawie jej wypowiedzi zawartych w wyjaśnieniach albo zeznaniach. Rzecz bowiem w tym, że z racji zaangażowania funkcjonariusza w postępowanie karne, ma on możliwość uzyskania w różnoraki sposób wiedzy o procesowych relacjach osoby uprzednio przez niego rozpytanej. W efekcie przedstawiciel organu procesowego może mieć trudność z rozróżnieniem tego, co określona osoba przekazała w toku rozpytania, a co w toku procesowego przesłuchania. Uznać jednak trzeba, że tego rodzaju obawy zaktualizują się wyłącznie w odniesieniu do funkcjonariusza, którego zaangażowanie w określone postępowanie karne można określić jako istotne. Trudno wyobrazić sobie przecież sytuację, że zeznania rozpytującego zostaną wyłączone z osnowy dowodowej procesu, gdy poza rozpytaniem brał on udział w czynnościach o charakterze drugorzędym dla tego postępowania, w szczególności takich, które nie skutkowały jego osobistym kontaktem z osobą rozpytaną, przykładowo w oględzinach dowodów rzeczowych, ewentualnie ich transporcie. Należy też podnieść, że jeżeli nawet funkcjonariusz był wiodącą osobą w określonym postępowaniu, jednak przed procesowym przesłuchaniem osoby wcześniej rozpytanej sporządził dokumenty obrazujące przebieg tej ostatniej czynności pozaprocesowej, to wówczas także nie dojdzie do aktualizacji omawianej obawy. W oparciu o pisma, zapiski albo notatki urzędowe będzie przecież można w analizowanej sytuacji stanowczo stwierdzić, w jakim zakresie depozycje funkcjonariusza odnoszą się do informacji uzyskanych w toku rozpytania, a jakie dane pochodziły z procesowego przesłuchania podmiotu uprzednio rozpytanego.

Na kanwie tych rozważań należy zatem sformułować tezę, zgodnie z którą, jeżeli funkcjonariusz organu procesowego poza rozpytaniem brał udział w postępowaniu karnym, którego owe rozpytanie dotyczyło, to jego zeznania na temat okoliczności podanych przez rozpytanego nie powinny stanowić dowodu, tylko wówczas, jeżeli wystąpi faktyczne niebezpieczeństwo, że może on mieć trudność w rozróżnieniu okoliczności uzyskanych w toku rozpytania, od tych podanych w czasie przesłuchania

²⁹ Wyroki Sądu Najwyższego z dnia 25 kwietnia 1930 r., sygn. VI ZK 354/30, *op. cit.*; z dnia 11 października 1976 r., sygn. II KR 252/76, *op. cit.*; wyrok Sądu Apelacyjnego we Wrocławiu z dnia 29 grudnia 2009 r., sygn. II AKa 405/09, *op. cit.*; wyrok Sądu Apelacyjnego w Lublinie z dnia 4 grudnia 2012 r., sygn. II AKa 266/12, *op. cit.*

tego samego podmiotu. Jeżeli natomiast takie obawy nie zaistnieją, czy to z uwagi na fakt, że funkcjonariusz po przeprowadzeniu rozpytania miał tylko incydentalny kontakt z danym postępowaniem, ewentualnie będzie można stanowczo stwierdzić, jakie okoliczności zostały przez uczestnika procesu opisane pozaprocesowo, a jakie w trakcie jego przesłuchania, to nie będzie przeszkód, aby relacje takiego funkcjonariusza co do przebiegu rozpytania, zostały uznane za pełnowartościowy dowód. Nie wystąpią oczywiście w tego rodzaju przypadkach żadne kontrowersje, gdy rozpytany zrelacjonuje te same okoliczności również w toku jego przesłuchania.

Na koniec rozważań podnieść trzeba, że wprowadzenie zwolennicy przestrzegania zakazu wykorzystywania procesowego depozycji funkcjonariusza organu procesowego traktujących o informacjach uzyskanych w czasie rozpytania, nie podnoszą wprost wątpliwości co do tego, że przeprowadzenie tej pozaprocesowej czynności nie wymaga przestrzegania przez rozpytującego szeregu gwarancyjnych unormowań przewidzianych dla procesowego przesłuchania. W szczególności rozpytujący nie ma obowiązku pouczyć rozpytywanego o tym, że w przypadku wystąpienia warunków z art. 182 § 1 i 3 k.p.k., art. 183 § 1 k.p.k. i art. 185 k.p.k. może skorzystać z prawa odmowy wypowiedzi. Rzecz jednak w tym, że gwarancje procesowe przewidziane dla przesłuchania zostały statutowane z konkretnych powodów, a mianowicie dlatego, że relacje złożone w toku tego rodzaju czynności procesowych mogą wywołać daleko idące konsekwencje dla przesłuchiwanego. Gdy chodzi o oskarżonego, to przed przesłuchaniem poucza się go przede wszystkim o prawie odmowy złożenia wyjaśnień lub odpowiedzi na pytania, bowiem skoro jego procesowe wypowiedzi stanowią będą osnowę dowodową procesu karnego, toteż mogą aktualizować po jego stronie odpowiedzialność karną. Ponadto oskarżony nie ma obowiązku dowodzenia swej winy lub niewinności. Jeżeli natomiast chodzi o świadka, to stosownych pouczeń udziela się mu dlatego, że, z jednej strony, poza wypadkami przewidzianymi w powołanych przepisach, ma on obowiązek złożenia zeznań, a złożenie zeznań fałszywych stanowi przestępstwo.

Zapewnianie tego rodzaju gwarancji osobie rozpytywanej nie znajduje jednak żadnego uzasadnienia, jako że jej wypowiedzi nie będą stanowić bezpośredniego dowodu, a więc nie będą mogły zostać w takiej formie wykorzystane procesowo. Co więcej, skoro rozpytanie stanowi czynność pozaprocesową, to informacje przekazane przez rozpytywanego nie muszą być prawdziwe. Podanie zatem przez rozpytywanego nieprawdy nie będzie mogło zostać potraktowane jako fałszywe zeznanie. Z tego powodu nie ma zatem potrzeby pouczenia takiej osoby o odpowiedzialności

karnej za świadome złożenie fałszywych zeznań, a więc także o prawie odmowy złożenia zeznań albo odpowiedzi na pytania. Nie można też tracić z pola widzenia tego, że osoba, która zostaje wezwana do pozaprocesowego wypowiedzenia się na temat okoliczności przestępstwa, nie musi udzielać żadnych odpowiedzi. Skoro bowiem nie występuje ona w toku rozpytania w procesowym charakterze, to nie ma zarazem powinności wypowiadania się. Przeprowadzający rozpytanie nie może jednocześnie zobowiązać osoby rozpytywanej do wypowiedzenia się.

Rozwijając zasygnalizowane zagadnienie podnieść należy, że osoba pozaprocesowo indagowana nie ma obowiązku przekazywania żadnych informacji nawet wówczas, gdy rozmowę prowadzi funkcjonariusz organu procesowego. Wszak rozpytujący nie ma podstaw normatywnych, które uprawniałyby go do pouczenia osoby rozpytywanej o powinności wypowiadania się, a w konsekwencji o obowiązku mówienia prawdy i odpowiedzialności karnej za podanie informacji nieprawdziwych lub zatajenie prawdy. Co więcej, rozpytania jako czynności pozaprocesowej nie można poczytywać jako zrealizowanej w ramach innego postępowania prowadzonego na podstawie ustawy. To zaś oznacza, że zastrzeżona w art. 74 § 1 k.p.k. dla osoby rozpytywanej, która potencjalnie może znajdować się w kręgu podejrzeń organów ścigania o popełnienie czynu zabronionego, gwarancja *nemo se ipsum accusare tenetur*, która zwalnia każdego z obowiązku wykazywania własnej niewinności i samooskarżania, bezsprzecznie chroni każdą jednostkę przed negatywnymi konsekwencjami jej bierności. Zasada ta chroni zatem również osobę, które nie uzyskała w postępowaniu karnym statusu strony. Z jednej bowiem strony, zawińnięcie i sprawstwo takiej osoby musi zostać jednoznacznie wykazane przez organy ścigania. Z materialnego natomiast punktu widzenia reguła ta wyłącza odpowiedzialność karną za brak współdziałania z organami ścigania, a zatajenie przez rozpytywanego informacji istotnych dla rekonstrukcji inkryminowanego zdarzenia, czy nawet celowe udzielenie informacji nieprawdziwych, nie aktualizuje wobec niej odpowiedzialności karnej z art. 233 § 1 k.k.³⁰

Powyższe rozważania prowadzą zatem do wniosku, że osoba rozpytywana nie znajduje się w wieloznacznej sytuacji, która nie gwarantowałaby jej swobody w podjęciu decyzji zarówno co do udzielenia rozpytującemu informacji, jak również ich zakresu. Wprawdzie prowadzący rozpytanie, z uwagi na to, że nie można tego rodzaju czynności traktować jako

³⁰ Z. Sobolewski, Samooskarżenie w świetle prawa karnego (*nemo se ipsum accusare tenetur*), Warszawa 1982, s. 13–14; wyrok Sądu Apelacyjnego w Lublinie z dnia 17 czerwca 2014 r., sygn. II AKa 119/14, *op. cit.*

zdarzenia procesowego, bądź w postaci składania zeznań, bądź wyjaśnień, nie ma także uprawnienia do uprzedzenia osoby rozpytywanej o prawie odmowy udzielenia informacji i to nawet, gdy podmiot rozpytywany znajduje się w kręgu podejrzenia lub gdyby służyło mu jako przyszłemu świadkowi prawo odmowy złożenia w procesie zeznań. Rozważając jednak tę sytuację od strony pozytywnej nie można przyjąć, że rozpytywany zostaje w ten sposób wprowadzony w błąd, skoro nie zostaje na niego nałożona powinność wypowiadania się, a więc także mówienia prawdy.

4. Podsumowanie

Dopuszczalność dowodowego wykorzystania w postępowaniu karnym informacji uzyskanych od osoby rozpytywanej, a polegająca na przesłuchaniu funkcjonariusza organu procesowego, który przeprowadził rozpytanie, budzi wątpliwości w judykaturze i doktrynie. Choć podobny procesowy mechanizm dowodowego wykorzystania depozycji osoby nieurzędowej, która dokonała wypymania podmiotu mającego wiedzę o przestępstwie jest stosowany w praktyce organów postępowania karnego. Tymczasem, co zaskakujące, przesłuchanie osoby prywatnej na okoliczność przebiegu wypymania nie wzbudziło żadnych kontrowersji w orzecznictwie oraz w literaturze przedmiotu, a wskazano już, że taki sposób dowodzenia niesie ze sobą dalej idące niebezpieczeństwa aniżeli te wynikające z dowodzenia polegającego na przesłuchaniu funkcjonariusza.

Autor opracowania wyraża zapatrywanie, że dopuszczalność dowodowego wykorzystania informacji zasłyszanych przez osobę nieurzędową w toku wypymania podmiotu dysponującego danymi dotyczącymi czynu zabronionego, a polegająca na przesłuchaniu wypytywanego na okoliczność uzyskanych od rozmówcy danych, jak i zapewnienie organowi procesowemu możliwości czynienia na podstawie takiego dowodu ustaleń faktycznych, nie powinna być w żaden sposób limitowana.

Gdy zaś chodzi o możliwość tego rodzaju dowodowego wykorzystania depozycji funkcjonariusza organu procesowego na okoliczność przebiegu rozpytania, to zdaniem autora artykułu, z powodu obowiązywania w procesie karnym zasady prawdy obiektywnej, może być ona ograniczana tylko w wyjątkowych przypadkach. Mianowicie nie powinny być wykorzystywane w procesie karnym depozycje funkcjonariusza na temat danych zasłyszanych w toku rozpytania, jeżeli wykonywał on też inne czynności w danej sprawie, przy czym oceniany zakaz powinien obowiązywać tylko wówczas, gdy wystąpi rzeczywiste niebezpieczeństwo, że dany funkcjonariusz może mieć trudność w rozróżnieniu okoliczności za-

słyszanych w toku rozpytania, od tych podanych w czasie procesowego przesłuchania osoby uprzednio pozaprocessowo zindagowanej. Tego rodzaju obawy nie wystąpią, jeżeli funkcjonariusz poza przeprowadzeniem rozpytania nie miał innego kontaktu z danym postępowaniem albo miał tylko incydentalny z nim kontakt. Wątpliwości nie pojawią się również, gdy wprowadzie przedstawiciel organu procesowego poza rozpytaniem określonej osoby był istotnie zaangażowany w dane postępowanie, jednak będzie można stanowczo ustalić, jakie okoliczności zostały przez określoną osobę zrelacjonowane w toku rozpytania, a jakie w trakcie jej przesłuchania, np. przez ocenę dokumentujących rozpytanie notatki urzędowej lub zapisku służbowego.

Przypomnieć też należy, że na pełną aprobatę zasługuje niekwestionowane w orzecznictwie i literaturze przedmiotu stanowisko, zgodnie z którym procesowemu wykorzystaniu nie mogą podlegać zeznania funkcjonariusza organu procesowego, który brał udział w przesłuchaniu na okoliczność przebiegu tej czynności procesowej (ewentualnie innej osoby, która ma wiedzę o jej przebiegu). Jediną bowiem dopuszczalną formą stwierdzenia przebiegu przesłuchania jest protokół, a zatem tylko wypowiedzi w tym dokumencie odnotowane mogą stanowić podstawę ustaleń faktycznych. To zaś oznacza, że jeżeli nie zostanie w tym dokumencie odnotowana jakaś okoliczność, to nie można jej wykazywać innymi źródłami dowodowymi.

Admissibility of taking and using evidence in criminal proceedings, of information obtained from a preliminarily questioned or enquired individual

Abstract

This paper explores the admissibility of taking and using evidence in criminal proceedings, of information about circumstances of a prohibited act, where such information comes from a preliminarily questioned or enquired individual and is obtained through an interview with an officer representing an authority conducting proceedings, who conducted the questioning process, or through an interview with a person, who does not

represent such authority but conducted the enquiry. The issue of evidence taken through an interview with an officer as to statements made by a preliminarily questioned individual raises many doubts among legal academics, commentators and administrators of justice dealing with criminal procedure law. This paper supports the admissibility of such evidence to the greatest possible extent, including evidence taken through an interview with an officer representing an authority conducting proceedings as to the context of the statements made by a questioned individual, and with a private individual as to information provided to such individual by an enquired individual.

Zygmunt Kukuła

Przepadek przedsiębiorstwa jako nowy instrument polityki kryminalnej

Streszczenie

Institucja przypadku przedsiębiorstwa jest nowym rozwiązaniem wprowadzonym niedawno do kodeksu karnego, które w zamyśle jego twórców ma wzmocnić dotychczasowe instrumenty prawne w walce z przestępczością gospodarczą. Wykazuje ona w wielu miejscach istotne podobieństwa do środka karnego przypadku przedmiotów, który już od dawna jest wykorzystywany w praktyce. Rozwiązania o których mowa w art. 44a k.k. mają charakter fakultatywny i uzależnione są od spełnienia kilku przesłanek, którym poświęcono uwagę w toku prowadzonych rozważań. Charakterystyczną cechą nowego rozwiązania jest też to, że dopuszcza się orzeczenie przypadku przedsiębiorstwa niebędącego własnością sprawcy.

1. Uwagi wstępne

Sprawniejsze i efektywniejsze zwalczanie przestępczości gospodarczej od wielu już lat stanowi jedno z głównych zaleceń stawianych przed prawem karnym gospodarczym. Jednym ze środków prowadzących do osiągnięcia tego celu jest dążenie do odebrania sprawcom osiągniętych drogą przestępstwa korzyści majątkowych. Proces odzyskiwania mienia utraconego należącego do pokrzywdzonych, jak też pozbawianie sprawców nienależnych im profitów, wciąż napotyka na poważne trudności, spowalniające skuteczność podejmowanych wysiłków organów ścigania. Przyczyn takiego stanu rzeczy jest sporo, nie sposób w ramach tego opracowania odnieść się do wszystkich z nich. Przeznaczony do tego zadania środek karny w postaci przypadku przedmiotów, funkcjonujący od dawna w kodeksie karnym, pomimo niewątpliwych zalet wciąż nie wydaje się w pełni skutecznym i satysfakcjonującym instrumentem, prowadzącym do tego celu. Przyczyna tkwi w sukcesywnie udoskonalanych formach ukrywania i transferu korzyści, osiągniętych z popełnionych przestępstw gospodarczych.

Podjęto w tej sytuacji przedsięwzięcia zmierzające w kierunku skonstruowania skuteczniejszych metod pozbawiania sprawców korzyści uzyskanych tą drogą. Nawiązują one w swojej istocie do rozwiązań dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/42/UE z dnia 3 kwietnia 2014 r. w sprawie zabezpieczenia i konfiskaty narzędzi służących do popełnienia przestępstwa i korzyści pochodzących z przestępstwa w Unii Europejskiej¹. Jednym z nich jest wprowadzona ustawą z dnia 23 marca 2017 r. o zmianie kodeksu karnego², nowelizacja tego kodeksu, której ikoną jest umieszczenie w rozdziale Va nowego art. 44a, kreującego przepadek przedsiębiorstwa jako nowy środek prowadzący do osiągnięcia zakładanego celu³. Nowela weszła w życie z dniem 27 kwietnia 2017 r. Istota wprowadzonych rozwiązań z pewnością posiada charakter nowatorski, natomiast ich praktyczna przydatność z powodu zbyt krótkiego okresu obowiązywania nie mogła zostać jeszcze zweryfikowana.

Z tego między innymi powodu należałoby dokładniej przyrzeć się wprowadzonym rozwiązaniom. Trzeba uwzględnić ich podobieństwa do innych środków karnych, wykorzystywanych do odbierania sprawcom nienależnych korzyści, nabytych drogą przestępstwa. Przepadek przedsiębiorstwa lub jego równowartości, jako rozwiązanie nowe, wymaga ustalenia wykładni niektórych jego zapisów, w kontekście oczekiwań ze strony praktyków, chcących zastosować ten przepis w przyszłości. Lektu-

¹ Dz. Urz. UE L 127 z dnia 29 kwietnia 2014 r., s. 39.

² Dz. U. z 2017 r., poz. 768.

³ Art. 44a. § 1. W razie skazania za przestępstwo, z którego popełnienia sprawca osiągnął, chociażby pośrednio, korzyść majątkową znacznej wartości, sąd może orzec przepadek przedsiębiorstwa stanowiącego własność sprawcy albo jego równowartości, jeżeli przedsiębiorstwo służyło do popełnienia tego przestępstwa lub ukrycia osiągniętej z niego korzyści. § 2. W razie skazania za przestępstwo, z którego popełnienia sprawca osiągnął, chociażby pośrednio, korzyść majątkową znacznej wartości, sąd może orzec przepadek niestanowiącego własności sprawcy przedsiębiorstwa osoby fizycznej albo jego równowartości, jeżeli przedsiębiorstwo służyło do popełnienia tego przestępstwa lub ukrycia osiągniętej z niego korzyści, a jego właściciel chciał, aby przedsiębiorstwo służyło do popełnienia tego przestępstwa lub ukrycia osiągniętej z niego korzyści albo, przewidując taką możliwość, na to się godził. § 3. W razie współwłasności przepadek, o którym mowa w § 1 i 2, orzeka się z uwzględnieniem woli i świadomości każdego ze współwłaścicieli i w ich granicach. § 4. Przepadku, o którym mowa w § 1 i 2, nie orzeka się, jeżeli byłoby to niewspółmierne do wagi popełnionego przestępstwa, stopnia zawińnięcia oskarżonego lub motywacji i sposobu zachowania się właściciela przedsiębiorstwa § 5. Przepadku, o którym mowa w § 1 i 2, nie orzeka się, jeżeli szkoda wyrządzona przestępstwem lub wartość ukrytej korzyści nie jest znaczna wobec rozmiaru działalności przedsiębiorstwa. § 6. Sąd może odstąpić od orzeczenia przepadku, o którym mowa w § 2, także w innych, szczególnie uzasadnionych przypadkach, kiedy byłby on niewspółmiernie dolegliwy dla właściciela przedsiębiorstwa.

ra treści art. 44a k.k. wskazuje na potencjalną możliwość pojawienia się tych problemów.

2. Instytucja przepadku w prawie karnym

Jednym ze sposobów prowadzenia skutecznej polityki kryminalnej było ustanowienie przepadku, który pozwala na redukcję nielegalnych dochodów ze źródeł przestępczych. Przepadek przedmiotów zalicza się do środków kompensacyjnych, wymienionych w kodeksie karnym w rozdziale Va, noszącym obecnie tytuł – Przepadek i środki kompensacyjne. W art. 44 k.k. przewidziano, że sąd orzeka przepadek przedmiotów pochodzących bezpośrednio z przestępstwa (*producta sceleris*), a także może orzec, a w wypadkach wskazanych w ustawie orzeka przepadek przedmiotów, które służyły lub były przeznaczone do popełnienia przestępstwa (*instrumenta sceleris*). Zwrócić należy przy tym uwagę, że w sytuacji kiedy orzeczenie przepadku nie jest możliwe, sąd może orzec przepadek równowartości przedmiotów pochodzących bezpośrednio z przestępstwa, bądź służących lub przeznaczonych do jego popełnienia. Na kanwie podjętego tematu warto odnieść się zwięźle do istoty rozwiązań przewidzianych w art. 45 k.k., dotyczących przepadku korzyści. Znajdzie to swoje zastosowanie w sytuacji, gdy sprawca osiągnął z popełnienia przestępstwa chociażby pośrednio korzyść majątkową, nie podlegającą przepadkowi przedmiotów. Sąd obligatoryjnie orzeka wtedy przepadek takiej korzyści lub jej równowartości.

Aktualnie obowiązujący kodeks karny przekreślił możliwość korzystania z instytucji konfiskaty mienia, występującej w regulacjach swojego poprzednika z roku 1969. Zamiast tego, uchylone rozwiązanie zastąpiono przepadkiem korzyści uzyskanych z przestępstwa jako instytucją nową, ponieważ sam środek karny przepadku przedmiotów, obowiązywał nieprzerwanie w naszym prawie karnym od 1932 r. Potrzebę wprowadzenia przepadku korzyści dyktowała szybko rozwijająca się przestępczość gospodarcza, narastająca równoległe do progresji elementów gospodarki wolnorynkowej w Polsce w latach 90-tych ubiegłego stulecia. Popełniane przestępstwa gospodarcze przynoszą sprawcom korzyści majątkowe sporej wartości, co musiało skłonić ustawodawcę do poszukiwania jakiejś formy reakcji na to negatywne zjawisko. Jednocześnie pojawiać zaczęły się międzynarodowe zobowiązania Polski, w kierunku implementacji zobowiązań w ściganiu przestępczości oraz unijnych standardów prawa, co wymusiło potrzebę wdrożenia do krajowego porządku prawnego narzędzi, służących do odebrania sprawcom nienależnych korzyści uzyskanych z prze-

stępstw gospodarczych. Koncepcja ta materializuje przyjęty w ramach struktur Unii Europejskiej zamysł, tzw. „trzeciego wymiaru ścigania karne-go”. Ma on na celu zagwarantowanie nieopłacalności przestępstw, przy pomocy konfiskaty mienia pozyskanego z nielegalnych źródeł⁴.

Warte podkreślenia jest również to, że przepadek rzeczy jako dopuszczalne rozwiązanie ograniczające prawo własności, wpisano wprost do Konstytucji RP. Art. 46 Konstytucji potwierdza, że przepadek rzeczy może nastąpić tylko w przypadkach określonych w ustawie, i tylko na podstawie prawomocnego wyroku sądu. Orzeczenie przepadku przedmiotów powinno wskazywać, komu i za co wymierza się ten środek karny⁵. Gdy chodzi o funkcję przepadku przedmiotów, to normy art. 44 § 1 i 6 k.k. pełnią w tym obszarze funkcję represyjną, natomiast przepadek narzędzi służących do popełnienia przestępstwa w § 2 prewencyjną i moralno-symboliczną⁶.

Generalnie przepadek możliwy jest w odniesieniu do przedmiotów pochodzących bezpośrednio z przestępstwa, a ponadto służących do popełnienia przestępstwa oraz tych, których wytwarzanie, posiadanie lub obrót nimi są zakazane. Należy przy tym bezwzględnie wskazać w orzeczeniu, która rzecz zostaje objęta przepadkiem. Przepadkowi jako takiemu nie podlega odpowiednia ilość rzeczy tego samego rodzaju, lecz konkretne rzeczy, uzyskane z czynu zabronionego⁷. Wykluczono sytuację w której przepadek dopuszczalny byłby wobec przedmiotów pochodzących z innych przestępstw popełnionych przez sprawcę⁸. W efekcie orzeczenia przepadku przedmiotów, przechodzą one z mocy prawa na własność Skarbu Państwa, z chwilą uprawomocnienia się wyroku skazującego.

3. Przepadek przedsiębiorstwa na tle środka karnego przepadku przedmiotów

Przepadek przedsiębiorstwa oraz przepadek przedmiotów pochodzących z przestępstwa wykazują w swoich głównych założeniach charakter typowych środków karnych, orzekanych wobec sprawców przestępstw, motywowanych dążeniem do osiągnięcia korzyści majątkowej. Poddając

⁴ M. P r e n g e l, Nowa strategia Unii Europejskiej w walce z przestępczością – rozszerzone możliwości konfiskaty mienia. *Prawo Unii Europejskiej* 2003, nr 3, s. 7.

⁵ Wyrok SA w Krakowie z dnia 21 marca 2001 r., sygn. II Aka 28/01, KZS 2001, nr 4, poz. 24.

⁶ Z. S i e n k i e w i c z, O funkcjach przepadku przedmiotów w projekcie kodeksu karnego, *Państwo i Prawo* 1997, nr 4, s. 79; J. W a r y l e w s k i, *Prawo karne. Część ogólna*, Warszawa 2004, s. 579.

⁷ Wyrok SA w Krakowie z dnia 2 stycznia 1991 r., sygn. II Ak 1/90, KZS 1991, nr 1, poz. 7.

⁸ Wyrok SN z dnia 21 października 1974 r., sygn. II KR 186/74, OSNPG 1975, nr 3, poz. 34.

bliższej analizie obydwu rozwiązania nasuwa się wniosek w świetle którego, poza przynależnością ich obu do tego samego rozdziału kodeksu karnego, zauważyć można zachodzące pomiędzy nimi zarówno podobieństwa jak i różnice. Szersza diagnoza charakteryzowanego środka karnego przeprowadzona zostanie nieco później, tym niemniej już na tym etapie należałoby zwrócić uwagę na niektóre istotne elementy nowego środka karnego z art. 44a k.k.

Na wstępie nie sposób nie zauważyć, że przepadek przedsiębiorstwa lub jego równowartości, w każdej sytuacji która za tym przemawia, zawsze orzekany jest fakultatywnie, w przeciwieństwie do obligatoryjnego przepadku przedmiotów oraz korzyści majątkowej. Takie podejście ustawodawcy może świadczyć o potrzebie dużo wnikliwszej i ostrożniejszej oceny przy badaniu podstaw przepadku przedsiębiorstwa. Może też być to związane ze złożonością stosowanych procedur, pozwalających na orzeczenie tego środka. Tym, co z pewnością wpływa na ostrożność w zasądzeniu nowego środka, są znacznie większe trudności w udowodnieniu związku przedsiębiorstwa prowadzonego przez sprawcę z popełnionym przestępstwem, w efekcie którego osiągnął on korzyść majątkową znacznej wartości. W odniesieniu natomiast do przepadku przedmiotów pochodzących z przestępstwa, potencjalne przeszkody zredukowane zostały do minimum. Przedmiotami podlegającymi przepadkowi mogą zostać uznane zarówno obiekty materialne jak i niematerialne, czego nie sposób powiedzieć o przedsiębiorstwie, jako składniku wielu różnych elementów. Przedmiotami w rozumieniu art. 44a k.k. będą odpowiedniki rzeczy, właściwe dla opisu ustawowego znamion przestępstwa paserstwa. Wykluczono możliwość orzeczenia przepadku w stosunku do majątkowych dóbr niematerialnych, bądź rzeczy materialnych nie egzystujących samodzielnie ze względu na to, że są one częścią składową innych rzeczy⁹.

Wykorzystanie możliwości zasądzenia przepadku przedmiotów nie jest limitowane w żaden sposób, chociażby poprzez wysokość kwotową szkody wyrządzonej przestępstwem. Ciężar gatunkowy popełnionego czynu nie odgrywa tu żadnego znaczenia. Inaczej przedstawia się na tym tle możliwość orzeczenia przepadku przedsiębiorstwa, albowiem sprawca musi tutaj osiągnąć korzyść majątkową znacznej wartości, co w obecnym stanie prawnym oznacza pułap powyżej 200 000 zł. Rozszerzono zasięg omawianego rozwiązania na przedsiębiorstwo nie stanowiące własności sprawcy, jeżeli osiągnął on chociażby pośrednio korzyść majątkową, a właściciel owego przedsiębiorstwa chciał, by służyło ono do

⁹ R. Zawłocki, (w:) M. Królikowski, R. Zawłocki, Kodeks karny. Część ogólna. T. 2, Warszawa 2011, s. 189.

popelnienia przestępstwa lub ukrycia osiągniętej z niego korzyści, albo przewidując taką możliwość na to się godził. Tak sformułowana koncepcja odpowiedzialności nie znajdzie zastosowania podczas orzekania przypadku przedmiotów.

Obydwa porównywane środki karne pozwalają na orzeczenie przypadku równowartości udziału należącego do sprawcy, odmiennie przy tym kształtując przesłanki, które do tego prowadzą. Przecadek udziału należącego do sprawcy następuje bez żadnych ograniczeń, wynikających chociażby z tytułu jego roli w popełnionym przestępstwie, ponieważ przepis nie wprowadza tu żadnych dodatkowych kryteriów, uwzględnianych w procesie decyzyjnym. Surowsze ograniczenia występują natomiast przy orzekaniu przypadku przedsiębiorstwa lub jego równowartości. Wynika to wprost z regulacji art. 44a § 3 k.k., wprowadzającej imperatyw uwzględnienia woli i świadomości każdego ze współwłaścicieli przedsiębiorstwa, oraz ich granice we wspomnianym procederze. Jeżeli chodzi o szacowanie wartości udziału drugiej osoby, to orzecznictwo zgodnie wskazuje na konieczność dokonania takiego szacunku na chwilę popełnienia przestępstwa¹⁰. W odniesieniu do zasad obowiązujących przy szacowaniu wartości udziałów w przedsiębiorstwie, nie wypracowano dotąd żadnych reguł takiej oceny. Wiele jednak przemawia za przyjęciem również jako stałego punktu odniesienia chwili popełnienia przestępstwa, choć z pewnością pojawi się konieczność zmiany, sugerującej uwzględnienie chwili osiągnięcia tej korzyści, albowiem chwila popełnienia przestępstwa i chwila uzyskania takiej korzyści wcale nie muszą się ze sobą pokrywać.

Przecadek równowartości przedmiotu ma charakter subsydiarny i może być orzekany dopiero, gdy nie jest możliwe orzeczenie przypadku samego przedmiotu. Wśród przesłanek przypadku przedsiębiorstwa występuje natomiast kilka możliwości, które przemawiają przeciwko jego orzeczeniu. Dla porównania sytuacji takiej nie przewiduje art. 44 k.k., szerzej jednak na ten temat w dalszych uwagach.

4. Pojęcie przedsiębiorstwa w świetle zapisów art. 44a k.k.

Ponieważ zakresem oddziaływania środka karnego w tej postaci jest przedsiębiorstwo, należałoby przybliżyć znaczenie tej nazwy, w aspekcie wymagań stawianych w związku z jego orzekaniem. Właściwe zdefiniowanie przedsiębiorstwa które może być obiektem przypadku, jest kro-

¹⁰ Wyrok SN z dnia 26 lutego 2007 r., sygn. IV KK 56/07, Lex nr 398499.

kiem podjętym w intencji wyznaczenia granic oddziaływania tego przepisu. Przyznać należy, że użyte w treści art. 44a k.k. określenie „przedsiębiorstwo” jest mało transparentne, i nie ułatwia tym samym procesu wykładni tego zwrotu. W pewnym stopniu rozbieżności powstałe na tym tle, zostały znacząco zredukowane, w drodze wprowadzenia rozwiązań z § 2, w którym posłużono się terminem „przedsiębiorstwo osoby fizycznej”. Za pomocą tego zabiegu poza nawias przedsiębiorstwa, bezspornie wyłączyć należy spółki kapitałowe.

W zamiarze usystematyzowania uwag zmierzających do ustalenia, o jaki typ przedsiębiorstwa chodzi, ponieważ zwrot użyty w art. 44a k.k. nie występuje w słowniku wyrażeń ustawowych art. 115 k.k., odpowiedzi poszukiwać należałoby w prawie cywilnym, oraz w innych ustawach o zbliżonym charakterze. Analizując dotychczasowe stanowisko obowiązujące w doktrynie prawa cywilnego, natrafiamy na trzy odmienne koncepcje postrzegania przedsiębiorstwa: podmiotowa, przedmiotowa i funkcjonalna. Użyte w treści art. 55¹ kodeksu cywilnego pojęcie przedsiębiorcy jest tożsame z podmiotowo-funkcjonalną jego koncepcją. Zgodnie z tym założeniem, przedsiębiorstwo jest zorganizowanym zespołem składników niematerialnych i materialnych, przeznaczonym do prowadzenia działalności gospodarczej. Obejmuje ono w szczególności:

- oznaczenia indywidualizujące przedsiębiorstwo lub jego wyodrębnioną część (nazwa przedsiębiorstwa),
- własność nieruchomości lub ruchomości w tym urządzeń, materiałów, towarów i wyrobów, oraz inne prawa rzeczowe do nieruchomości lub ruchomości,
- prawa wynikające z umów najmu i dzierżawy nieruchomości lub ruchomości, oraz prawa do korzystania z nieruchomości lub ruchomości wynikające z innych stosunków prawnych,
- wierzytelności, prawa z papierów wartościowych i środki pieniężne,
- koncesje, licencje i zezwolenia,
- patenty i inne prawa własności przemysłowej,
- majątkowe prawa autorskie i majątkowe prawa pokrewne,
- tajemnice przedsiębiorstwa,
- księgi i dokumenty związane z prowadzeniem działalności gospodarczej.

Z kolei art. 43¹ k.c. za przedsiębiorcę uznaje osobę fizyczną, osobę prawną i jednostkę organizacyjną nie będącą osobą prawną, której ustawa przyznaje zdolność prawną, prowadzącą we własnym imieniu działalność gospodarczą i zawodową. Ustawa o swobodzie działalności gospo-

darczej¹¹ w art. 4 ust. 1, definiuje przedsiębiorcę w ten sam sposób. Dużo istotniejsze okazuje się ujęte w ust. 2 tegoż przepisu rozwinięcie zakresu znaczeniowego przedsiębiorców, za których uznaje się wspólników spółki cywilnej w zakresie wykonywanej przez nich działalności gospodarczej. Ustawa prawo upadłościowe w art. 5 ust. 1, także odwołuje się do przedsiębiorców w znaczeniu nadanym przez kodeks cywilny. Problemu pojmowania przedsiębiorstwa nie ułatwia też sama doktryna prawa cywilnego i gospodarczego¹², w której nie opracowano jednolitego poglądu, co czyniłoby dalsze wywody na ten temat mało przydatnymi dla wykładni art. 44a k.k.

Odnosząc prowadzone rozważania o rodzaju przedsiębiorstw, mieszczących się w zakresie oddziaływania art. 44a k.k., można przyjąć, że będą to na pewno przedsiębiorstwa prowadzone jednoosobowo przez osoby fizyczne. Ponieważ za przedsiębiorców w świetle przepisów ustawy o swobodzie działalności gospodarczej, uważa się również wspólników spółki cywilnej, przepadek z art. 44a k.k. stanie się dopuszczalny również, w odniesieniu do przedsiębiorstwa prowadzonego w formie spółki cywilnej; dotyczy to zarówno całości spółki, jak też udziału wspólnika bądź wspólników. Wynika to z faktu, że podstawą zawiązania spółki cywilnej jest wcześniejszy wpis każdego z przyszłych wspólników do rejestru działalności gospodarczej, a dopiero potem dopuszcza się zawiązanie w sensie formalnym spółki cywilnej. Dyskusyjny może okazać się pomysł orzeczenia przepadku przedsiębiorstw, zorganizowanych w postaci spółek osobowych prawa handlowego. Tu bowiem umowa zawiązuje dopiero podmiot gospodarczy z udziałem co najmniej dwóch osób, zaś z punktu widzenia kodeksu spółek handlowych, spółki te nie są przedsiębiorstwem osoby fizycznej ale odrębnym tworem, właśnie pod postacią spółki jawnej, partnerskiej, komandytowej i komandytowo-akcyjnej.

¹¹ Dz. U. z 2004 r., Nr 173, poz. 1807 z późn. zm.

¹² Zob. szerzej na ten temat K. Pietrzykowski, Kodeks cywilny. T. 1. Komentarz do art. 1–449¹⁰ Warszawa 2011; E. Gniewek, P. Michnikowski, Kodeks cywilny. Komentarz, Warszawa 2013; T. Mróz, M. Stec (red.), Prawo gospodarcze prywatne, Warszawa 2005; C. Kosikowski, Ustawa o swobodzie działalności gospodarczej. Komentarz. Warszawa, 2013; J. Sz w a j a, Pojęcie „przedsiębiorstwa” w kodeksie spółek handlowych, (w:) A. Całus, Studia z prawa prywatnego gospodarczego. Księga pamiątkowa ku czci profesora Ireneusza Weissa, Kraków 2003; M. Szydło, Pojęcie przedsiębiorcy w prawie polskim, Przegląd Sądowy 2002, nr 7–8; A. Torbus, Status prawny spółki cywilnej, Przegląd Prawa Handlowego 2003, nr 1; W. J. Katner, Problemy funkcjonowania spółki cywilnej w nowej rzeczywistości prawnej, Przegląd Prawa Handlowego 2002, nr 11.

Zwrócić należy uwagę na art. 8 § 1 k.s.h. który stwierdza, że spółka osobowa może we własnym imieniu nabywać prawa, w tym własność nieruchomości i inne prawa rzeczowe, zaciągać zobowiązania, pozywać i być pozwana. Tak sformułowana wola ustawodawcy przesądza, że to ona, a nie wspólnicy jest w stosunkach zewnętrznych podmiotem prawa. Konsekwencją dla praktyki będzie to, iż w umowach zawieranych przez spółkę osobową prawa handlowego, stroną będzie osobowa spółka handlowa, a nie jej wspólnicy działający razem¹³. Gdyby ustawodawca chciał rozszerzyć zakres obowiązywania regulacji art. 44a k.k., mógłby cel ten osiągnąć, dodając w przepisie obok nazwy przedsiębiorstwo osoby fizycznej, także „spółki prawa handlowego”, bądź „spółki osobowe prawa handlowego”. Ponieważ takiego zapisu nie wprowadzono, należy w procesie wykładni poprzestać na przedsiębiorstwie osoby fizycznej, jako obiektowi przepadku przedsiębiorstwa.

5. Warunki zastosowania przepadku przedsiębiorstwa

Zapisy treści art. 44a k.k. nie pozostawiają wątpliwości, że przepadek przedsiębiorstwa następuje w chwili uprawomocnienia się wyroku skazującego konkretnego sprawcę. Niezbędnym warunkiem do osiągnięcia tego celu jest przypisanie skazanemu winy umyślnej. Dla porównania wyłączono możliwość orzeczenia przepadku narzędzi służących do popełnienia przestępstwa, jeśli przypisano sprawcy jedynie winę nieumyślną. Potwierdza to treść, z której wynika, że przedmioty (w tym wypadku przedsiębiorstwo – uwaga autora) „służyły lub były przeznaczone do popełnienia przestępstwa”¹⁴. Wskazany zapis art. 44a k.k. nawiązuje jedynie do postaci umyślnej przestępstwa, popełnionego przez sprawcę prowadzącego swoje przedsiębiorstwo.

Przepadek przedsiębiorstwa, inaczej niż przepadek rzeczy czy też przepadek korzyści osiągniętej z popełnionego przestępstwa, chociażby uzyskanej pośrednio, o której mowa w art. 45 k.k., zawsze orzekany jest fakultatywnie. Tym samym nie sposób zaprzeczyć, że jest on rozwiązaniem z zasady odrębnym na tle środka karnego przepadku korzyści pochodzących z popełnionego przestępstwa. Świadczyć to może o dużym dystansie ustawodawcy w podejściu do uruchomienia aż tak rygoru-

¹³ J. A. Strzępka (red.), Kodeks spółek handlowych. Komentarz. Orzecznictwo, Warszawa 2001, s. 31.

¹⁴ Postanowienie SN z dnia 28 kwietnia 1998 r., sygn. II KKN 547/97, Prokuratura i Prawo 1998, nr 10, s. 2.

stycznych sankcji, będących o wiele bardziej dolegliwymi dla sprawcy niż przepadek samej tylko korzyści bądź narzędzi przestępstwa. O ile te ostatnie odbierają sprawcy tylko pewną część nabytego majątku, o tyle przepadek przedsiębiorstwa pociąga za sobą skutki o wiele poważniejsze. Po pierwsze, odbiera źródło zatrudnienia i dochodu dla sprawcy oraz jego rodziny, a ponadto pozbawia go składników majątkowych przedsiębiorstwa. Po drugie, powoduje ujemne konsekwencje dla zatrudnionych w przedsiębiorstwie sprawcy pracowników, nie uczestniczących w popełnieniu przestępstwa poprzez utratę źródła zatrudnienia, skutki dotykają więc ich bezpośrednio. Po trzecie, następstwa przypadku przedsiębiorstwa uderzają dotkliwiej w kontrahentów przedsiębiorstwa, którzy mogli również nie mieć świadomości co do celów, jakie przyświecały jego właścicielowi. Na skutek faktycznej konfiskaty majątku przedsiębiorstwa, mogą zostać oni pozbawieni szans na odzyskanie swoich należności wynikających z zawartych kontraktów. Przynajmniej teoretycznie nie można takiej sytuacji wykluczyć.

Fakultatywność jego orzekania pozwala ocenić ten środek, jako swego rodzaju *ultima ratio*, na tle innych dostępnych i nieco łagodniejszych środków karnych, np. zakazu prowadzenia określonej działalności gospodarczej, wykonywania zawodu, przypadku przedmiotów czy korzyści o której mowa w art. 45 k.k. Jedną z przesłanek przemawiających za powściągliwym korzystaniem z możliwości orzekania przypadku przedsiębiorstwa mogą okazać się koszty, jakie Skarb Państwa zmuszony będzie przeznaczyć na spieniężenie majątku.

Dopuszczając możliwość wykorzystania tego środka, przepis nie zawiera jednocześnie żadnych wskazań co do identyfikacji rodzaju przestępstwa, które musi zostać popełnione w związku z działalnością przedsiębiorstwa, by możliwe stało się uruchomienie przypadku przedsiębiorstwa lub jego równowartości. Biorąc za podstawę wniosku wykładnię literalną przepisu należy przyjąć, że ustawodawca objął swoją decyzją każde przestępstwo zdolne do przysporzenia korzyści majątkowej i faktycznie prowadzące do osiągnięcia tego skutku. Do popełnienia przestępstwa może prowadzić zachowanie, polegające na wykorzystaniu przynajmniej jednego lub kilku składników majątkowych przedsiębiorstwa. Nie wydaje się koniecznym, aby w każdej takiej sytuacji były to składniki majątkowe w sensie fizycznym. Skoro jest mowa w przepisie o wykorzystaniu (służeniu) przedsiębiorstwa do popełnienia przestępstwa lub ukrycia osiągniętej z niego korzyści, to w mojej opinii nie ma przeciwwskazań, aby za takie uznać proces fakturowania i zacierania w ten sposób śladów bezprawnych korzyści, przy pomocy generowanej

w przedsiębiorstwie dokumentacji. Przeszycze zachowanie się przedsiębiorcy ujęte zostało na zasadzie alternatywy: popełnienie przestępstwa przez siebie lub ukrycie osiągniętej z niego korzyści majątkowej. W tym drugim wypadku możliwe jest podjęcie wysiłków, charakterystycznych dla przestępstwa prania pieniędzy, polegających na ukryciu korzyści. Według tego scenariusza przedsiębiorstwo sprawcy nie zostało wykorzystane do popełnienia przestępstwa pierwotnego, z którego wspomniana korzyść została osiągnięta, ale służyło do zatarcia dowodów i śladów wskazujących na przestępcze pochodzenie korzyści.

Mając na uwadze najczęściej pojawiające się sytuacje z tym związane, w grę wchodzić może przede wszystkim przestępstwo prania brudnych pieniędzy. Składa się ono z szeregu powiązanych ze sobą przedsięwzięć, prowadzących do legalizacji nielegalnych środków, ich omawianie przekracza jednak poza ramy tego opracowania. Lektura postanowień art. 299 k.k. kryminalizującego przestępstwo prania pieniędzy, nasuwa dosyć interesujące spostrzeżenie. Otóż w razie skazania za przestępstwo przewidziane w art. 299 § 1 lub 2 k.k., na podstawie § 7 tego przepisu, sąd orzeka przepadek przedmiotów pochodzących bezpośrednio lub pośrednio z przestępstwa, a także korzyści z tego przestępstwa lub ich równowartość, chociażby nie stanowiły one własności sprawcy. Dotychczasowe regulacje nie tworzyły sprzyjających warunków efektywniejszego karania sprawców tego typu przestępstw, albowiem ograniczały się wyłącznie do przepadku określonego w § 7 art. 299 k.k., pozostawiając nietkniętą strukturę, służącą do legalizowania brudnych pieniędzy w postaci przedsiębiorstwa. Po wejściu w życie art. 44a k.k. z pewnością wypełniona została luka prawna sprzyjająca temu procederowi.

Nie wzbudza sporów, iż osiąganie korzyści majątkowych następuje z reguły przy okazji popełniania przestępstw gospodarczych. Pranie brudnych pieniędzy to tylko jeden z takich przykładów. Do innych można zaliczyć korzyści osiągnięte z oszustw gospodarczych, korupcji gospodarczej kryminalizowanej w art. 296a k.k., korzyści osiągnięte z zamówień publicznych uzyskanych za pomocą wcześniej popełnionych przestępstw (np. fałszerstwa dokumentów bądź zmowy przetargowej), a także innych, występujących w ustawach przewidujących odpowiedzialność karną. Dla przykładu można powołać ustawę o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji czy prawo własności przemysłowej (sprzedaż, dystrybucja towarów z podrobionymi znakami towarowymi).

Przestępstwa gospodarcze nie są jedynym źródłem uzyskania takich korzyści. Bazując na obserwacji i doświadczeniach praktyki, całkowicie uzasadnione jest włączenie do tego grona typowej przestępczości krymi-

nalnej. Ilustruje to przykład przestępczości obejmującej kradzież samochodów, którymi zajmują się grupy przestępcze o różnym poziomie zorganizowania. W strukturze tego procederu bardzo ważną rolę pełnią tzw. „dziuple” (miejsca składowania i przetwarzania skradzionych pojazdów). W bardzo wielu sytuacjach wykorzystuje się do tego zadania, oficjalnie działające na rynku usług warsztaty napraw samochodów. To na ich terenie, przy pełnej wiedzy zarówno właściciela przedsiębiorstwa prowadzącego jednoosobowo taki warsztat, jak i zatrudnionych przezeń pracowników, skradzione pojazdy poddawane są legalizacji, poprzez nanoszenie nowych numerów oznakowania, usuwania poprzednich, usuwania cech charakterystycznych samochodu. Przygotowywane są nowe dokumenty ułatwiające ich dalsze zbycie. Przede wszystkim jednak obserwuje się już od dłuższego czasu przypadki rozbierania na części skradzionych samochodów, a następnie ich dystrybucję w obrocie wtórnym używanymi elementami pojazdów. Nie może więc budzić jakichkolwiek wątpliwości, że działalność takiego przedsiębiorstwa związana jest z popełnieniem przestępstwa, z którego sprawca odnosi bezspornie korzyść majątkową. Dla realizacji jego znamion wykorzystywany jest przecież majątek warsztatu, narzędzia, urządzenia, teren, nakład pracy itp. Wykorzystanie omawianego rozwiązania do zwalczania typowej przestępczości kryminalnej, jaką stanowi przestępczość samochodowa, w stanie prawnym sprzed omawianej nowelizacji nie było możliwe.

Pojęcie korzyści majątkowej, którą sprawca będący właścicielem lub współwłaścicielem przedsiębiorstwa uzyskuje, nie odbiega od dotychczasowego pojmowania tego określenia w nauce i orzecznictwie. Przez korzyść majątkową należy zatem rozumieć przysporzenie aktywów lub zmniejszenie pasywów, jakie sprawca osiągnął w wyniku popełnienia przestępstwa¹⁵. W trakcie dokładniejszych rozważań zwrócono uwagę, że wspomniane przysporzenie majątkowe musi być możliwe do wyrażenia postaci w pieniężnej¹⁶. Tym sposobem zakres korzyści majątkowej, obejmuje wszelkie składniki majątkowe pochodzące z popełnienia danego przestępstwa, a nie tylko osiągnięty zysk¹⁷.

Rozszerzono warunki pozwalające na przyjęcie podstaw orzekania przypadku przedsiębiorstwa do sytuacji, w których sprawca osiągnąłby

¹⁵ Wyrok SN z dnia 27 marca 2013 r., sygn. III KK 273/12, Lex nr 1293802.

¹⁶ Uchwała SN z dnia 13 lutego 1977 r., sygn. VII KZP 16/76, OSNKW 1977, nr 4–5, poz. 34; uchwała SN z dnia 30 stycznia 1980 r., sygn. VII KZP 41/78, OSNKW 1980, nr 3, poz. 24; O Górnio k, O pojęciu „korzyści majątkowej” w kodeksie karnym (Problemy wybrane), Państwo i Prawo 1978, nr 4, s. 117.

¹⁷ Wyrok SA Katowice z dnia 21 grudnia 2006 r., sygn. II Aka 394/06, KZS 2007, nr 5, s. 57.

choćby pośrednio korzyść majątkową znacznej wartości. Oznacza to niewątpliwie, że owa tak pozyskana korzyść, wywodzi się z nielegalnie zainwestowanej korzyści uzyskanej pośrednio. W pojęciu tym mieści się korzyść uzyskana częściowo ze środków, które nie wykazują takiego źródła pochodzenia. Inaczej mówiąc, uzyskanie w tej formie korzyści majątkowej, wymaga przeprowadzenia dodatkowych czynności o charakterze faktycznym lub prawnym¹⁸. Może to być zakup przedmiotu za pieniądze uzyskane z przestępstwa, bądź środki pozyskane za rzecz wcześniej skradzioną, przywłaszczoną. W pojęciu tym mieszczą się również pożyczki, uzyskane za sprawą legalnego zainwestowania korzyści, pochodzących pośrednio z przestępstwa.

6. Rozszerzenie przypadku na przedsiębiorstwo nie należące do sprawcy

Rozwiązanie w tym formacie napotykamy w § 2 art. 44a k.k. Dopuszcza ono możliwość orzeczenia przypadku przedsiębiorstwa nie będącego własnością sprawcy, skazanego za przestępstwo, z którego sprawca ten osiągnął chociażby pośrednio korzyść majątkową znacznej wartości albo jej równowartość, jeżeli przedsiębiorstwo to służyło do popełnienia tego przestępstwa lub ukrycia osiągniętej z niego korzyści. Niezbędnym warunkiem rozszerzenia takiego przypadku jest, aby jego właściciel nie będący sprawcą popełnionego przestępstwa chciał, aby jego przedsiębiorstwo służyło do popełnienia tego przestępstwa lub ukrycia osiągniętej z niego korzyści, albo przewidując taką możliwość na to się godził. Status prawny tego przedsiębiorcy jest nieco inny, aniżeli sprawcy czynu osądzonego, nie jest on bowiem osobą skazaną. Możliwy jest zatem scenariusz, w którym sprawca osiągający korzyść nie jest właścicielem przedsiębiorstwa, natomiast do popełnienia czynu, za który został skazany, wykorzystał cudze przedsiębiorstwo. Właściciel przedsiębiorstwa służącego *de facto* pomocą w popełnieniu przestępstwa, musi mieć świadomość do jakich celów jest ono przez inną osobę wykorzystywane, co świadczy o wypełnieniu przesłanek strony podmiotowej w obydwu postaciach umyślności.

Kwestia świadomości właściciela przedsiębiorstwa i okazanie takiej pomocy sprawcy, może zostać rozpatrywana również z punktu widzenia pomocnictwa do popełnienia tego czynu. Wdrożenie odpowiedzialności

¹⁸ J. Waszczyński, O „korzyści majątkowej” w prawie karnym, Państwo i Prawo 1981, nr 1, s. 65.

karnej za pomocnictwo nie jest wykluczone, o ile będzie możliwym dowieść, że właściciel postępował zgodnie z dyspozycją przepisu z art. 18 § 3 k.k., który w swoim opisie posługuje się przykładowymi praktykami, ułatwiającymi popełnienie czynu zabronionego przez inną osobę. Obowiązuje w tym obszarze wina umyślna, zarówno w zamiarze bezpośrednim jak i ewentualnym. Pomocnictwo co do zasady dopuszczalne jest w stosunku do każdego przestępstwa umyślnego. Jeżeli jednak właściciel przedsiębiorstwa zawarł we właściwym momencie, przestępcze porozumienie ze sprawcą uzyskującym korzyść, odpowiada dodatkowo za współsprawstwo, którego znamiona realizują wspólnie. Dodatkową sankcją jaka go z tego tytułu może spotkać, jest właśnie przepadek przedsiębiorstwa lub jego równowartości.

W razie istnienia współwłasności przepadek przedsiębiorstwa, zarówno w sytuacji zdefiniowanej w § 1, jak i § 2 tegoż przepisu, orzeka się z uwzględnieniem woli i świadomości każdego ze współwłaścicieli i w jego granicach. Powoduje to konieczność zastosowania indywidualizacji odpowiedzialności przedsiębiorców, działających w ramach spółki cywilnej. Majątek spółki cywilnej jak wiadomo tworzy współwłasność łączną, co do poszczególnych udziałów, wnoszonych przez jej wspólników¹⁹. Koncepcja przepadku współwłasności pozostaje zbieżna z zapatrywaniem judykatury. W przypadku współwłasności orzeka się przepadek udziału sprawcy lub równowartości tego udziału²⁰. Do uznania sądu pozostawiono decyzję, czy orzeczenie obejmuje przepadek udziału należącego do sprawcy, czy też jedynie przepadek równowartości tego udziału, pamiętając że w tej drugiej sytuacji równowartość udziału musi uwzględniać wartość udziału według stanu na chwilę popełnienia przestępstwa²¹.

Przyjęte w omawianym przepisie rozwiązania, ocenić należy jako zgodne z wcześniej akceptowaną praktyką orzecniczą. Przepadek równowartości jest rozwiązaniem o charakterze posiłkowym, i może znaleźć zastosowanie, gdy nie jest możliwe orzeczenie przepadku przedsiębiorstwa, choć wcale w tym wypadku nie musi tak być. Równie dotkliwa dla przedsiębiorcy może okazać się konieczność zapłaty równowartości, przy zachowaniu całości swojego przedsiębiorstwa, co rokuje pozytywnie dalszemu funkcjonowaniu podmiotu w obrocie gospodarczym. Wprowa-

¹⁹ Z. Kukuła, Majątek spółki cywilnej jako przedmiot prawno karnej ochrony, *Przegląd Sądowy* 2005, nr 9, s. 81–82.

²⁰ Uchwała SN z dnia 21 kwietnia 1989 r., sygn. IV KZP3/89, OSNKW 1989, nr 3–4, poz. 21.

²¹ Wyrok SN z dnia 26 lutego 2007 r., sygn. IV KK 56/07, Lex nr 398499.

dzenie instytucji przepadku przedsiębiorstwa lub jego równowartości, znalazło swoje odzwierciedlenie także w przepisach procedury karnej. W kodeksie postępowania karnego umieszczono w Dziale III, rozdział 10b – „Właściciel przedsiębiorstwa zagrożonego przepadkiem”. Art. 91b k.p.k. który do tego nawiązuje, przyznaje właścicielowi takiego przedsiębiorstwa prawa strony, w zakresie czynności procesowych odnoszących się do tego środka.

7. Przesłanki negatywne przepadku przedsiębiorstwa

W treści art. 44a k.k. znajdujemy trzy możliwe sytuacje, pozwalające na odstąpienie od orzeczenia przepadku przedsiębiorstwa bądź jego równowartości. Dwie z nich posiadają charakter obligatoryjny, trzecia zaś fakultatywny. Obligatoryjnie wykluczono przepadek, jeśli byłoby to niewspółmierne do wagi popełnionego przestępstwa, stopnia zawinienia oskarżonego lub motywacji i sposobu zachowania się właściciela przedsiębiorstwa – § 4, a także jeśli szkoda wyrządzona przestępstwem lub wartość uzyskanej korzyści, nie jest znaczna wobec rozmiaru działalności przedsiębiorstwa. Wszystkie przyjęte rozwiązania także te fakultatywne, opierają się na fundamencie proporcjonalności wagi bezprawia. Zapewniają one spory margines uznaniowości sądu czy prokuratury, które orzekają lub odpowiednio wnioskuje o odstąpienie od orzeczenia przepadku. Opisane rozwiązanie z pewnością dotyczy sytuacji incydentalnych, kiedy popełnione przestępstwo było pojedynczym przypadkiem, albo stanowić mogło jedynie epizod w dotychczasowym funkcjonowaniu przedsiębiorstwa. Przy analizie przesłanek uwzględnia się stopień winy zarówno samego sprawcy, jak i towarzyszący mu motyw, ujawniony i udowodniony po stronie przedsiębiorcy. Celem przyświecającym temu rozwiązaniu, oprócz zapewnienia realizacji funkcji sprawiedliwościowej prawa karnego, będzie też chęć pozostawienia w stanie nienaruszonym podmiotu gospodarczego, mogącego przecież znaleźć się w trudnym położeniu, na skutek upublicznienia udziału przedsiębiorstwa w przestępstwie. Mowa tu o utracie dotychczasowego dobrego wizerunku przedsiębiorstwa w obrocie gospodarczym.

Nieco bardziej zawiłą okazuje się druga z obligatoryjnych podstaw, odstąpienia od orzeczenia przepadku o której mowa w § 5. Wykazanie przesłanki, w świetle której zarówno szkoda, jak i uzyskana korzyść nie jest znaczna wobec rozmiaru działalności przedsiębiorstwa, powodować może dosyć poważne trudności dowodowe. Po pierwsze, podstawą do porównań dwóch wielkości mierzalnych, jest szkoda i korzyść po jednej

stronie oraz rozmiar działalności przedsiębiorstwa z drugiej. Po drugie, o ile łatwiej przyjdzie nam ująć arytmetycznie dwa pierwsze czynniki, to większe trudności napotka ustalenie trzeciego z nich, tj. rozmiaru działalności przedsiębiorstwa. Postawić należy pytanie, czy chodzi o zestawienie obrotów i osiąganego zysku, wyrażonego w konkretnej kwocie, czy także o strukturę prowadzonych interesów w ujęciu geograficznym (kraj, zagranica, kontynent), rodzaj kontrahentów i ich specyfikę. Udzielenie odpowiedzi nie należy do zadań łatwych, ale jest możliwe do osiągnięcia. Należy wyjść z założenia, że skoro przedsiębiorstwo jako przedsięwzięcie gospodarcze ma generować zysk, to właśnie ten czynnik powinien być jako pierwszy brany pod uwagę. Gdy będzie to przedsiębiorstwo małe, odpadnie zapewne konieczność badania złożonej struktury prowadzonych interesów. Z pewnością trzeba wziąć pod uwagę charakter zawartych umów z punktu widzenia czasokresu ich trwania. Im dłużej one trwają, tym większą dają gwarancję perspektyw rozwoju. Orzeczenie przepadku z czym łączy się niewątpliwie likwidacja podmiotu, pociągając za sobą może więcej szkód w wymiarze gospodarczym, niż profitów dla Skarbu Państwa jako beneficjenta orzeczonego przepadku.

Ostatnia sytuacja fakultatywnego odstąpienia od orzeczenia przepadku wymieniona w § 6, obejmuje co do zasady rolę przepadku przedsiębiorstwa nie będącego własnością sprawcy z § 2. Jednakże zamieszczone w nim sformułowanie „także w innych szczególnie uzasadnionych przypadkach, kiedy byłby on niewspółmiernie dolegliwy dla właściciela przedsiębiorstwa”, stwarza wrażenie swoistej klauzuli syntetycznej. Realizacja tej możliwości wymaga więc bardzo dokładnego uzasadnienia wszystkich przesłanek, przemawiających przeciwko orzeczeniu przepadku lub jego równowartości, jako zasady naczelnej. Nie można jednak z tego względu czynić zarzutu, co do meritum przyjętego w nim rozwiązania. Prawo powinno pozostać elastyczne, pozwalające na reagowanie we właściwy sposób w sytuacji jego naruszenia, nie przekraczając koniecznej granicy represji karnej. Bez wątpienia pozostaje to zgodne z postulowaną zasadą *ultima ratio*, operowania prawem karnym w działalności gospodarczej.

8. Podsumowanie

Z całą pewnością zbyt wcześnie już w tym momencie, oceniać przydatność przepadku przedsiębiorstwa jako nowego instrumentu, wykorzystywanego do zwalczania przestępczości gospodarczej. Wydaje się, że dopiero praktyka dwóch–trzech a może nawet i kilku następnych lat, zdo-

ła w dostatecznym stopniu przetestować jego rozwiązania, udzielając tym samym odpowiedzi na temat słuszności przyjętych założeń, oraz potrzeby ewentualnej korekty ustawowej. Należy pamiętać, że charakterystycznym elementem postępowań karnych o przestępstwa gospodarcze jest ich długotrwałość, wynikająca ze złożonej materii tego rodzaju przestępczości. Nie w każdym przypadku wprowadzone rozwiązania będą nadawały się do zastosowania, dotyczyć to będzie jedynie takich przestępstw, w których korzyść majątkowa przekroczy pułap kwoty 200 000 zł. Z całą pewnością w obecnym momencie stabilna ocena przepisu może nastręczać problemów, również ze względu na formowanie się dopiero poglądów doktryny w tym obszarze.

Podniesione uwagi wynikłe z lektury zapisów art. 44a k.k. z pewnością nie oddają całości wiedzy niezbędnej do sprawnego posługiwania się nim w praktyce. Ich przedstawienie w tej formie możliwe było ze względu na występującą zbieżność niektórych mechanizmów, pojawiających się w treści środków karnych przepadek przedmiotu oraz korzyści majątkowych osiągniętych z popełnionego przestępstwa, albowiem w tych fragmentach dostrzeżono podobieństwa rozwiązań. Każdy sposób prowadzący do poprawy skuteczności zwalczania przestępczości gospodarczej zasługuje na aprobatę, nawet wtedy gdy nie uda mu się osiągnąć w pełni stawianych przed nim oczekiwań.

Forfeiture of an enterprise as a new criminal policy instrument

Abstract

Forfeiture of an enterprise is a new measure that is available under the Penal Code and expected to strengthen the existing legal instruments of economic crime fighting. Many aspects of the new measure find their parallels in forfeiture of things, which has been applied in practice already for a long time. Solutions referred to in Article 44a of the Penal Code are optional and subject to several conditions discussed in this paper. What is also specific about the new measure is that it allows for adjudication of forfeiture of an enterprise not owned by a perpetrator.

Marcin Mrowicki

Dopuszczalność retroaktywnego stosowania wydłużonych terminów przedawnienia karalności wykroczenia do czynów popełnionych przed wejściem w życie nowej regulacji

Streszczenie

Niniejsza praca zajmuje się analizą zgodności z Konstytucją i Europejską Konwencją Praw Człowieka praktyki ustawodawcy w postaci retroaktywnego stosowania nowych wydłużonych terminów przedawnienia karalności wykroczenia do czynów popełnionych przed wejściem w życie nowej regulacji. Wskazuje na istniejącą już podobną praktykę w tym zakresie na gruncie Kodeksu karnego i nowelizacji art. 102 k.k. Następnie dokonuje przeglądu orzecznictwa TK oraz ETPC, a także poglądów literatury przedmiotu w tym zakresie. Z jednej strony, uzasadnienie projektu ustawy nowelizującej ujawnia niebezpieczną tendencję polityki karnej, przejawianej w polityce ustawodawczej, wydłużającej de facto okres przedawnienia wykroczenia. Z drugiej strony, rozwiązanie takie nie budzi wątpliwości konstytucyjnych z punktu widzenia zasady ochrony praw nabytych. Dopóki przedawnienie karalności nie nastąpi, sprawcy z tego tytułu nie przysługują żadne prawa. Przyjmuje się, że ustawodawca ma swobodę w kształtowaniu instytucji przedawnienia i może nawet pozbawić tego przywileju popełniających określone kategorie przestępstw.

1. Wprowadzenie

Jedną z ostatnich nowelizacji kodeksu wykroczeń¹ dokonała zmiany, a w zasadzie wydłużenia terminu przedawnienia karalności wykroczenia. Jednocześnie w przepisach przejściowych wskazano, iż nowy wydłużony termin obejmie również czyny popełnione przed wejściem w życie nowej regulacji. Pytanie, jakie się pojawia, to czy ustawodawca, który ma swo-

¹ Ustawa z dnia 23 marca 2017 r. o zmianie ustawy – Kodeks karny oraz niektórych innych ustaw, Dz. U. z 2017 r., poz. 768.

bodę prowadzenia i kształtowania polityki karnej, a w konsekwencji może dokonywać odpowiednich zmian przepisów, może zdecydować o retroaktywnym stosowaniu nowego terminu przedawnienia karalności? Czy przepisy przejściowe dotyczące retroakcji, które wprowadzie są przepisami szczególnymi, nie są sprzeczne z podstawowymi zasadami prawa karnego ustanowionymi w rozdziale I Kodeksu karnego czy też rozdziale I Kodeksu wykroczeń? Czy wyrażone tam zasady dają minimalne gwarancje dla sprawców przestępstw bądź wykroczeń stanowiące zasadę zaufania do stanowionego przez państwo prawa (art. 2 Konstytucji RP)?

Celem niniejszego artykułu jest analiza powyższego zagadnienia z punktu widzenia zgodności wskazanych przepisów z Konstytucją RP oraz ratyfikowanymi przez Polskę umowami międzynarodowymi.

Nowelizacja kodeksu wykroczeń jest jedynie pretekstem do analizy powyższej praktyki na tle prawa karnego *sensu largo*. Wszak problemy związane ze stosowaniem terminów przedawnienia karalności wykroczeń są analogiczne, jak w wypadku przestępstw. Nadto, wykroczenie od przestępstwa różni się zasadniczo stopniem abstrakcyjnej społecznej szkodliwości czynu², są to systemy prawa represyjnego, a zatem przewidują analogiczne mechanizmy gwarancyjne, jak np. reguły *lex retro non agit*, *lex mitior*, *nullum crimen sine lege*. Trudno również dopatrzeć się różnic co do sposobu rozwiązywania tych problemów na gruncie obydwu systemów czynów zabronionych. Dlatego poniższa analiza ma charakter uniwersalny i znajduje w pełni zastosowanie zarówno do wykroczeń, jak i przestępstw.

2. Kolejne zmiany terminu przedawnienia karalności przestępstwa i ich retroaktywne stosowanie w nowym Kodeksie karnym

Praktyka retroaktywnego stosowania wydłużonych nowych terminów przedawnienia do czynów popełnionych przed dniem wejścia w życie nowelizacji była stosowana już trzykrotnie od kiedy wszedł z dniem 1 września 1998 r. w życie Kodeks karny z 1997 r.³, a wraz z nim ustawa z dnia 6 czerwca 1997 r. – przepisy wprowadzające Kodeks karny⁴. Stanowi ona w swym art. 15, że do czynów popełnionych przed wejściem w życie Kodeksu karnego stosuje się przepisy tego kodeksu o przedawnieniu, chyba że termin przedawnienia już upłynął. Kodeks karny z 1997 r.

² Por. T. Bojarski, Polskie prawo wykroczeń. Zarys wykładu, Warszawa 2009, s. 56–57.

³ Dz. U. z 1997 r., Nr 88 r., poz. 553.

⁴ Dz. U. z 1997 r., Nr 88 r., poz. 554.

w brzmieniu pierwotnym wprowadzał więc terminy przedawnienia od 5 do 30 lat w zależności od rodzaju popełnionego czynu zabronionego (zbrodnia, występki) i zagrożenia karą. Jednocześnie art. 102 k.k. stanowił, że „jeżeli w okresie przewidzianym w art. 101 wszczęto postępowanie przeciwko osobie, karalność popełnionego przez nią przestępstwa ustaje z upływem 5 lat od zakończenia tego okresu”.

Kolejna zmiana stanu prawnego nastąpiła z dniem 3 sierpnia 2005 r., tj. z datą wejścia w życie ustawy z dnia 3 czerwca 2005 r. o zmianie ustawy – Kodeks karny⁵. Po zmianie, art. 102 k.k. rozróżniał dwie kategorie przestępstw. Do pierwszej zaliczono przestępstwa określone w art. 101 § 1 pkt 1–3 i w stosunku do nich przedłużono termin przedawnienia o dalsze 5 lat. Co do pozostałych przestępstw, w tym także ściganych z oskarżenia prywatnego, przesunięcie terminu przedawnienia w warunkach określonych w art. 102 pozostało bez zmiany. Zgodnie z art. 2 powołanej ustawy do czynów popełnionych przed wejściem jej w życie stosuje się przepisy o przedawnieniu w brzmieniu nadanym tą ustawą. Zgodnie z wyrokiem SN z dnia 26 czerwca 2008 r.⁶, „nakaz bezpośredniego stosowania ustawy nowej w zakresie przepisów o przedawnieniu, wyrażony w art. 2 (...) (poważonej ustawy) odnosi się zarówno do podstawowych terminów przedawnienia karalności przestępstw, unormowanych na nowo w art. 101 k.k., jak i do wydłużonego przepisem art. 1 pkt 2 tej ustawy, terminu przedawnienia wyrokowania, określonego w art. 102 k.k.”

Następna zmiana art. 102 k.k. nastąpiła na mocy ustawy z dnia 20 lutego 2015 r. o zmianie ustawy – Kodeks karny oraz niektórych innych ustaw⁷. Przepis ten uzyskał następujące brzmienie: „Jeżeli w okresie, o którym mowa w art. 101, wszczęto postępowanie przeciwko osobie, karalność popełnionego przez nią przestępstwa przedawnia się z upływem 5 lat od zakończenia tego okresu”. W stanie prawnym obowiązującym od 1 lipca 2015 r. do 1 marca 2016 r. wszystkie terminy przedawnienia wskazane w art. 101 k.k. ulegały przedłużeniu o 5 lat od zakończenia okresu wskazanego w tymże przepisie.

Ostatnia zmiana tego przepisu nastąpiła ustawą z dnia 15 stycznia 2016 r. o zmianie ustawy – Kodeks karny⁸. W przepisie art. 102 k.k. po raz kolejny zmieniono terminy doprowadzając do wydłużenia karalności przestępstwa. Zgodnie z jego najnowszym brzmieniem: „jeżeli w okresie, o którym mowa w art. 101, wszczęto postępowanie, karalność prze-

⁵ Dz. U. z 2015 r., Nr 132 r., poz. 1109.

⁶ Sygn. V KK 112/08, OSNKW 2008, nr 10 r., poz. 81.

⁷ Dz. U. z 2015 r., poz. 369.

⁸ Dz. U. z 2016 r., poz. 189.

stępstw określonych w art. 101 § 1 ustaje z upływem 10 lat, a w pozostałych wypadkach – z upływem 5 lat od zakończenia tego okresu”. Jednocześnie zgodnie z art. 2 ustawy wskazano, że „Do czynów popełnionych przed dniem wejścia w życie niniejszej ustawy stosuje się przepisy o przedawnieniu w brzmieniu nadanym tą ustawą, chyba że termin przedawnienia już upłynął”.

Praktyka retroaktywnego stosowania wydłużonych nowych terminów przedawnienia karalności przestępstwa była stosowana już kilkakrotnie w stosunku do czynów popełnionych przed wejściem w życie zmian ustawowych.

3. Retroaktywne stosowanie nowego wydłużonego terminu przedawnienia karalności wykroczenia

Na wzór rozwiązań przyjmowanych do tej pory w prawie karnym, w art. 6 ustawy z dnia 23 marca 2017 r. o zmianie ustawy – Kodeks karny oraz niektórych innych ustaw⁹ wskazano, że: „Do czynów popełnionych przed dniem wejścia w życie niniejszej ustawy stosuje się przepisy o przedawnieniu zawarte w ustawie, o której mowa w art. 2 (Kodeks wykroczeń), w brzmieniu nadanym niniejszą ustawą, chyba że termin przedawnienia już upłynął”. Ustawa nowelizująca wydłużyła termin przedawnienia wykroczenia. Po nowelizacji art. 45 § 1 k.w. otrzymał brzmienie: „Karalność wykroczenia ustaje, jeżeli od czasu jego popełnienia upłynął rok; jeżeli w tym okresie wszczęto postępowanie, karalność wykroczenia ustaje z upływem 2 lat od zakończenia tego okresu”. Oznacza to, że jeżeli przed dniem 1 czerwca 2017 r. (data wejścia w życie ustawy nowelizującej) karalność danego wykroczenia się nie przedawniła, ustalenie terminu przedawnienia ukarania tegoż wykroczenia następuje w oparciu o aktualne brzmienie art. 45 § 1 k.w.

W projekcie wskazano, że „ten przedłużony okres musi być wystarczający na doprowadzenie do prawomocnego zakończenia procesu”¹⁰. Z przedstawionych w uzasadnieniu projektu danych wynika, że rozpoznanie sprawy przez sąd w dwóch instancjach może wynieść 8–10 miesięcy, przy czym w sądach wielkomięjskich zmieszczenie się w tym czasie wydaje się „niemożliwe z przyczyn obiektywnych”. Prowadzi to do

⁹ Dz. U. z 2017 r., poz. 768.

¹⁰ Uzasadnienie rządowego projektu ustawy o zmianie ustawy – Kodeks karny oraz niektórych innych ustaw – druk sejmowy nr 1231. Dostępny na stronie: <http://www.sejm.gov.pl/Sejm8.nsf/druk.xsp?nr=1231> (dostęp w dniu 29 marca 2018 r.).

częstego umarzania postępowania sądowego z uwagi na przedawnienie karalności wykroczenia. Podano również, że w 2015 r. sprawy 1000 obwinionych o wykroczenia drogowe sprawców (w tym 150 kolizji i 320 przekroczeń prędkości) przedawniły się¹¹.

Z jednej strony, uzasadnienie projektu ustawy nowelizującej ujawnia niebezpieczną tendencję polityki karnej, przejawianej w polityce ustawodawczej, wydłużającej *de facto* okres przedawnienia wykroczenia. Polega to na próbie zastąpienia niesprawności państwa w sferze wymierzania sprawiedliwości zmianami ustawowymi, dotyczącymi w szczególności okresów przedawnienia wykroczeń. Należy mieć również na względzie orzecznictwo TK, z którego wynika, że „w państwie demokratycznym, w myśl zasady podziału władzy, zarówno władza wykonawcza jak i władza ustawodawcza nie mogą zastępować wymiaru sprawiedliwości w realizacji jego funkcji. Nie tylko polityka ustawodawcza, ale przede wszystkim samo funkcjonowanie wymiaru sprawiedliwości, decyduje o skutecznym realizowaniu konstytucyjnych funkcji. Nadmierna częstotliwość zmian ustawodawczych, dotyczących przedawnienia karalności, tym bardziej, jeśli jest inspirowana politycznym koniunkturalizmem – godzą w stabilność porządku prawnego, w ład prawny, również w sferze stosowania prawa – podrywając zaufanie do państwa¹²”.

Z drugiej strony, należy wskazać, w przeciwieństwie do kilku już nowelizacji Kodeksu karnego, iż jest to pierwsza tego typu zmiana okresu przedawnienia karalności wykroczenia od noweli sierpniowej z 1998 r.¹³, podyktowana, jak wynika z uzasadnienia projektu, koniecznością posiadania „odpowiedniego czasu na przeprowadzenie postępowania i wydanie prawomocnego rozstrzygnięcia”, na co ma pozwolić okres dwuletni od daty wszczęcia postępowania zarządzeniem prezesa sądu. Poza tym bez zmian pozostaje roczny termin przedawnienia karalności, jeżeli w tym czasie nie zostanie wszczęte postępowanie. Przewidziane zmiany, pomimo wstępnych zastrzeżeń, wydają się spełniać test proporcjonalności co do ich przydatności, konieczności oraz proporcjonalności *sensu stricto*.

¹¹ *Ibidem*.

¹² Wyrok TK z dnia 15 października 2008 r., sygn. P 32/06, OTK ZU 2008, nr 8A, poz. 138.

¹³ Ustawa z dnia 28 sierpnia 1998 r. o zmianie ustawy – Kodeks wykroczeń, ustawy – Kodeks postępowania w sprawach o wykroczenia, ustawy o ustroju kolegiów do spraw wykroczeń, ustawy – Kodeks pracy i niektórych innych ustaw, Dz. U. z 1998 r., Nr 113, poz. 717.

4. Analiza konstytucyjności retroaktywnego stosowania wydłużonych terminów przedawnienia karalności

Rozwiązanie takie nie budzi wątpliwości konstytucyjnych z punktu widzenia zasady ochrony praw nabytych. Dopóki przedawnienie karalności nie nastąpi, sprawcy z tego tytułu nie przysługują żadne prawa. Przyjmuje się, że ustawodawca ma swobodę w kształtowaniu instytucji przedawnienia i może nawet pozbawić tego przywileju popełniających określone kategorie przestępstw, jednak swoboda ta jest pełna, gdy dotyczy działania ustawy *pro futuro*¹⁴. Zastrzec należy w tym wypadku jednak, iż odnosiłoby się to jedynie do wykroczeń i przestępstw, które zostaną popełnione po wejściu w życie ustawy.

W zakresie retroaktywnego stosowania wydłużonych terminów przedawnienia karalności wypowiedział się Trybunał Konstytucyjny w sprawie o stwierdzenie niezgodności art. 15 ustawy z dnia 6 czerwca 1997 r. – przepisy wprowadzające Kodeks karny (dalej „p.w.k.k.”) z art. 2 i 42 ust. 1 Konstytucji jako naruszającego zasadę *lex severior retro non agit*¹⁵.

W skardze konstytucyjnej podniesiono, że naruszonym podmiotowym prawem wywodzącym się z treści art. 2 oraz art. 42 ust. 1 Konstytucji jest zasada *lex retro non agit*, która w odniesieniu do prawa karnego ma charakter zasady konstytucyjnej i zgodnie z art. 233 ust. 1 Konstytucji nie może ulec ograniczeniu nawet w czasie stanu wojennego i wyjątkowego. Podkreślono związek między tą zasadą a zasadą państwa prawnego. Nadto zarzucono naruszenie zasady *lex severior retro non agit* – zakaz wstecznego działania prawa surowszego.

Powyższe stanowisko podzielił również Sejm, który w piśmie z 14 maja 2004 r. uznał, że art. 15 p.w.k.k. jest niezgodny z art. 2 i art. 42 ust. 1 Konstytucji. Wskazano na rygorystyczne stosowanie zasady *lex retro non agit* w prawie karnym, rozumianej jako zakaz stosowania międzyczasowych reguł, które mają określić treść stosunków prawnych powstałych pod rządami dawnych norm, a trwających w okresie wejścia w życie norm nowo ustanowionych, jeżeli reguły te wywołują ujemne prawne następstwa dla bezpieczeństwa prawnego i poszanowania praw nabytych. Zdaniem Sejmu instytucję przedawnienia w prawie karnym należy uznać za instytucję materialnoprawną, wywołującą skutki o charakterze

¹⁴ A. Wąsek, W gąszczu problematyki przedawnienia w prawie karnym, (w:) P. Hofmański, K. Zgryzek (red.), Współczesne problemy procesu karnego i wymiaru sprawiedliwości. Księga ku czci Profesora Kazimierza Marszała, Katowice 2003, s. 475.

¹⁵ Wyrok TK z dnia 25 maja 2004 r., sygn. SK 44/03, OTK ZU 2004, nr 5A, poz. 46.

procesowym. Przedawnienie oznacza, że konkretny czyn był, ale już nie jest zagrożony karą. Istotą przedawnienia jest więc ustanie owego zagrożenia. Ustawa wydłużająca termin przedawnienia określonego przestępstwa, którego karalność w dniu wejścia jej w życie jeszcze nie ustała, musi być postrzegana jako ustawa surowsza dla sprawcy, działająca wstecz na jego niekorzyść. Stąd Sejm uznał przepis za zbędny, z uwagi na dyrektywę art. 4 § 1 kodeksu karnego, która stanowi, że jeżeli w czasie orzekania obowiązuje ustawa inna niż w czasie popełnienia przestępstwa, stosuje się ustawę nową, jednakże należy stosować ustawę obowiązującą poprzednio, jeżeli jest względniejsza dla sprawcy. Tymczasem zakwestionowany przepis stanowi, że sprawca przestępstwa może być pociągnięty do odpowiedzialności w okresie dłuższym od okresu, jaki został ustanowiony w ustawie obowiązującej w momencie popełnienia określonego przestępstwa. W ocenie Sejmu wydłużenie okresu i zastosowanie nowej ustawy godzi w konstytucyjną zasadę *lex retro non agit*. Ocena dolegliwości ustawy karnej oprócz oceny samych zagrożeń karami powinna uwzględniać wszystkie instytucje i rozwiązania ustawy uchylonej i nowej, a więc także okresy przedawnienia określonych rodzajów przestępstw¹⁶.

Trybunał Konstytucyjny nie podzielił powyższych zapatrywań i uznał, że art. 15 p.w.k.k. jest zgodny z art. 2 i art. 42 ust. 1 Konstytucji. Trybunał wskazał, że element czasowości normy prawnej, w odniesieniu do sytuacji, gdy przedawnienie jeszcze nie nastąpiło, ma znaczenie nie dla oceny czynu podlegającego karze, ale dla oceny tych aspektów norm prawa karnego, które nie mogą prowadzić do naruszenia Konstytucji, bo dotyczą elementów odpowiedzialności karnej niezwiązanej z prawnomaterialną oceną czynu zabronionego, lecz są konsekwencją politologicznych, socjologicznych lub prakseologicznych preferencji wprowadzanych przez ustawodawcę do porządku prawnego¹⁷.

Trybunał uznał, że art. 42 ust. 1 Konstytucji wyraźnie określa aksjologiczne podstawy funkcjonowania odpowiedzialności karnej, a przepis prawny, który nie zmienia podstaw wymiaru kary ani oceny czynu zabronionego, nie prowadzi do naruszenia konstytucyjnej aksjologii w tej dziedzinie. Przedawnienie karalności czynów osłabia poczucie nieuchronności odpowiedzialności związanej z naruszaniem prawa, co może oznaczać osłabienie poczucia prawa i zasad demokratycznego państwa prawnego. Ponadto Trybunał wskazał, że przedawnienie karalności, mimo że może być elementem konstrukcyjnym normy materialnego pra-

¹⁶ *Ibidem*.

¹⁷ *Ibidem*.

wa karnego, zawsze oznacza swoiste zerwanie związku pomiędzy przestępstwem a karą. „Jeżeli przyjąć, że ustrojodawca w art. 42 ust. 1 Konstytucji sformułował zasady, że odpowiedzialności karnej podlega ten tylko, kto dopuścił się czynu zabronionego pod groźbą kary przez ustawę obowiązującą w czasie jego popełnienia, oraz – co jest konsekwencją tak określonej normy – że kto dopuścił się tak określonego czynu ponosi przewidziane prawem konsekwencje (odpowiedzialność), to należałoby uznać, że ustrojodawca nie mógł przyjąć założenia, iż odpowiedzialność za popełnienie przestępstwa oraz przedawnienie takiej odpowiedzialności są wartościami równoważnymi. Dlatego, że na gruncie prawa karnego instytucja przedawnienia, jakkolwiek przez swoją powszechność stanowi element porządku prawa karnego, traktowana jest jako element pewnej polityki karnej, a nie konstytucyjnie chronione prawo obywatela”¹⁸. Następnie Trybunał wywiódł, że obywatel wprawdzie ma prawo oczekiwać, iż będzie podlegał odpowiedzialności karnej na zasadach określonych w art. 42 ust. 1 Konstytucji, ale nie może oczekiwać korzyści, które dla niego mogłyby wynikać w związku z naruszeniem prawa ze względu na taką, a nie inną politykę karną. Polityka karna, w zależności od istoty zagrożeń związanych z konkretnymi przestępstwami, może podlegać modyfikacjom. Obywatel nie może zakładać, że te elementy normy prawnej związanej z karalnością czynów, które nie stanowią prawa konstytucyjnie chronionego, nie ulegną zmianie. „Inne podejście do instytucji przedawnienia prowadziłoby do swoistego premiowania tych przestępców, którzy wytrwale podejmują działania w kierunku uniknięcia odpowiedzialności. Stąd też w odniesieniu do przedawnienia, którego termin nie upłynął przed wydaniem prawomocnego orzeczenia, nie może być podnoszony argument, że jego przedłużenie pogarsza sytuację przestępcy, ponieważ popełniając przestępstwo, nie mógł on przewidzieć, iż termin przedawnienia ulegnie zmianie. Akceptacja takiego rozumowania oznaczałaby tworzenie aksjologicznie nieuzasadnionych i niezrozumiałych z punktu widzenia państwa prawnego normatywnych konstatacji”¹⁹.

Zapatrywanie Trybunału Konstytucyjnego wyrażone w wyżej cytowanym wyroku z dnia 25 maja 2004 r. zostało podtrzymane i powtórzone w wyroku z dnia 15 października 2008 r.²⁰ Ten ostatni dotyczył pytania prawnego zadanego przez Sąd Rejonowy w Legionowie, czy art. 2 ustawy z dnia 3 czerwca 2005 r. o zmianie ustawy – Kodeks karny jest zgodny z art. 42 ust. 1 Konstytucji oraz czy art. 1 pkt 1 lit. a i art. 1 pkt 2 usta-

¹⁸ *Ibidem*.

¹⁹ *Ibidem*.

²⁰ Sygn. P 32/06, OTK 2008, nr 8A, poz. 138.

wy nowelizującej są zgodne z art. 2, art. 32 ust. 1, art. 42 ust. 1 i art. 45 Konstytucji oraz z art. 6 ust. 1 EKPC.

Sąd pytający wskazał, że naruszona mogła zostać zasada zaufania obywateli do państwa i pewności stanowionych ustaw karnych; rzetelnego, uczciwego i sprawiedliwego rozstrzygnięcia spraw karnych z poszanowaniem zasady oznaczoności odpowiedzialności karnej i nie pogarszania sytuacji procesowej pomiędzy czasem popełnienia czynu zabronionego, a wydaniem wyroku. W konsekwencji skutkować będzie wymierzeniem oskarżonym kar bezwzględnego pozbawienia wolności i wprowadzeniem „ograniczenia tej wolności sprzecznego z art. 31 ust. 1 Konstytucji”.

W ocenie sądu pytającego, nieuzasadnione i arbitralne jest wydłużenie terminów przedawnienia ścigania wyłącznie przestępstw publicznoskargowych, co narusza art. 32 ust. 1 Konstytucji, gdyż zaskarżone przepisy różnicują sytuację sprawcy przestępstwa publicznoskargowego względem sytuacji prawnej sprawcy przestępstwa prywatnoskargowego. Dyskryminacja pokrzywdzonych przez przestępstwa prywatnoskargowe wobec pokrzywdzonych przez czyny ścigane w trybie publicznoskargowym jest również, zdaniem pytającego sądu, sprzeczna, w takim kontekście, z zasadą demokratycznego państwa prawnego, gdyż zmiany te dokonywane są w sposób mechaniczny, nieuzasadniony i w celach politycznych, co potwierdza uzasadnienie projektu ustawy nowelizującej.

Sąd nie zgodził się ze stwierdzeniem, aby wielokrotne wydłużanie terminów przedawnienia karalności czyniło zadość standardom konstytucyjnym wynikającym z art. 42 ust. 1 i art. 45 ust. 1 Konstytucji RP. Po pierwsze, ustawa karna, która jest podstawą pociągnięcia do odpowiedzialności karnej, ulega wielokrotnym zmianom i nie jest tą, która obowiązywała w chwili popełnienia czynu; po drugie, „następuje intensyfikacja opóźnienia w rozstrzygnięciu sprawy karnej, która nie mogła się zakończyć w dotychczas przewidzianych ramach instytucji przedawnienia”²¹.

Odnosząc się do powyższego pytania i wątpliwości sądu pytającego, Trybunał Konstytucyjny wyjaśnił zagadnienie przedłużenia terminów karnoprawnego przedawnienia w szerszym kontekście normatywnym i orzekł m.in., że art. 2 ustawy z dnia 3 czerwca 2005 r. o zmianie ustawy – Kodeks karny jest zgodny z art. 42 ust. 1 Konstytucji. Trybunał stwierdził, że instytucja przedawnienia jest związana w sposób nierozdzielny z orzekaniem o przestępstwie i sankcją karną za jego popełnienie, dlatego powinna być brana pod uwagę przez sąd orzekający jako „ustawa obo-

²¹ *Ibidem*.

wiążąca w czasie popełnienia czynu zabronionego pod groźbą kary”²². „Sąd, dokonując wyboru pomiędzy ustawą nową i ustawą poprzednio obowiązującą, musi uwzględnić czasowe ograniczenia w stosowaniu ustawy, jakie mogą wynikać z przepisów o przedawnieniu. O ile jednak kompetencja prawno-karna sądu nie wygasła, kwestia długości terminów na gruncie ustawy nowej i poprzednio obowiązującej nie ma znaczenia dla stosowania zasady *lex mitior agit* (...). Treść normatywna art. 42 ust. 1 ma więc stosunkowo wąski zakres zastosowania”. Zdaniem Trybunału kwestionowane przepisy nie stanowią ustawowego ograniczenia konstytucyjnego prawa do sądu. Prawo to polega przede wszystkim na umożliwieniu każdemu sprawiedliwego i jawnego rozpatrzenia sprawy bez nieuzasadnionej zwłoki przez właściwy, niezależny, bezstronny i niezawisły sąd. „Skoro zatem Konstytucja nie formułuje ani konieczności istnienia tej instytucji, ani też nie zakazuje jej wprowadzania – decyzja, jak ukształtować instytucję przedawnienia i czy w ogóle wprowadzać ją do systemu prawnego, należy do ustawodawcy”²³.

Trybunał stwierdzając zgodność kwestionowanych przepisów z art. 2 Konstytucji przypomniał, tezy z wyroku o sygn. SK 44/03: „Zmiana długości okresów przedawnienia nie wpływa ani na sam fakt karania, ani też na wysokość możliwej do wymierzenia kary. Regulacje przewidujące przedawnienie nie mają charakteru gwarancyjnego, nie są ustanawiane z uwagi na sprawcę czynu zabronionego, lecz cel karania. Retroaktywnie działające przedłużenie okresów przedawnienia podlega ocenie w świetle zasady państwa prawnego, nie jest jednak związane z naruszeniem praw nabytych ani ochroną zaufania w zakresie regulacji określających karalność czynu zabronionego”.

Dlatego przedłużenie terminu przedawnienia przestępstw, w stosunku do których wszczęto postępowanie przeciwko osobie, dokonane na podstawie zaskarżonych przepisów ustawy nowelizującej, nie narusza zasady ochrony zaufania obywateli do prawa, zawartej w art. 2 Konstytucji.

Uznając brak naruszenia art. 32 ust.1 Konstytucji RP, Trybunał podniósł, że to nie tryb ścigania był przesłanką wydłużenia okresów przedawnienia karalności, a przyjęte przez ustawodawcę, zagrożenie wysokością kary pozbawienia wolności²⁴.

Pomimo stwierdzenia zgodności z kwestionowanych przepisów z Konstytucją, Trybunał wyraził zaniepokojenie niebezpieczną tendencją polityki karnej, przejawianej w polityce ustawodawczej, wydłużającej

²² *Ibidem*.

²³ *Ibidem*.

²⁴ *Ibidem*.

okresy przedawnienia przestępstw, polegającej na próbie zastąpienia niesprawności państwa w sferze wymierzania sprawiedliwości zmianami ustawowymi, dotyczącymi w szczególności okresów przedawnienia przestępstw. Istotne jest przypomnienie ustawodawcy, że „w państwie demokratycznym, w myśl zasady podziału władzy, zarówno władza wykonawcza, jak i władza ustawodawcza nie mogą zastępować wymiaru sprawiedliwości w realizacji jego funkcji. Nie tylko polityka ustawodawcza, ale przede wszystkim samo funkcjonowanie wymiaru sprawiedliwości, decyduje o skutecznym realizowaniu przez niego konstytucyjnych funkcji. Nadmierna częstotliwość zmian ustawodawczych, dotyczących przedawnienia karalności, tym bardziej, jeśli jest inspirowana politycznym koniunkturalizmem, godzą w stabilność porządku prawnego, w ład prawny, również w sferze stosowania prawa, podrywając zaufanie do państwa”²⁵.

Co interesujące, orzeczenie o zgodności zaskarżonych przepisów ze wskazanymi wzorcami konstytucyjnymi, nie oznacza wcale dowolności ustawodawcy w wielokrotnym przedłużaniu (czy też zmianie) terminów przedawnienia i ich retroaktywnego stosowania. Biorąc pod uwagę liczbę dokonanych zmian w ostatnim czasie, można wyrazić wątpliwość co do ich konstytucyjności z punktu widzenia stabilności porządku prawnego, przewidywalności prawa i zaufania do państwa prawa (art. 2 i art. 45 ust. 1 Konstytucji), które wskutek tylu nowelizacji mogły zostać osłabione. Uzasadnienie projektu nowelizacji kodeksu wykroczeń również wskazuje na nieudolność organów ścigania, które nie są w stanie wszcząć postępowania w ciągu roku, czy też zakończyć go przed upływem dwóch lat. Bardziej zasadna byłaby reorganizacja prokuratury i policji, ich usprawnienie, a nie kolejne zmiany terminów przedawnienia karalności.

5. Zgodność z umowami międzynarodowymi retroaktywnego stosowania wydłużonych terminów przedawnienia karalności wykroczenia

Działanie z mocą wsteczną należy niewątpliwie do istoty również omawianego art. 6 ustawy nowelizującej. Jak już wspomniano, zgodnie z utrwalonym orzecznictwem TK, nie jest on niezgodny z Konstytucją RP. Warto, w związku z tym, przyrzeć się jego zgodności z ratyfikowanymi przez Polskę umowami międzynarodowymi.

²⁵ *Ibidem*.

Zgodnie z art. 15 ust. 1 Międzynarodowego Paktu Praw Obywatelskich i Politycznych²⁶ (dalej „MPPOiP”) „Nikt nie może być skazany za czyn lub zaniechanie, które w myśl prawa wewnętrznego lub międzynarodowego nie stanowiły przestępstwa w chwili ich popełnienia. Nie może być również zastosowana kara surowsza od tej, którą można było wymierzyć w chwili popełnienia przestępstwa. Jeżeli po popełnieniu przestępstwa ustanowiona zostanie przez ustawę kara łagodniejsza za takie przestępstwo, przestępca będzie miał prawo z tego korzystać”.

Zgodnie z art. 7 ust. 1 Konwencji o Ochronie Praw Człowieka i Podstawowych Wolności²⁷ „Nikt nie może być uznany za winnego popełnienia czynu polegającego na działaniu lub zaniechaniu działania, który według prawa wewnętrznego lub międzynarodowego nie stanowił czynu zagrożonego karą w czasie jego popełnienia. Nie będzie również wymierzona kara surowsza od tej, którą można było wymierzyć w czasie, gdy czyn zagrożony karą został popełniony”. W wyroku w sprawie Coëme i Inni przeciwko Belgii²⁸ Europejski Trybunał Praw Człowieka potwierdził, że nie narusza zakazu retroaktywności przepisów karnych ustawowe przedłużenie okresu przedawnienia już po popełnieniu czynu, którego przedawnienie to dotyczy, albowiem zagadnienie to należy do prawa procesowego. Dopiero umożliwienie wykonania kary nowo uchwaloną ustawą, której wykonanie uprzednio przedawniło się, naruszyłoby art. 7 ust. 1, ale to z uwagi na fakt, że karalny (w sensie możliwości wykonania kary) stałby się czyn, który nie był już karalny z uwagi na przedawnienie wykonania kary.

Powyższe wskazuje na fakt, iż przepis art. 6 ustawy nowelizującej nie jest niezgodny z art. 7 ust. 1 EKPC ani z art. 15 ust. 1 MPPOP.

6. Wnioski

Również w doktrynie, dominujący jest pogląd, że retroaktywnie działające wydłużenie okresów przedawnienia podlega ocenie w perspektywie zasady państwa prawnego, jednak nie jest związane z naruszeniem praw nabytych ani ochroną zaufania w zakresie uregulowań określających karalność czynu zabronionego, dlatego nie są one objęte zakresem zasto-

²⁶ Otwarty do podpisu w Nowym Jorku dnia 16 grudnia 1966 r., Dz. U. z 1977 r., Nr 38, poz. 167.

²⁷ Dz. U. z 1993 r., Nr 61, poz. 284.

²⁸ Wyrok ETPC z dnia 22 czerwca 2000 r., sygn.: 32492/96, 32547/96, 32548/96, 33209/96 i 33210/96, § 149–150.

sowania gwarancyjnej zasady *lex severior retro non agit*²⁹. Ustawodawca, przedłużając terminy przedawnienia, nie dokonuje przewartościowania naganności czynów, lecz weryfikuje swą ocenę co do dalszej potrzeby ich karania. Decyzja ustawodawcy określająca okresy przedawnienia ma w zakresie tej oceny charakter prognostyczny i można ją zmienić ze względu na zachodzące zmiany społeczne³⁰. „Nastąpienie w przyszłości przedawnienia karalności nie jest dla sprawcy przestępstwa ekspektatywą i z terminu przedawnienia, dopóki przedawnienie nie nastąpi, nie wynikają dla sprawcy żadne prawa³¹”. W przypadku przedłużenia terminów przedawnienia karalności przestępstw, które dotychczas się nie przedawniły, nie dochodzi do zmiany statusu prawnego sprawcy. Nie istnieje prawo podmiotowe do przedawnienia, co skutkuje konstatacją, że sprawca nie ma prawa oczekiwać uznania jego czynu za przedawniony. Wszak celem przepisów o przedawnieniu nie jest zagwarantowanie sprawcy, że jego czyn po upływie określonego czasu się przedawni³². Konkludując, nie zasługuje na ochronę prawną zaufanie sprawcy, że po pewnym czasie jego czyn nie będzie już ścigany. W kolizji z realizacją interesu wymiaru sprawiedliwości powyższe zaufanie musi ustąpić. Niemniej ustawodawca powinien powstrzymać się przed kolejnymi ingerencjami w długość terminów przedawnienia karalności oraz w razie ich kolejnego wydłużania od ich retroaktywnego stosowania. Może to godzić w stabilność porządku prawnego, przewidywalność prawa i zaufanie do państwa prawa.

²⁹ W. Wróbel, *Zmiana normatywna i zasady intertemporalne w prawie karnym*, Warszawa 2003, s. 538.

³⁰ *Ibidem*, s. 536.

³¹ A. ZoII, (w:) A. ZoII (red.), *Kodeks karny. Część ogólna. Komentarz*, Warszawa 2012, s. 1096.

³² K. Banasik, *Przedawnienie w prawie karnym w systemie kontynentalnym i angloskim*, Lex el./2013.

Permissibility of retroactive application of longer statutes of limitation to petty offences committed prior to the effective date of the new regulation

Abstract

This contribution examines compliance with the Constitution and with the European Convention of Human Rights of the practice of retroactive application by the legislator of new longer statutes of limitation to petty offences committed prior to the effective date of the new regulation. A similar practice already existing for the Penal Code and its amended Article 102 is signalled. Case law of the Constitutional Tribunal and of the European Court of Human Rights, as well as views presented in the relevant literature are reviewed. On the one hand, the substantiation document for the amendment law reveals a dangerous tendency in the criminal policy, which tendency is reflected in the legislative policy and in fact extends statutes of limitation for petty offences. On the other hand, such tendency does not raise any constitutional doubts as far as the principle of protection of acquired rights is concerned. As long as an offence is not time-barred, a perpetrator has no right whatsoever in statute of limitation. It is assumed that the legislator is free to shape statutes of limitations or even deprive perpetrators, who committed certain categories of offences, of their right in statute of limitation.

Agnieszka Kilińska-Pękacz

Sprawdzanie stanu po użyciu alkoholu oraz stanu nietrzeźwości u nieletnich

Streszczenie

Celem artykułu jest analiza regulacji prawnych w zakresie postępowania związanego ze sprawdzaniem stanu po użyciu oraz stanu nietrzeźwości u nieletnich. Autorka stara się odpowiedzieć na dwa zasadnicze pytania: jak wyglądają procedury sprawdzania nietrzeźwości u nieletnich oraz kto jest uprawniony do przeprowadzenia tego badania. Rozważania zostały podzielone na te, gdzie nieletni jedynie spożywa alkohol oraz gdy pod wpływem alkoholu dopuszcza się czynu karalnego. Konsekwencją rozważań są postulaty de lege ferenda.

Nietrzeźwi nieletni to codzienność, z którą muszą mierzyć się rodzice, nauczyciele, pedagodzy w placówkach opiekuńczo-wychowawczych, jak też funkcjonariusze instytucji ochrony prawa. Nietrzeźwych nieletnich można odnaleźć zarówno w domu, w szkole, czy chociażby w miejscach publicznych. Rozróżnić w tym zakresie należy dwie sytuacje, a mianowicie, gdy będący po spożyciu alkoholu nieletni nie popełnił żadnego przestępstwa, jak też, gdy popełnił on czyn karalny będąc właśnie w stanie nietrzeźwości. Celem artykułu jest odpowiedź na następujące pytania: jak wygląda procedura sprawdzania nietrzeźwości u nieletnich? oraz kto jest uprawniony, zgodnie z przepisami, do jego sprawdzania?

W rozumieniu ustawy z dnia 26 października 1982 r. o postępowaniu w sprawach nieletnich¹, nieletni obejmują trzy kategorie podmiotów. Pierwszą stanowią, w zakresie zapobiegania i zwalczania demoralizacji, osoby, które nie ukończyły lat 18. Drugą kategorię w odniesieniu do postępowania w sprawach o czyny karalne tworzą nieletni, którzy dopuścili się takich czynów po ukończeniu lat 13, a przed ukończeniem lat 17. Trzecia kategoria nieletnich to ci, w stosunku do których wykonywane są środki wychowawcze lub poprawcze nie dłużej jednak niż do ukończenia przez te osoby lat 21. Podkreślenia wymaga, że w zakresie zapobiegania

¹ Tekst jedn. Dz. U. z 2018 r., poz. 969.

i zwalczania demoralizacji ustawodawca nie wprowadził dolnej granicy wieku, kiedy można takie postępowanie prowadzić, co pozwala przyjąć, że jest to możliwe w stosunku do każdego dziecka, nawet kilkuletniego, a na pewno w wieku poniżej lat 13. W art. 10 kodeksu karnego także mowa o nieletnim, jednakże zagadnienie to jest wyłączone do odrębnego opracowania.

Ustawa z dnia 26 października 1982 r. o wychowaniu w trzeźwości i przeciwdziałaniu alkoholizmowi² w art. 46 reguluje trzy istotne pojęcia dla wyjaśnienia terminów użytych w tytule artykułu: napój alkoholowy, stan po użyciu oraz stan nietrzeźwości. Napojem alkoholowym w rozumieniu przedmiotowej ustawy jest produkt przeznaczony do spożycia zawierający alkohol etylowy pochodzenia rolniczego w stężeniu przekraczającym 0,5% objętościowych alkoholu. Zaś stan po użyciu alkoholu zachodzi, gdy zawartość alkoholu w organizmie wynosi lub prowadzi do: 1) stężenia we krwi od 0,2‰ do 0,5‰ alkoholu albo 2) obecności w wydychanym powietrzu od 0,1 mg do 0,25 mg alkoholu w 1 dm³. Stan nietrzeźwości zachodzi zaś, gdy zawartość alkoholu w organizmie wynosi lub prowadzi do: 1) stężenia we krwi powyżej 0,5‰ alkoholu albo 2) obecności w wydychanym powietrzu powyżej 0,25 mg alkoholu w 1dm³.

Podkreślenia wymaga, że w ustawie o postępowaniu w sprawach nieletnich jednym z przejawów demoralizacji, uregulowanych w art. 4 przedmiotowego aktu prawnego, jest „używanie alkoholu lub innych środków w celu wprowadzenia się w stan odurzenia”. Kluczowe jest też wyjaśnienie terminu demoralizacji, która według M. Kuć jest rozumiana jako „stan struktur rozpoznawczych, które prowadzą do nierespektowania norm moralnych i sprzyjają naruszeniu norm prawno Karnych”³. Należy więc przyjąć, że demoralizacja to wszelkie symptomy dla najbliższego otoczenia nieletniego, wskazujące na to, że doświadcza on niekorzystnych zjawisk, które w przyszłości mogą spowodować dalsze negatywne następstwa, w tym popełnienie czynu karalnego. Chodzi więc o to, aby podjąć wobec niego postępowanie, aby nakierować go na „właściwą drogę”, w szczególności wolną od alkoholu.

Ustawodawca w treści ustawy o postępowaniu w sprawach nieletnich nie doprecyzował, co należy rozumieć pod pojęciem używanie alkoholu w celu odurzenia. Legalna definicja „napoju alkoholowego”, ale nie „alkoholu”, występuje w ustawie o wychowaniu w trzeźwości i przeciwdziałaniu alkoholizmowi, jednak zgodnie z art. 46 tej ustawy definicję stosuje się jedynie na gruncie tej ustawy. W konsekwencji przyjąć trzeba, że „al-

² Tekst jedn. Dz. U. z 2016 r., 487 ze zm.

³ M. Kuć, Kryminologia, Warszawa 2010, s. 101.

kohol”, o którym mówi ustawa o postępowaniu w sprawach nieletnich, obejmuje wszelkie napoje zawierające jakąkolwiek ilość alkoholu, niezależnie od ich przeznaczenia oraz pochodzenia. „Alkoholem” spożywanym przez nieletnich będą zatem wszelkie substancje go zawierające, w tym ze swej natury nieprzeznaczone do spożycia, jak np. denaturat. Wykładnia taka wydaje się odzwierciedlać cel ustawy, którym jest ochrona nieletnich przejawiających objawy demoralizacji w przypadkach kontaktów z jakimkolwiek alkoholem. Nie pozostaje ona w sprzeczności z językowym rozumieniem pojęcia „alkohol”, które obejmuje wszelkie jego postaci. Nie zachodzi też tu potrzeba jednolitego rozumienia „alkoholu” i „napoju alkoholowego” w ramach systemu prawa, gdyż różne jego dziedziny, a w konsekwencji regulacje prawne, mają do spełnienia odmienne funkcje. Ustawa o wychowaniu w trzeźwości i przeciwdziałaniu alkoholizmowi ma zastosowanie do wszystkich podmiotów prawa, zaś ustawa o postępowaniu w sprawach nieletnich dotyczy tej szczególnej grupy osób.

W myśl ustawy nieletni wykazuje przejawy demoralizacji, gdy spożywa alkohol w celu wprowadzenia się w stan odurzenia. Ustawodawca nie definiuje „stanu odurzenia”. Zdaniem A. Komandowskiej odurzenie to stan wywołany przez użycie lub nadużycie środków chemicznych, z których najpopularniejszym jest alkohol etylowy oraz narkotyki. Autorka podkreśla, że nawet niewielkie ilości takiej substancji powodują taki stan⁴. „Stan odurzenia” nie został wyjaśniony w żadnym innym akcie prawnym, choć mowa jest o nim w art. 31 § 3 Kodeksu karnego z dnia 6 czerwca 1997 r.⁵, w którym ustawodawca posłużył się zwrotem „wprawienie się sprawcy w stan nietrzeźwości lub odurzenia powodujący wyłączenie lub ograniczenie poczytalności, które przewidywał albo mógł przewidzieć”. Zatem w wymienionym przepisie „stan odurzenia” jest stanem odmiennym od „stanu nietrzeźwości” i odnosi się do narkotyków. W konsekwencji „stan odurzenia”, o którym stanowi ustawa o postępowaniu w sprawach nieletnich, należy pomocniczo bardziej łączyć ze „stanem nietrzeźwości” i „stanem po użyciu alkoholu” w ich rozumieniu na gruncie art. 46 ust. 2 i 3 ustawy o wychowaniu w trzeźwości i przeciwdziałaniu alkoholizmowi oraz art. 115 § 16 Kodeksu karnego w przypadku pierwszego z tych stanów. Na pewno nieletni znajdujący się w stanie nietrzeźwości powinien być uznany za osobę odurzoną alkoholem. Być może odurzenie zachodzi także przy stężeniu alkoholu odpowiadającym stanowi po jego użyciu. W wyjątkowych przypadkach zasadnym wydaje się być także

⁴ A. Komandowska, Wpływ zaburzeń psychicznych na odpowiedzialność karną sprawcy czynu zabronionego, Lublin 2015, s. 109–110.

⁵ Tekst jedn. Dz. U. z 2017 r., poz. 2204.

uznawanie, że nawet śladowe ilości alkoholu w stężeniu niższym niż „stan po spożyciu alkoholu” w organizmie młodego człowieka, zwłaszcza kilkulatniego dziecka, wyczerpuje ustawowe znamię „celu odurzenia”.

Reakcja organizmu na alkohol jest zależna od wielu czynników. Znaczenie mają tu: ilość spożytego alkoholu, czas i sposób jego picia, zawartość procentowa alkoholu w spożywanym napoju, indywidualne cechy osoby spożywającej, to jest płeć, waga, metabolizm oraz inne czynniki, które towarzyszyły spożywaniu alkoholu w danej chwili, do których należy obniżona odporność czy zmęczenie, na co zwróciła uwagę A. Golonka⁶. Na pewno w przypadku dzieci i młodzieży znaczenie mają ich wiek, z reguły niższa niż u dorosłych waga, brak wcześniejszych doświadczeń z alkoholem i wynikająca z tego niewiedza co do reakcji własnego organizmu na spożyty alkohol. Z reguły będzie więc tak, że nawet niewielka ilość alkoholu spożyta przez nieletniego wywoła poważniejsze następstwa aniżeli taka sama jego ilość u osoby dorosłej.

Wskazany cel odurzenia w praktyce będzie trudny do udowodnienia, w związku z tym rację ma H. Haak twierdząc, że nie zawsze jest tak, iż nieletni spożywając alkohol czyni to w celu wprowadzania się w stan odurzenia. Sięganie po różnego rodzaju substancje uzależniające wiąże się także z uwarunkowaniami rodzinnymi oraz rówieśniczymi. Wówczas, o ile nieletni nie przejawia innego zachowania demoralizującego, to nie jest wobec niego zasadne stosowanie ustawy o postępowaniu w sprawach nieletnich, gdyż nie zostaje spełniona ustawowa przesłanka celu jego działania⁷. Tak samo uważa P. Kobes, który reprezentuje pogląd, że art. 4 ustawy o postępowaniu w sprawach nieletnich objęty jest wadą, ponieważ ustawodawca uznał, iż jedynie działanie kierunkowe, czyli spożywanie alkoholu lub innych środków odurzających w celu odurzenia, stanowi o demoralizacji. Z treści artykułu wynika *a contrario*, że każde inne spożywanie wymienionych substancji nie będzie stanowiło przejawu demoralizacji. W ocenie P. Kobesa brzmienie art. 4 przedmiotowej ustawy nie jest spójne z celem ustawy, którym jest przeciwdziałanie demoralizacji nieletnich. Autor słusznie wskazuje, że nie zawsze jest tak, iż nieletni spożywa alkohol, aby się odurzyć, gdyż przyczyny tego mogą być złożone. Nadrzędnym skutkiem spożywania alkoholu jest zagrożenie rozwoju małoletniego, niezależnie od celu, jaki towarzyszy jemu samemu podczas spożywania alkoholu. W związku z tym P. Kobes wnioskuje, aby podstawą stosowania ustawy o postępowaniu w sprawach nieletnich było nadmierne spożywanie alkoholu przez nieletnich, przy jednoczesnym

⁶ A. Golonka, *Niepoczytalność i poczytalność ograniczona*, Warszawa 2013, s. 333–334.

⁷ H. Haak, *Przymusowe leczenie narkomanów*, Warszawa 2000, s. 64–65.

założeniu, że stopniowe spożywanie alkoholu także powinno być brane pod uwagę z uwzględnieniem wieku nieletniego⁸.

Sformułowanie ustawy „używa alkoholu w celu odurzenia się” jest zdecydowanie niewłaściwe. Gdyby stosować je zgodnie z wykładnią literalną, a taka powinna dominować, to w odniesieniu jedynie do niewielkiej liczby nieletnich spożywających alkohol możliwe byłoby zastosowanie art. 4 ustawy o postępowaniu w sprawach nieletnich. Zawsze bowiem należałoby dowieść, że nieletniemu spożywającemu alkohol towarzyszył cel odurzenia się, co przy niejednoznaczności samego pojęcia „odurzenie” tym bardziej zawężyłoby zakres ich ochrony przed alkoholem. Bo wiem nie wiadomo, kiedy następuje odurzenie, a nieletni zawsze mogą twierdzić, że nie chcieli się odurzyć alkoholem, a jedynie spróbować go, zobaczyć „jak to jest” po jego spożyciu i nawet wówczas, gdy osiągają stan odurzenia, to mogą twierdzić, iż nie było to ich celem. Gdyby „trzymać się” brzmienia analizowanego przepisu, to nader często zastosowanie ustawy o postępowaniu w sprawach nieletnich musiałoby być spóźnione i jednocześnie zrealizowanie celu ustawy, a więc ochrony małoletnich, nie byłoby możliwe na wczesnym, a koniecznym, etapie postępowania z tymi nieletnimi, którzy wykazują przejawy demoralizacji w jej właściwym rozumieniu. Jak wskazano powyżej demoralizacja to wszelkie zachowania niezgodne ze społecznie obowiązującymi standardami, do których nie należy spożywanie alkoholu przez dzieci i młodzież niezależnie od celu, jaki takiemu zachowaniu towarzyszy.

W 1997 r. G. Harasimiak przeprowadził badania wśród sędziów sądów rodzinnych i dla nieletnich w okręgu szczecińskim. Zdecydowana większość ankietowanych jako „używanie alkoholu lub innych środków w celu wprowadzenia się w stan odurzenia” rozumiała spożywanie obojętnie jakiego alkoholu, niezależnie od jego ilości. Zdecydowanie mniej respondentów wypowiedziało się, że przedmiotową przesłankę należy rozumieć jako upijanie się do nieprzytomności, częste spożywanie w znacznej ilości alkoholu lub narkotyków, czy też spożywanie ich systematycznie. Najmniej sędziów wskazało, że jest to także spożywanie alkoholu okazjonalnie w dużych ilościach lub w mniejszych, ale systematycznie. Doprowadziło to G. Harasimiaka do wniosku, że w rzeczywistości sędziowie stosujący ustawę o postępowaniu w sprawach nieletnich nie kierują się ustawową przesłanką „wprowadzenia się w stan odurze-

⁸ P. Kobes, *Prawny system przeciwdziałania przestępczości i demoralizacji nieletnich*, Warszawa 2011, s. 126–127.

nia”⁹. Być może zatem w ogóle nie ma ona znaczenia w procesie stosowania prawa.

Cel wprowadzenia się w stan odurzenia przez spożywanie alkoholu nie powinien mieć znaczenia dla stosowania ustawy o postępowaniu w sprawach nieletnich. Słusznie bowiem podkreśla A. Muszyńska, że „używanie środków w celu odurzenia się” przez nieletnich dotyczy dwóch grup podmiotów. Z jednej strony są to osoby zagrożone uzależnieniem, z drugiej osoby już uzależnione od tych środków¹⁰. Także V. Konarska-Wrzosek dokonała rozróżnienia nieletnich spożywających alkohol na dwie grupy. Pierwszą tworzą dzieci i młodzież spożywające alkohol ze względu na to, że są niedojrzałe, szukają doświadczeń życiowych, a czynią to w małych ilościach i sporadyczne. Drugą są osoby ukierunkowane właśnie na spowodowanie stanu odurzenia, a na dodatek mają one częste kontakty z alkoholem¹¹. Nie można jednak uznawać, że postępowanie w sprawach nieletnich powinno obejmować jedynie tych nieletnich, którym towarzyszy przedmiotowy cel, czy też nieletnich już uzależnionych, gdyż ochroną przed alkoholem należy obejmować wszystkich nieletnich, także tych, którzy dopiero „początkują” z napojami alkoholowymi, niezależnie od celu, jaki im towarzyszy.

Należy tu zachować rozsądek, aby nie stosować ustawy o postępowaniu w sprawach nieletnich do tych z nich, którzy miewają zupełnie sporadyczne kontakty z alkoholem. Chodzi o tych nieletnich, co do których nie sposób byłoby uznawać, że wyczerpują one objawy demoralizacji. Podzielić tym samym należy pogląd A. Grześkowiak wskazujący, że alkoholizowanie się lub używanie środków odurzających stanowi zachowanie przejawiające demoralizację, jednak chodzi tu o alkoholizowanie się mające charakter trwały, powtarzający się, a nie pojedyncze „przygody” z alkoholem, które przemijają¹².

Prowadzenie postępowania w oparciu o ustawę o postępowaniu w sprawach nieletnich wobec dzieci i młodzieży mających jedynie spora-

⁹ G. Harasimiak, Demoralizacja – podstawowe pojęcie w postępowaniu w sprawach nieletnich, (w:) J. M. Stanik, L. Woszczyk (red.), *Przestępczość nieletnich. Aspekty psychologiczne i prawne*, Katowice 2005, s. 283–284.

¹⁰ A. Muszyńska, *Przeciwdziałanie narkomanii nieletnich w świetle ustawy o postępowaniu w sprawach nieletnich i ustawy o przeciwdziałaniu narkomanii*, (w:) Nowa Kodyfikacja Prawa Karnego, Warszawa 2000, s. 14.

¹¹ V. Konarska-Wrzosek, *Prawny system postępowania z nieletnimi w Polsce*, 2013, s. 57.

¹² A. Grześkowiak, *Reforma postępowania z nieletnimi. Uwagi na temat materialnoprawnych rozwiązań ustawy z dnia 26 października 1982 r. o postępowaniu w sprawach nieletnich*, *Studia Prawnicze* 1984, nr 1–2, s. 231.

dyczny kontakt z alkoholem, często jednorazowy, byłoby nieuprawnione, gdyż wówczas nie ma miejsca demoralizacja. Wówczas zasadniczą rolę powinni odgrywać rodzice lub opiekunowie, którzy przez działania wychowawcze muszą kierować dzieci i młodzież na drogę wolną od alkoholu. Istotne zadania w tym względzie przypadają także szkole, która z wykorzystaniem różnych metod oddziaływania, bez potrzeby zawiadomiania policji i sądu, powinna zajmować się nieletnimi mającymi doświadczenia z alkoholem, ale co do których nie można przyjmować, że wykazują oni objawy demoralizacji.

Wymóg art. 4 ustawy o postępowaniu w sprawach nieletnich „wprawaienia się w stan odurzenia” zdecydowanie ogranicza zapewnianie ochrony dzieci i młodzieży przed alkoholem. Konieczne jest zatem *de lege ferenda* postulowanie zmiany jego brzmienia w kierunku wielokrotności „alkoholowego” zachowania się nieletnich. Nowelizacja taka byłaby możliwa przez pozostawienie w art. 4 analizowanej ustawy zapisu, że objawem demoralizacji jest „używanie alkoholu lub innych środków odurzających” z jednoczesnym wykreśleniem wymogu „w celu odurzenia”. Pojęcie „używanie” zawiera w sobie element powtarzalności, w przeciwieństwie do zwrotu „użycie”, który oznacza jednorazowy kontakt z alkoholem. Nie da się dokładnie wskazać w ustawie, ile razy nieletni miałby sięgnąć po alkohol, aby swoim zachowaniem wyczerpał znamię jego „używania”, gdyż to musi oceniać sąd na kanwie każdego przypadku. Jednocześnie podkreślenia wymaga, że nie każde „używanie” alkoholu, a więc wielokrotne z nim kontakty, automatycznie oznaczają demoralizację nieletniego, gdyż i to podlegać musi ocenie sądu.

Podstawą przeprowadzenia badań trzeźwości nieletnich stanowi art. 32e ustawy o postępowaniu w sprawach nieletnich, który reguluje zasady postępowania względem nieletniego przejawiającego przejawy demoralizacji lub dopuszczającego się czynów zabronionych. Na podstawie jego § 1 Policja jest uprawniona do zbierania i utrwalania dowodów przejawów demoralizacji oraz czynów karalnych w wypadkach niecierpiących zwłoki, a w razie potrzeby dokonania zatrzymania nieletniego. Zgodnie z jego § 2 uprawniono fakultatywnie sąd rodzinny do zlecenia Policji dokonania określonych czynności, a w wyjątkowych wypadkach zlecenia dokonania czynności w określonym zakresie. Następnie po dokonaniu określonych powyżej czynności sprawę przekazuje się niezwłocznie sądowi rodzinnemu. W § 4 artykuł ten reguluje sytuację, gdy z okoliczności sprawy wynika, że sprawcą czynu karalnego jest nieletni, lecz czynności, o których mowa w § 1, nie doprowadziły do ustalenia jego tożsamości. Wówczas Policja niezwłocznie przekazuje sprawę sądowi rodzinnemu, który od-

mawia wszczęcia postępowania i może zlecić Policji dokonanie określonych czynności lub dokonanie czynności w określonym zakresie, w wyznaczonym terminie, nie dłuższym niż 2 miesiące. Przedmiotowy artykuł przyznaje uprawnienia Policji do zbierania i utrwalania dowodów dwójakiego rodzaju zachowań nieletnich, a mianowicie przejawów ich demoralizacji oraz czynów karalnych. Rację ma zatem P. Górecki, że Policja podejmuje działania unormowane w art. 32e ustawy z urzędu, inaczej z własnej inicjatywy. Policja przeprowadza jedynie tzw. dochodzenie w niezbędnym zakresie oraz niezwłocznie musi przekazać akta sprawy sądowi rodzinnemu. P. Górecki zasadnie twierdzi, że wraz z pierwszą czynnością Policji następuje wszczęcie postępowania w sprawach nieletnich. Wówczas nie jest konieczne formalne wydanie przez sąd rodzinny postanowienia o jego wszczęciu¹³.

M. Korcyl-Wolska wskazuje, że Policja prowadząc czynności dowodowe może użyć alkomatu. Czynność ta może być przeprowadzona między pierwszą czynnością udokumentowaną w aktach przez Policję, a wydaniem postanowienia o wszczęciu postępowania przed sądem rodzinnym¹⁴. Oznacza to, że Policja widząc nastolatka po spożyciu alkoholu ma prawo do sprawdzenia jego trzeźwości alkomatem. Wówczas nie jest wymagana zgoda rodziców czy opiekunów prawnych.

Z punktu widzenia uprawnień funkcjonariuszy Policji wobec nieletniego istotne znaczenie ma zarządzenie nr 1619 Komendanta Głównego Policji z dnia 3 listopada 2010 r. w sprawie metod i form wykonywania zadań przez policjantów w zakresie przeciwdziałania demoralizacji i przestępczości nieletnich oraz działań podejmowanych na rzecz małoletnich¹⁵. Zostało ono wydane na podstawie art. 7 ust. 1 pkt. 2 ustawy z dnia 6 kwietnia 1990 r. o Policji¹⁶.

Jego § 5 przewiduje, że policjant, który wykonując czynności służbowe uzyskał informacje o okolicznościach świadczących o demoralizacji nieletniego lub popełnieniu przez niego czynu karalnego, ma obowiązek udokumentowania tej informacji w formie notatki urzędowej oraz meldunku informacyjnego, jeżeli obowiązek jego sporządzenia wynika z przepisów w sprawie prowadzenia w Policji zestawu zbiorów informacji System Informacji Operacyjnych. Oznacza to, że policjant za każdym razem wi-

¹³ P. Górecki, V. Konarska-Wrżosek, *Postępowanie w sprawach nieletnich*. Komentarz, Warszawa 2015, s. 182.

¹⁴ M. Korcyl-Wolska, *Postępowanie w sprawach nieletnich na tle standardów europejskich*, Warszawa 2015, s. 119.

¹⁵ Dz. U. KGP z 2010 r., nr 1619.

¹⁶ Tekst jedn. Dz. U. z 2017 r., poz. 2067.

dząc nastolatka pijącego alkohol powinien udokumentować informację i dopiero po wielokrotnym spożywaniu alkoholu przez niego powinno się wszcząć postępowanie o demoralizację. W § 6 tego aktu prawnego uregulowano, że w przypadku każdorazowego zatrzymania nieletniego, który ma być doprowadzany do izby wytrzeźwień, na policjantach spoczywa obowiązek sporządzenia protokołu, podobnie jak w przypadku zatrzymania w policyjnej izbie dziecka.

Natomiast zebrane w trybie art. 32e § 1 i 2 ustawy materiały w sprawie nieletniego przekazuje się niezwłocznie właściwemu sądowi rodzinnemu, powiadamiając o tym ujawnionych pokrzywdzonych, osobę zawiadamiającą o popełnieniu przestępstwa lub wykroczenia oraz komórkę do spraw nieletnich jednostki organizacyjnej policji, właściwą ze względu na miejsce popełnienia czynu karalnego lub ujawnienia przejawów demoralizacji.

Istotny jest § 12 zarządzenia, zgodnie z którym policjanci wykonujący zadania o charakterze patrolowo-interwencyjnym, policjanci ruchu drogowego oraz dzielnicowi ujawniają nieletnich sprawców czynów karalnych oraz wykazujących przejawy demoralizacji w szczególności w przypadkach podejmowanych interwencji dotyczących: popełnionego czynu karalnego; używania alkoholu lub innych środków w celu wprowadzenia się w stan odurzenia.

Wskazane regulacje nadają funkcjonariuszom Policji kompetencje do zbierania dowodów w sprawach niecierpiących zwłoki. Zdecydowanie taką sprawą będzie sytuacja, gdy na podstawie występujących symptomów można przypuszczać, że nieletni znajduje się w stanie po użyciu alkoholu, a nawet w stanie nietrzeźwości. Powyższe przepisy stanowią podstawę prawną do sprawdzenia nietrzeźwości za pomocą alkometru. Wymieniona czynność stanowi pierwsze podjęte działanie i musi być w związku z tym przekazana o tym informacja do sądu rodzinnego.

O ile nieletni wyrazi zgodę na przeprowadzenie badania wdmuchwanego powietrza, nie powoduje to żadnych dalszych trudności. Inaczej jest, gdy małoletni wymienionej zgody nie udzieli. Mogą mieć miejsce sytuacje, gdy nieletni pod wpływem strachu związanego z możliwością wykrycia spożywanego przez niego alkoholu, licząc na to, że upływ czasu znacząco zmniejszy tę wartość, lub z jakichkolwiek innych powodów, nie wyraża zgody na badanie. W takiej sytuacji Policja obligatoryjnie musi powiadomić o zdarzeniu rodziców i zobligować ich do stawienia się w jednostce uprawnionej do przeprowadzenia badania na obecność alkoholu we krwi, ze względu na to, że pobranie krwi stanowi badanie labo-

ratoryjne w rozumieniu ustawy z dnia 5 grudnia 1999 r. o zawodzie lekarza i lekarza dentysty¹⁷.

Procedurę uzyskania zgody na przeprowadzenie takiego badania reguluje art. 32 ustawy o zawodzie lekarza i lekarza dentysty, który stanowi, że lekarz jest uprawniony do przeprowadzenia badania lub udzielenia innych świadczeń zdrowotnych, z zastrzeżeniem wyjątków przewidzianych w ustawie, po wyrażeniu zgody przez pacjenta. Ustawodawca w dalszej części artykułu uzależnia zgodę na przeprowadzenie badania od wieku i zdolności do wyrażenia zgody. W przypadku, gdy pacjentem jest małoletni lub niezdolny do świadomego wyrażenia zgody, wymagana jest zgoda jego przedstawiciela ustawowego, a gdy pacjent nie ma przedstawiciela ustawowego lub porozumienie się z nim jest niemożliwe – zezwolenie wydaje sąd opiekuńczy. Na podstawie § 3, jeżeli nie jest możliwe uzyskanie zgody opiekuna prawnego, możliwe jest uzyskanie zgody na badanie od opiekuna faktycznego. W przypadku osoby całkowicie ubezwłasnowolnionej zgodę wyraża przedstawiciel ustawy tej osoby. Jeżeli osoba taka jest w stanie z rozeznanieniem wypowiedzieć opinię w sprawie badania, konieczne jest ponadto uzyskanie zgody tej osoby. Ustawodawca zobligował uzyskanie zgody osoby, która ukończyła 16 lat. W myśl § 6 analizowanego artykułu jeżeli jednak małoletni, który ukończył 16 lat, osoba ubezwłasnowolniona albo pacjent chory psychicznie lub upośledzony umysłowo, lecz dysponujący dostatecznym rozeznanieniem, sprzeciwia się czynnościom medycznym, poza zgodą jego przedstawiciela ustawowego lub opiekuna faktycznego albo w przypadku niewyrażenia przez nich zgody wymagane jest zezwolenie sądu opiekuńczego. Prawodawca nie wprowadził tylko i wyłącznie możliwości wyrażenia zgody w formie pisemnej, dozwolona jest także forma ustna albo nawet przez takie zachowanie, które w sposób niebudzący wątpliwości wskazuje na wolę poddania się proponowanym przez lekarza czynnościom medycznym. Ustawodawca uregulował także w art. 32, że gdy małoletni pacjent lub niezdolny do samodzielnego wyrażenia zgody, nie ma przedstawiciela ustawowego ani opiekuna faktycznego albo porozumienie się z tymi osobami jest niemożliwe, wówczas lekarz po przeprowadzeniu badania może przystąpić do udzielania dalszych świadczeń zdrowotnych dopiero po uzyskaniu zgody sądu opiekuńczego, chyba że co innego wynika z przepisów ustawy. Sądem opiekuńczym właściwym miejscowo dla udzielania zgody na wykonywanie czynności medycznych jest sąd, w którego okręgu czynności te mają być wykonane.

¹⁷ Tekst jedn. Dz. U. z 2018 r., poz. 617.

Zdaniem M. Safjana „badanie” to podstawowa forma czynności lekarskich, polegająca na oględzinach ciała i badaniu fizykalnym¹⁸. M. Malczewska „badanie” rozumie jako najbardziej podstawową postać czynności lekarza, polegającą na oględzinach ciała i badaniu fizykalnym. Chodzi tu o rutynowe i niestwarzające ryzyka czynności medyczne, które nie ingerują znacznie w integralność fizyczną pacjenta. Przez „inne świadczenia zdrowotne” należy zaś rozumieć choćby podanie leku, zainstalowanie wyrobu medycznego, gdy nie wiąże się to z ingerencją w organizm¹⁹.

Ze względu na konsekwencje różnych badań medycznych, zgoda musi być udzielona przez osobę zdolną do jej wyrażania, a więc uprawnioną do jej wydania oraz rozpoznającą znaczenie udzielanej zgody, na co zwraca uwagę A. Zoll²⁰. Ustawodawca różnicuje uzyskanie zgody na badanie w zależności od wieku małoletniego, jednakże zawsze w przypadku małoletnich obligatoryjne jest uzyskanie zgody przedstawiciela ustawowego. Jeżeli małoletni ukończył 16 lat wymagana jest także jego zgoda. R. Patryn tłumaczy obowiązek uzyskania zgody w przypadku osoby między 16 a 18 rokiem życia faktem zbliżania się przez nie do okresu dorosłości²¹. Ł. Coban i M. Urbańska wskazują następujących przedstawicieli małoletniego: rodzic, przysposabiający, opiekun, czy kurator. Autorzy słusznie zwracają uwagę, że jeżeli małoletni ma dwóch rodziców posiadających pełnię władzy rodzicielskiej, to zgodę muszą oni wyrazić wspólnie²². Oznacza to, że w przypadku nietrzeźwego 17-latka niezbędna jest nie tylko zgoda jego rodziców, ale także jego samego.

Może jednak zdarzyć się, że oboje nie wyrażą zgody lub wyrażą ją rodzice, a nie wyrazi jej małoletni powyżej lat 16. Wówczas konieczne jest uzyskanie zezwolenia sądu opiekuńczego. Jego zadaniem, jak trafnie ujmuje to T. Dukiet-Nagórska, jest to rozstrzygnięcie konfliktu między przedstawicielem ustawowym a małoletnim²³. Rozwiązanie jest właściwe, ponieważ każdorazowo sąd może obiektywnie podjąć decyzję pod kątem dobra dziecka. Niemniej utrudnia to wykonanie badania krwi, gdy nieletni przejawia demoralizację w związku ze spożywaniem alkoholu.

¹⁸ M. Safjan, *Prawo i medycyna*, Warszawa 1998, s. 45.

¹⁹ M. Malczewska, Komentarz do art. 32, (w:) E. Zielińska (red.), *Ustawa o zawodach lekarza i lekarza dentystry. Komentarz*, e/LEX.

²⁰ A. Zoll, *Granice legalności zabiegu medycznego*, *Prawo i Medycyna* 1999, nr 7, s. 35.

²¹ R. Patryn, *Trudności interpretacyjne pojęcia „pacjent małoletni” w prawie medycznym*, *Prawo i Medycyna* 2010, nr 3, s. 73.

²² Ł. Coban, M. Urbańska, *Zasady wykonywania zawodu lekarza*, (w:) M. Kopeć (red.), *Ustawa o zawodach lekarza i lekarza dentystry. Komentarz*, Warszawa 2016, s. 677.

²³ T. Dukiet-Nagórska, *Świadoma zgoda pacjenta w ustawodawstwie polskim*, *Prawo i Medycyna* 200, nr 6–7, s. 92–93.

Bez takiej zgody Policja nie ma bowiem podstawy prawnej do przeprowadzenia badania na zawartość alkoholu w organizmie nieletniego, a czasami późna pora, jak też czas weekendu może sprawić, że uzyskanie zezwolenia sądu będzie bardzo utrudnione, a być może nawet niemożliwe. Podobnie będzie w sytuacji, gdy brak jest przedstawiciela ustawowego lub porozumienie z nim napotyka na trudne do przezwyciężenia przeszkody.

Drugim kryterium uzyskania zgody na badanie jest zdolność do świadomego jej wyrażenia. Zdaniem M. Malczewskiej pacjentem niezdolnym do wyrażenia zgody może być „osoba, której stan zdrowia fizycznego lub psychicznego stoi na przeszkodzie wyrażeniu zgody świadomej”. W rezultacie jako przykład niezdolności wskazuje stan nietrzeźwości²⁴. Rację ma P. Dzieńis wskazując, że brak możliwości wyrażenia zgody przez małoletniego powyżej 16 lat z powodu braku rozpoznania nie oznacza, iż konieczna jest zgoda sądu²⁵. Oznaczałoby to, że w sytuacji, gdy 17-latek był w stanie nietrzeźwości i byłby problem ze stwierdzeniem u niego takiej zdolności do wyrażenia zgody, wówczas zastosowanie miałby art. 32 ust. 2 i wystarczającą byłaby wyłącznie zgoda przedstawiciela ustawowego.

Podmiotem upoważnionym do dokonania badania trzeźwości nieletniego jest kurator sądowy, jeżeli wcześniej został nałożony w stosunku do nieletniego środek wychowawczy nadzoru takiego kuratora. Podstawą tego uprawnienia jest art. 70b w ustawy o postępowaniu w sprawach nieletnich. Kurator sądowy może zobowiązać nieletniego do poddania się badaniu w celu ustalenia w organizmie nieletniego obecności alkoholu lub innego środka użytego w celu wprowadzenia się w stan odurzenia przy użyciu metod niewymagających badania laboratoryjnego, jeżeli jego zdaniem zachowanie nieletniego wskazuje, że jest on w stanie po użyciu alkoholu lub podobnie działającego środka. Konsekwencją odmówienia przez nieletniego poddania się badaniu, jest uznanie, że nieletni jest osobą uchylającą się od nadzoru kuratora, o czym kurator sądowy poucza nieletniego, zobowiązując go do poddania się badaniu. Zgodnie z § 3 kurator może wystąpić do sądu rodzinnego z wnioskiem o zmianę środka wychowawczego, w sytuacji, gdy ustalono obecność alkoholu lub innego środka użytego w celu wprowadzenia się w stan odurzenia w organizmie nieletniego albo w wypadku uchylecia się od nadzoru kuratora. W analizowanym artykule, a konkretniej w § 4, uregulowano ustawowe upoważ-

²⁴ M. Malczewska, Komentarz do art. 32, (w:) E. Zielińska (red.), *Ustawa zawodach lekarza i lekarza dentystry. Komentarz*, Warszawa 2014, s. 603.

²⁵ P. Dzieńis, *Zgoda pacjenta jako warunek legalności leczenia*, *Przegląd Sądowy* 2001, nr 7–8, s. 84.

nienie dla Ministra Sprawiedliwości do określenia rozporządzeniem, w porozumieniu z ministrem właściwym do spraw zdrowia, warunków i sposobu przeprowadzania badań na obecność alkoholu lub innego środka użytego w celu wprowadzenia się w stan odurzenia w organizmie nieletniego oraz procedury dokumentowania badań oraz sposobów weryfikacji wyników testu, uwzględniając w szczególności cel stosowanego nadzoru kuratora sądowego oraz potrzebę powstrzymania dalszego procesu demoralizacji nieletniego.

Przeprowadzenie takiego badania nie ma charakteru obligatoryjnego, lecz fakultatywny, o czym świadczy zwrot „może zobowiązać”. H. Haak i H. Haak-Trzuskawska zasadnie dostrzegają, że zobowiązanie nieletniego do poddania się badaniu może mieć miejsce przede wszystkim wtedy, gdy nieletni nie przyznaje się do tego, że spożywał alkohol²⁶. Przyjęte rozwiązanie jest właściwe, ponieważ kurator sądowy nie musi każdorazowo zawiadamiać Policji, aby jej funkcjonariusze przeprowadzili takie badania. Pozwala ono również na szybką reakcję, gdy kurator sądowy spotyka podopiecznego, który spożył alkohol.

Na podstawie delegacji art. 70b § 4 ustawy o postępowaniu w sprawach nieletnich wydane zostało rozporządzenie Ministra Sprawiedliwości z dnia 10 kwietnia 2012 r. w sprawie warunków i sposobu przeprowadzania badań na obecność alkoholu lub innego środka użytego w celu wprowadzenia się w stan odurzenia w organizmie nieletniego²⁷. Ten akt prawny wyróżnia możliwość przeprowadzenia następujących badań: badania wydychanego powietrza, badania śliny, badania krwi. W rozporządzeniu wprowadzono regulację w zakresie zasad przeprowadzania poszczególnych sposobów badań na obecność alkoholu. Niedostatkim jest tu jednak to, że tak szczegółowy akt wykonawczy odnosi się jedynie do sytuacji, gdy wykonuje się środek wychowawczy w postaci nadzoru kuratora sądowego, nie obejmując innych sytuacji, w których nieletni miał kontakt z alkoholem.

Nie wchodząc w szczegóły tego aktu prawnego, wskazać należy, że pierwsze badanie w celu ustalenia zawartości alkoholu w organizmie nieletniego przeprowadza kurator sądowy w sposób nieinwazyjny, za pomocą urządzenia elektronicznego dokonującego pomiaru stężenia alkoholu w wydychanym powietrzu. Badanie przeprowadza się w obecności rodzica lub opiekuna, a jeżeli zapewnienie ich obecności byłoby w danym przypadku niemożliwe, to w miarę możliwości w obecności nauczyciela,

²⁶ H. Haak i A. Haak-Trzuskawska, Ustawa o postępowaniu w sprawach w sprawach nieletnich. Komentarz, Warszawa 2015, s. 280.

²⁷ Dz. U. z 2012 r., poz. 468.

przedstawiciela powiatowego centrum pomocy rodzinie lub przedstawiciela organizacji społecznej, do której statutowych zadań należy oddziaływanie wychowawcze na nieletnich lub wspomaganie procesu ich resocjalizacji. O poddaniu nieletniego badaniu i jego wynikach kurator sądowy niezwłocznie zawiadamia jego rodzica lub opiekuna. Drugie badanie to badanie śliny, które przeprowadza również kurator sądowy, a polega ono na nieinwazyjnym pobraniu od nieletniego, bez dodawania jakichkolwiek substancji, próbek śliny i ich umieszczeniu w urządzeniu do oznaczania środków odurzających lub substancji psychotropowych, zgodnie z instrukcją obsługi tego urządzenia. Rodzic lub opiekun nieletniego mogą dodatkowo zażądać badania krwi, w szczególności gdy nie byli obecni przy badaniach. Żądanie należy zgłosić kuratorowi sądowemu bezpośrednio po zawiadomieniu o wynikach badania, nie później niż w ciągu 24 godzin od zakończenia badania. Badania krwi może żądać także kurator sądowy, który jest również uprawniony do pouczenia nieletniego, jego rodzica lub opiekuna o prawie i terminie zgłoszenia żądania przeprowadzenia badania krwi. Pobranie krwi powinno nastąpić niezwłocznie po zgłoszeniu żądania, nie później niż w ciągu 3 godzin od chwili jego zgłoszenia. Ostatnie badanie polega na przeprowadzeniu analizy laboratoryjnej krwi pobranej z żyły. Do pobrania krwi do badań obowiązany jest lekarz, pielęgniarka lub inna uprawniona osoba wykonująca zawód medyczny w podmiocie leczniczym niebędącym przedsiębiorcą. W razie powzięcia uzasadnionego podejrzenia, że pobranie krwi spowoduje zagrożenie życia lub zdrowia nieletniego, decyzję o dokonaniu zabiegu podejmuje lekarz. Czynność pobrania krwi wykonuje się w obecności kuratora sądowego.

Problem nastolatków pod wpływem alkoholu nie omija także szkół, wycieczek szkolnych czy też biwaków. W aktualnym stanie prawnym nie ma przepisów uprawniających dyrektora szkoły, jak też nauczycieli do przeprowadzenia badania trzeźwości dzieci i młodzieży. Wprawdzie niektóre szkoły w swoich regulaminach zawierają zapisy mówiące o takich badaniach, to jednak stanowi to działanie bezprawne, sprzeczne z zasadą praworządności. Zgodnie bowiem z hierarchią aktów prawnych każdy akt prawa wewnętrznego, a takim aktem jest statut szkoły, powinien być zgodny z aktami prawnymi powszechnie obowiązującymi, przede wszystkim z zakresem prawa oświatowego. Te zaś nie przewidują możliwości badania nieletnich na zawartość alkoholu przez podmioty oświatowe.

Wówczas mogą one powiadomić o sytuacji Policję, która ma prawo do przeprowadzenia badania na zawartość alkoholu w organizmie nieletniego. Niemniej, jak wskazano powyżej, jej funkcjonariusze są zobowiązani

dokonać zapisu świadczącego o demoralizacji nieletniego. Zatem w sytuacji, gdy nastolatek po raz pierwszy został „przyłapany” na spożywaniu alkoholu lub znajdowaniu się w stanie świadczącym o jego spożyciu, to wydaje się, że lepsze byłoby rozwiązanie problemu w gronie szkolnym. Jednak to, że dyrektor szkoły, ani też nauczyciele, nie posiadają uprawnień do przeprowadzenia badania nieletniego przy użyciu alkometru stanowi spore dla nich utrudnienie w realizowaniu funkcji opiekuńczych i wychowawczych szkoły. Wręcz skutkuje to tym, że ochrona małoletnich przed alkoholem jest w tej płaszczyźnie mało skuteczna. *De lege ferenda* postulować więc trzeba, aby pedagodzy mieli prawo do przeprowadzania takich badań wśród uczniów, co byłoby z korzyścią dla tych drugich i w najmniejszym zakresie nie stanowiłoby nieuzasadnionego ograniczania ich praw i wolności. Wszak dotyczyłoby to jedynie uczniów mających kontakty z alkoholem, a gdyby nawet zdarzyło się, że przypadkowo badaniu takiemu byłby poddany nieletni, który, jakby się później okazało, został niesłusznie o to posądzony, to także nie można by sytuować tego jako nadużycia ze strony szkoły.

W ramach uprawnień związanych z wykonywaniem władzy rodzicielskiej rodzice mogą zakupić alkometr i zobligować swoje dziecko do poddania się badaniu przy jego użyciu. Nie mogą jednak tego uczynić w stosunku do rówieśnika ich dziecka, „przyłapanego” razem z ich dzieckiem na spożywaniu alkoholu. Powinni jednak poinformować o takim stanie rzeczy jego rodziców lub opiekunów prawnych, do czego zobowiązuje ich art. 4 ustawy o postępowaniu w sprawach nieletnich.

Należy zauważyć, że oprócz Policji żaden inny organ ochrony bezpieczeństwa i porządku publicznego nie ma uprawnień do badania stanu trzeźwości dzieci i młodzieży. Takich kompetencji nie mają w szczególności straże miejskie, których przedstawiciele zapewne niejednokrotnie stykają się z nieletnimi mającymi doświadczenia z alkoholem. Nie jest to rozwiązanie właściwe, gdyż brak takiego uprawnienia istotnie ogranicza ich aktywność na tym polu, a tym samym zmniejsza poziom ochrony dzieci i młodzieży przed alkoholem i skutkami jego używania. Postulować więc należy, aby uprawnienie takie posiadały także inne instytucje, w tym straże miejskie.

Może mieć miejsce również sytuacja, gdy rodzice nie odbiorą nietrzeźwego dziecka z jednostki Policji, do której trafi ono w związku z interwencją jej funkcjonariuszy. Wówczas na podstawie art. 40 ust. 1 ustawy o wychowaniu w trzeźwości i przeciwdziałaniu alkoholizmowi należy doprowadzić nietrzeźwego do izby wytrzeźwień. Stanowi ona instytucję powołaną m.in. do sprawowania opieki nad osobami w stanie nietrzeź-

wości. Przesłankami doprowadzenia do izby wytrzeźwień jest to, że osoba jest w stanie nietrzeźwości, osoba ta swoim zachowaniem daje powód do zgorszenia w miejscu publicznym lub w zakładzie pracy, a także osoba znajduje się w okolicznościach zagrażających jej życiu lub zdrowiu albo życiu lub zdrowiu innych osób. Zgodnie z art. 40 ust. 5 ustawy osoby do lat 18 umieszcza się w odrębnych pomieszczeniach, oddzielnie od osób dorosłych. Ust. 11 tego artykułu wskazuje, że o przyjęciu do izby wytrzeźwień lub placówki albo o zatrzymaniu w jednostce Policji zawiadamia się niezwłocznie w przypadku małoletnich ich rodziców lub opiekunów oraz sąd opiekuńczy.

Jak stanowi art. 40¹ ust. 1–3 podstawą przyjęcia osoby doprowadzonej do izby wytrzeźwień, placówki lub jednostki Policji jest wynik badania na zawartość alkoholu w organizmie tej osoby wskazujący na stan nietrzeźwości. Badanie przeprowadza się za zgodą osoby doprowadzonej do izby wytrzeźwień, placówki lub jednostki Policji. W przypadku braku zgody na przeprowadzenie badania, osobę doprowadzoną przyjmuje się do izby wytrzeźwień lub placówki albo zatrzymuje się w jednostce Policji wyłącznie w przypadku występowania symptomów wskazujących na stan nietrzeźwości, potwierdzonych pisemnie przez lekarza lub felczera izby wytrzeźwień lub placówki, a w przypadku osób doprowadzonych do jednostki Policji przez upoważnionego funkcjonariusza Policji. Oznacza to, że podstawą przyjęcia małoletniego do izby wytrzeźwień w przypadku braku jego zgody na takie badanie będzie występowanie symptomów związanych ze stanem nietrzeźwości. W grę mogą tu wchodzić np. wyczuwalna woń alkoholu, problemy z utrzymaniem równowagi, zaburzona mowa. Problemem może być odróżnienie przyczyny takiego zachowania wywołanego alkoholem od spowodowanego substancjami odurzającymi. Może też zdarzyć się, że dziecko jednocześnie będzie spożywało napoje alkoholowe oraz substancje odurzające.

Zgodnie z art. 40⁴ ustawy osoba małoletnia doprowadzona do izby wytrzeźwień, placówki lub jednostki Policji może być zwolniona niezwłocznie po udzieleniu jej niezbędnych świadczeń zdrowotnych, na piśmenny wniosek rodziców lub opiekunów. Natomiast, jak stanowi art. 42¹ ust. 4 ustawy osobę małoletnią po wytrzeźwieniu przekazuje się rodzicom lub opiekunom, a w przypadku ich niezgłoszenia się – najbliższej placówce interwencyjnej.

Odmienne wygląda sytuacja nieletniego, który będąc po spożyciu alkoholu popełni przestępstwo lub wykroczenie. Ustawa o postępowaniu w sprawach nieletnich reguluje również definicję czynu karalnego, który jest pojęciem właściwym dla postępowania w sprawach nieletnich. Zgod-

nie z art. 1 § 2 pkt. 2 czynem karalnym jest czyn zabroniony przez ustawę jako: a) przestępstwo lub przestępstwo skarbowe albo b) wykroczenie określone w art. 50a, art. 51, art. 69, art. 74, art. 76, art. 85, art. 87, art. 119, art. 122, art. 124, art. 133 lub art. 143 Kodeksu wykroczeń.

Podstawą interwencji wobec niego jest również art. 47, który w ust. 1 stanowi, że jeżeli zachodzi podejrzenie, że przestępstwo lub wykroczenie zostało popełnione po spożyciu alkoholu, osoba podejrzana może być poddana badaniu koniecznemu do ustalenia zawartości alkoholu w organizmie, w szczególności zabiegowi pobrania krwi. Zabiegu pobrania krwi dokonuje fachowy pracownik służby zdrowia. Zgodnie z jego ust. 2 minister właściwy do spraw zdrowia w porozumieniu z Ministrem Sprawiedliwości, ministrem właściwym do spraw wewnętrznych oraz ministrem właściwym do spraw pracy, w drodze rozporządzenia, określa warunki i sposób dokonywania badań, o których mowa w ust. 1 i w art. 17 ust. 3.

Można przyjąć, że art. 32e ustawy o postępowaniu w sprawach nieletnich i art. 47 ustawy o wychowaniu w trzeźwości stanowią podwójną podstawę zbierania dowodów w postaci przeprowadzenia badania na zawartość alkoholu u nieletnich. Należy zwrócić uwagę, że to podwójne umocowanie prawne ma zastosowanie do popełniania przestępstw oraz wykroczeń wskazanych w ściśle określonym katalogu czynów karalnych w rozumieniu ustawy o postępowaniu w sprawach nieletnich. Do każdego innego wykroczenia, które nie jest zdefiniowane jako czyn karalny, nie ma zastosowania art. 47 ustawy o wychowaniu w trzeźwości i przeciwdziałaniu alkoholizmowi.

Na podstawie art. 47 ust. 2 ustawy wydano rozporządzenie Ministra Zdrowia z dnia 11 grudnia 2015 roku w sprawie badań na zawartość alkoholu w organizmie²⁸. Zgodnie z jego zapisami badania takie obejmują badanie wydychanego powietrza lub badanie krwi. Badanie wydychanego powietrza przeprowadza się przed badaniem krwi, jeżeli stan osoby badanej na to pozwala. Oznacza to, że zawsze w pierwszej kolejności powinno być przeprowadzone badanie wydychanego powietrza jako badanie nieinwazyjne. Badanie krwi może być również przeprowadzone, jeżeli osoba odmawia poddania się badaniu wydychanego powietrza lub jeżeli osoba ta, mimo przeprowadzenia badania wydychanego powietrza, żąda badania krwi. Podstawą takiego badania jest także to, że stan osoby badanej, zwłaszcza wynikający ze spożycia alkoholu, choroby układu oddechowego lub innych przyczyn, uniemożliwia przeprowadzenie badania wydychanego powietrza lub wystąpił brak wskazania stężenia alkoholo-

²⁸ Dz. U. z 2015 r., poz. 2153.

lu w wydychanym powietrzu spowodowany przekroczeniem zakresu pomiarowego analizatora wydechu.

Badanie wydychanego powietrza przeprowadza się w sposób nieinwazyjny przy użyciu urządzenia elektronicznego dokonującego pomiaru stężenia alkoholu w wydychanym powietrzu metodą spektrometrii w podczerwieni lub utleniania elektrochemicznego. Pomiaru analizatorem wydechu dokonuje się z użyciem ustnika. Ustnik podlega wymianie każdorazowo przed przeprowadzeniem pomiaru. Opakowanie ustnika należy otwierać w obecności osoby badanej. Badania analizatorem wydechu nie przeprowadza się przed upływem 15 minut od chwili zakończenia spożycia alkoholu lub palenia tytoniu przez osobę badaną. Zatem np. gdyby policjanci napotkali nieletnich spożywających alkohol w miejscu publicznym, inaczej przyłapali ich na gorącym uczynku jego spożycia, to zobowiązani są oni odczekać wskazany czas, zanim przystąpią do ich badania na zawartość alkoholu.

Ustawodawca użył zwrotu „osoba podejrzana”. Zdaniem T. Dukiet-Nagórskiej osoba podejrzana to taka, wobec której nie dokonano nawet przesłuchania, co do postawionych jej zarzutów²⁹. Według M. Filara „osoba podejrzana” to nie to samo co „podejrzany” na podstawie art. 71 § 1 Kodeksu postępowania karnego. W ocenie autora ustawa o wychowaniu w trzeźwości i przeciwdziałaniu alkoholizmowi rozumie podejrzanego jako każdą osobę, co do której zachodzi podejrzenie, że popełniła przestępstwo lub wykroczenie po spożyciu alkoholu³⁰. Stanowisko przedstawione przez M. Filara jest w pełni uzasadnione i w rezultacie badanie na zawartość alkoholu może mieć zastosowanie do każdego nieletniego, w przypadku, którego zachodzi podejrzenie popełnienia czynu karalnego. Interpretacja taka czyni zadość trosce o dobro dziecka, które mając kontakty z alkoholem wkroczyło na drogę czynów karalnych. Badanie takie nie jest w żadnej mierze skierowane przeciwko niemu, lecz jest podejmowane w celu udzielenia mu pomocy, będąc wyrazem troski o nie.

Podsumowując, zagadnienia związane z procedurami sprawdzania stanu po spożyciu alkoholu oraz stanu nietrzeźwości u nieletnich wymagają zwrócenia uwagi, że występują regulacje prawne w przedmiotowym zakresie, jednak nie są one satysfakcjonujące. Na podstawie ustawy o postępowaniu w sprawach nieletnich możliwe jest jedynie przeprowa-

²⁹T. Dukiet-Nagórska, Uwagi o pobieraniu krwi dla ustalenia poziomu zawartości w organizmie osoby podejrzanej, która nie wyraża na to zgody, *Prawo i Medycyna* 2003, nr 5, s. 61.

³⁰M. Filar, Prawne problemy pobrania krwi od osoby podejrzanej o popełnienie przestępstwa lub wykroczenia po użyciu alkoholu, *Prawo i Medycyna* 2003, nr 5, s. 51.

danie badania przez funkcjonariusza Policji oraz kuratora sądowego, o ile wcześniej został wobec nieletniego orzeczony środek wychowawczy w postaci nadzoru kuratora. Jest to zbyt wąski krąg podmiotów uprawnionych do sprawdzenia stanu ich trzeźwości. Przyjęte ograniczenie zdecydowanie nie służy natychmiastowej reakcji, gdy podmioty bezpieczeństwa i porządku publicznego napotykają małoletnich, których zachowanie wskazuje, że znajdują się po spożyciu alkoholu. W związku z tym należy postulować poszerzenie kręgu osób uprawnionych do sprawdzania trzeźwości małoletnich o funkcjonariuszy innych służb, w szczególności straży miejskiej. Uprawnienie takie powinni zyskać także pedagodzy, gdyż zdarza się, że również w szkole przebywają małoletni będący po spożyciu alkoholu. Każdorazowe zawiadomienie Policji o nastolatku znajdującym się na terenie szkoły, co do którego zachodzi uzasadnione podejrzenie, że jest w takim stanie, jest kłopotliwe, może powodować niepotrzebne zainteresowanie innych uczniów, a na pewno nie służy także szybkości postępowania w takich sprawach.

Alcohol impairment and intoxication checks in minors

Abstract

The aim of this article is to explore legal regulations governing the line of actions for checking alcohol impairment and intoxication in minors. The following two basic questions are answered: what is the procedure for checking alcohol intoxication in minors?; and who is entitled to do checks? Two situations are considered ultimately leading to de lege ferenda proposals: one where the minor just consumes alcohol and the other where the minor commits a punishable act while under the influence of alcohol.

Michał Grudecki

Kara nagany i środki oddziaływania społecznego oraz środki oddziaływania wychowawczego w prawie wykroczeń

Streszczenie

W artykule zostaną przedstawione najłagodniejsze oraz najrzadziej stosowane sankcje za wykroczenia w polskim prawie karnym: kara nagany, środki oddziaływania społecznego oraz środki oddziaływania wychowawczego. Ich charakter jest inny, lecz funkcje mogą być podobne. Tak samo zbliżony jest sposób ich wykonywania.

W związku z powyższym Autor przedstawia prawne przesłanki zastosowania oraz dokonuje porównania pomiędzy tymi sankcjami, biorąc pod uwagę funkcję oraz zasady prawa wykroczeń. Na zakończenie wysuwa postulaty de lege ferenda powiązane z dalszym występowaniem tychże sankcji w Kodeksie wykroczeń.

Słowa kluczowe: prawo wykroczeń, kara nagany, środki oddziaływania społecznego, środki oddziaływania wychowawczego, środki reakcji na wykroczenie.

1. Słowo wstępne

Kara nagany, pomieszczona w przepisie art. 18 pkt 4 ustawy z dnia 20 maja 1971 r. – Kodeks wykroczeń¹, jest najłagodniejszą karą w prawie karnym *sensu largo*, a przy tym, na co zwraca uwagę R. Krajewski, nie posiadającą większego zastosowania praktycznego oraz budzącą niewielkie zainteresowanie w piśmiennictwie². Fakt ten zaskakuje, po-

¹ Ustawa z dnia 21 maja 1971 r. – Kodeks wykroczeń (tekst jedn. Dz. U. 2018 r., poz. 618).

² R. Krajewski, Kara nagany za wykroczenia, Studium z Zakresu Prawa, Administracji i Zarządzania UKW 2013, t. 3, s. 75. Kara ta dopiero od momentu uchwalenia Kodeksu wykroczeń w 1971 r. znajduje się w katalogu kar zasadniczych za wykroczenia – wcześniej miała charakter środka nadzwyczajnego – zob. więcej M. Meleżini, (w:) M. Meleżini (red.), System Prawa Karnego. Tom 6. Kary i inne środki reakcji prawnokarnej, wyd. 2, Warszawa 2016, s. 453. Pomimo tego, jak zauważa cytowana autorka, kara na-

nieważ dociekanie *ratio legis* występowania nagany w katalogu kar za wykroczenia, może stanowić pole niezwykle interesującej dyskusji naukowej, zwłaszcza w związku z istnieniem na gruncie prawa wykroczeń środków oddziaływania społecznego (art. 39 § 4 k.w.) oraz środków oddziaływania wychowawczego (art. 41 k.w.), o których napisano jeszcze mniej.

Najogólniej rzecz ujmując, kara nagany ma charakter symboliczny, nie niosąc ze sobą dolegliwości fizycznej (jak kara aresztu czy kara ograniczenia wolności), ani materialnej (kara grzywny), a jedynie w niewielkim stopniu psychiczną, będąc wyrazem potępienia, dezaprobaty dla czynu sprawcy³. W piśmiennictwie podkreśla się, że spełnia tym samym funkcję wychowawczo-prewencyjną⁴.

Środki oddziaływania społecznego są instrumentami o charakterze pozapenalnym, których celem jest „(...) wychowanie sprawcy za pomocą instrumentów oddziałujących na psychikę”⁵. Mogą zostać zastosowane przez sąd wobec sprawcy w przypadku odstąpienia od wymierzenia kary, a zatem poniekąd karę zastępują⁶.

Środki oddziaływania wychowawczego należą do pozakarnych środków reagowania na sprawcę wykroczenia. Jak wskazuje się w piśmiennictwie, stanowią one wyraz zasady oportunistycznej⁷ w ściganiu wykroczeń, pozwalając na rezygnację z reakcji karnej na rzecz łagodniejszego sposobu oddziaływania na sprawcę wykroczenia⁸. Tym sposobem jest między innymi zastosowanie pouczenia, zwrócenia uwagi, ostrzeżenia.

Po przedstawieniu powyższych najogólniejszych definicji widoczna jest różnica w istocie tych trzech środków oddziaływania na sprawcę wykroczenia. Nagana jest karą orzekaną wobec sprawcy, któremu przypisano popełnienie wykroczenia. Środki oddziaływania społecznego sta-

gany odgrywa niewielką rolę w praktyce orzeczniczej – tamże, s. 456. Zob. także udział kary nagany w strukturze orzekanych kar, prezentowany przez J. Kosonogę-Zygmunt, Kara nagany w systemie sankcji za wykroczenie, *Wojskowy Przegląd Prawniczy* 2017, nr 1, s. 93.

³ Patrz J. Kosonoga-Zygmunt, Kara..., s. 94 i tamtejsze odesłania czy R. Krąjowski, Kara..., s. 75 i tamtejsze odesłania.

⁴ J. Kosonoga-Zygmunt, Kara..., s. 75.

⁵ J. Konieczny, (w:) U. Łabuz (red.), *Prawo wykroczeń. Repetytorium*, Warszawa 2008, s. 79.

⁶ Tak M. Bojarski, Z. Świda, *Podstawy materialnego i procesowego prawa o wykroczeniach*, Wrocław 2002, s. 102.

⁷ Właściwie *quasi* oportunistycznej – szerzej zostanie to wyjaśnione w dalszej części publikacji.

⁸ I. Nowicka, R. Kupiński, *Stosowanie środków oddziaływania wychowawczego w sprawach o wykroczenia, Prokuratura i Prawo* 2004, nr 7–8, s. 145; J. Jakubowska-Hara, (w:) P. Daniłuk (red.), *Kodeks wykroczeń. Komentarz*, wyd. 1, Warszawa 2016, s. 236–237.

nowią instrument nadzwyczajnego ustawowego wymiaru kary za wykroczenie. Środki oddziaływania wychowawczego są wyrazem zasady celowości karania za wykroczenie, zgodnie z którą organy i instytucje mające uprawnienia oskarżyciela publicznego w sprawach o wykroczenia mogą odstąpić od złożenia wniosku o ukaranie, jeżeli uznają, że zastosowanie tego typu środka będzie wystarczające⁹. Pomimo tego można dostrzec pewne podobieństwa w sposobie ich wykonania – ustnym wytknięciu ze strony właściwego organu państwowego naruszenia porządku prawnego przez sprawcę wykroczenia, celem uświadomienia naganności postępowania, aby uniknął on podobnego zachowania w przyszłości oraz – w samym tylko oddziaływaniu na psychikę incydentalnego sprawcy drobnego wykroczenia¹⁰.

Z wymienionych powyżej powodów warto dokonać szczegółowej analizy owych instytucji, zwłaszcza z perspektywy funkcji, które pełnią. Celem niniejszej publikacji jest odkodowanie obowiązującego modelu tych trzech najłagodniejszych środków reakcji na sprawcę wykroczenia oraz zaprezentowanie modelu postulowanego. Może się bowiem okazać, że pomimo różnic w charakterze, odgrywają na tyle podobną rolę, że bezpodstawnym będzie ich dalsze współistnienie w Kodeksie wykroczeń.

2. Główne funkcje prawa wykroczeń oraz zasadnicze funkcje kar w prawie wykroczeń

Aby wspomniane w poprzednim akapicie porównanie było możliwe, konieczne jest zaprezentowanie zasadniczych funkcji prawa wykroczeń oraz wskazanie głównej roli kary w tej części szeroko rozumianego prawa karnego. Przypuszczalnie najważniejszą funkcję prawa wykroczeń stanowi prewencja, polegająca na oddziaływaniu wobec sprawców bądź potencjalnych sprawców naruszeń porządku publicznego, aby ci w przyszłości dawali posłuch normie administracyjnej, regulującej codzienne funkcjonowanie w społeczeństwie¹¹. Nie oznacza to jednak, że wykro-

⁹ A. Marek, *Prawo wykroczeń (materialne i procesowe)*, wyd. 7, Warszawa 2012, s. 159.

¹⁰ O. Sitarz zauważa ten fakt i stwierdza, że kara nagany „w swej naturze bardziej przypomina środek oddziaływania wychowawczego, niż karę” – t.ż., *Materialne prawo wykroczeń. Część ogólna*, wyd. 1, Warszawa 2015, s. 124. Tak samo J. Jakubowska-Hara, (w:) *Kodeks...*, s. 129 czy dużo wcześniej Z. Gostyński, *Prawo wykroczeń w zarysie*, wyd. 2, Katowice 1987, s. 98.

¹¹ A. Marek, *Prawo...*, s. 2; O. Sitarz, *Materialne...*, s. 24. Jest to spowodowane specyfiką prawa wykroczeń, którego normy sankcjonują w znacznej mierze naruszenia norm

czenia godzą w działania administracji¹². Najczęściej uderzają one w szeroko pojmowany ład społeczny i porządek prawny. Głównym zadaniem prawa wykroczeń jest więc ochrona tego porządku przed zakłóceniami ze strony osób wyrażających postawę antyspołeczną, którzy nie przestrzegają zasad normalnego współżycia „(...) jednostek ludzkich w organizacji państwowej”¹³. Prawo wykroczeń stanowi więc w głównej mierze tarczę przed czynami o stosunkowo często niskim stopniu społecznej szkodliwości, aczkolwiek na tyle powszechnymi, że z tego właśnie powodu zakłócającymi ów ład społeczny i mogącymi grozić poważniejszymi konsekwencjami¹⁴. Jego rolą jest więc zapobieganie tym negatywnym zjawiskom¹⁵.

W poprzednim akapicie nie bez powodu używane były odnośnie do funkcji prawa wykroczeń zwroty typu „zasadniczo”, „najczęściej”, „w znacznej mierze”. Należy bowiem podkreślić, że wykroczenia nie charakteryzują się jednolitym charakterem. Za O. Sitarz warto przedstawić podział na wykroczenia o charakterze administracyjnym (porządkowe) oraz kryminalnym¹⁶. Wydawać się może, że wykroczeń o charakterze administracyjnym jest więcej i do nich odnoszą się uwagi powyższego frag-

sankcjonowanych pomieszczonych w przepisach prawa administracyjnego i regulujących prawidłowość funkcjonowania porządku publicznego oraz prawnego – por. T. Bojarski, Polskie prawo wykroczeń. Zarys wykładu, wyd. 4, Warszawa 2012, s. 30: „Naruszenie porządku prawnego, za którym nie zawsze znajduje się konkretna autonomiczna wartość – jak w wypadku przestępstw, jest niewątpliwie cechą prawa wykroczeń”. W prawie karnym *sensu stricto* rolę głównej funkcji pełni sprawiedliwość, a uboczną ochronna, w której większy nacisk położony jest na prewencję generalną, a nie indywidualną.

¹² Jak wskazuje A. Marek, z końcem lat 60 XX w. porzucono pogląd uznający godzenie w działalność administracji za cechę charakterystyczną wykroczeń – tenże, (w:) A. Marek (red.), System Prawa Karnego. Tom I. Zagadnienia ogólne, wyd. 1, Warszawa 2010, s. 44.

¹³ A. Osierda, Prawne aspekty pojęcia bezpieczeństwa publicznego i porządku publicznego, *Studia Iuridica Lubliniensa* 2014, nr 23, s. 92. Por. też A. Marek, *Prawo...*, s. 2.

¹⁴ A. Marek, *Prawo...*, s. 2. Konsekwencje te mogą wynikać z urzeczywistnienia się niebezpieczeństwa, na które naraził dobro prawne sprawca wykroczenia, jak na przykład w kazusie kierowcy znacznie przekraczającego dozwoloną prędkość i powodującego wypadek. Szczególnie społecznie szkodliwe może być również nagminne popełnianie tych samych wykroczeń przez kilka osób, co niekorzystny efekt powoduje dopiero po zsumowaniu. Przykładem tej sytuacji będzie spalanie śmieci w piecach przez mieszkańców danej ulicy, powodujące znaczne zanieczyszczenie powietrza (wykroczenie z art. 191 ustawy z dnia 14 grudnia 2002 r. o odpadach (tekst jedn. Dz. U. z 2018 r., poz. 21).

¹⁵ Rola prawa karnego *sensu stricto* jest bardzo podobna, aczkolwiek wyraźniej jest w nim eksponowany element represji wobec sprawców przestępstw (w tym izolacji) oraz kompensacji szkód wyrządzonych przez czyn przestępny.

¹⁶ O. Sitarz, *Materialne...*, s. 117–118.

mentu publikacji. Natomiast w stosunku do tych drugich, do której to grupy należą między innymi tak zwane bitypy¹⁷, funkcje prawa wykroczeń powinny być analogiczne do funkcji prawa karnego ze sprawiedliwością na czele.

Trzeba zwrócić uwagę, że granica powyższego podziału jest wysoce płynna. Dość dużą trudność rodzi zatem ustalenie charakteru typów – czy należą one w większej mierze do wykroczeń o charakterze administracyjnym, czy kryminalnym. Dlatego też narzędzia, którymi prawo wykroczeń dysponuje winny być tak dobrane, by mogły umożliwić realizację przede wszystkim funkcji ochronnej oraz sprawiedliwościowej, zwłaszcza w przypadku typów, które „wymykają” się powyżej wskazanemu podziałowi.

Nie będzie stanowić zbytnej generalizacji teza, że w niektórych przypadkach sprawcami wykroczeń są ludzie, którzy wykazują się brakiem poszanowania dla ładu społecznego i porządku prawnego¹⁸. Stąd też istnieje ryzyko, że osoby te mogą poczynić w przyszłości zachowania o znacznie większym stopniu społecznej szkodliwości, wypełniające znamiona przestępstw¹⁹. W związku z tym również i przy charakterystyce kary za wykroczenie na pierwszy plan wysuwa się funkcja prewencyjna²⁰. Głównym celem kary wykroczeniowej jest „(...) wymuszenie określonego zachowania (uznanego przez ustawodawcę za istotne), bez elementu (nadmiernego – dop. Autora) potępienia”²¹. Żeby cel ten do-

¹⁷ Inaczej czyny przepołowione, będące takim typem czynu zabronionego, który „(...) inkorporuje dwie grupy czynów spełniających w zasadzie te same znamiona, przy czym jedna grupa będzie zakwalifikowana jako przestępstwo, druga zaś jako wykroczenie, po spełnieniu pewnego dodatkowego kryterium” – I. Nowicka, Czyny przepołowione w ujęciu prawnym i kryminologicznym, Białostockie Studia Prawnicze 2009, nr 6, s. 74.

¹⁸ Wspomniani powyżej kierowcy, niestosujący się do zasad ruchu drogowego, piesi przechodzący przez przejście na czerwonym świetle, fani głośnej muzyki, zakłócający spoczynek nocny itp. Z drugiej zaś strony sprawcami wykroczeń mogą też być ludzie, którzy przypadkowo weszli w zatarg z prawem i wówczas także podstawowym zadaniem kary jest działanie wychowawcze – zob. M. Bojarski i Z. Świda, Podstawy..., s. 90. Oczywiście jest więc fakt, że funkcja kary różni się w zależności od sprawcy oraz czynu, który popełnił. W drugim z przedstawionych przypadków racjonalniejszym z perspektywy polityki penalizacyjnej jest jednak skorzystanie z pozakarnych środków oddziaływania na sprawcę wykroczenia, o czym będzie dalej mowa.

¹⁹ Jak pisze A. Marek, „jest przy tym rzeczą oczywistą, że bez wpajania obywatelom konieczności przestrzegania zasad współżycia i poszanowania prawa «na co dzień» trudno skutecznie przeciwdziałać poważniejszym przejawom łamania prawa. Karanie sprawców wykroczeń jest więc zarazem działaniem prewencyjnym, zapobiegającym przestępczości” – tenże, Prawo..., s. 2.

²⁰ Jak piszą M. Bojarski i Z. Świda, kara wykroczeniowa musi być celowościowo ukierunkowana – ciż, Podstawy..., s. 90.

²¹ O. Sitarz, Materialne..., s. 118. Cytowana autorka odnosi ten cel do kar za wykroczenia o naturze deliktu administracyjnego. Odnośnie do wykroczeń kryminalnych słusznie podnosi, że dolegliwość kary związana jest bardziej z wyrazem potępienia czynu, a za-

brze realizować, powinna się ona cechować odpowiednią dolegliwością oraz być jak najszybciej wymierzona. Charakterystyczny dla kary wykroczeniowej jest więc „(...) element doraźnych bodźców negatywnych, dolegliwości niewielkiej, lecz szybkiej, zbliżającej się nieraz do zwykłego napomnienia”²². Kary za wykroczenia są mniej dolegliwe od kar za przestępstwa, co wynika z generalnie niższego stopnia ujmowanej abstrakcyjnie społecznej szkodliwości tych czynów²³. Ponadto niosą mniejszy element potępienia (napiętnowania sprawcy), a także mogą zostać orzeczone przez inny organ niż sąd (kara grzywny w postępowaniu mandатовym)²⁴. Nie oznacza to, że nie powinny cechować się pewnym elementem represji. Ten jest wręcz niezbędny w celu wzmocnienia realizowanej w głównej mierze funkcji odstraszałającej tejże kary. Jest on widoczny zwłaszcza w karze grzywny, będącej podstawowym prawnokarnym środkiem oddziaływania na sprawców wykroczeń. Dodatkowo represja – skuteczne narzędzie funkcji sprawiedliwościowej – odgrywa większą rolę jako element kary orzekanej wobec sprawców tak zwanych wykroczeń kryminalnych w myśl przedstawionego powyżej podziału.

Reasumując, karą wykroczeniową powinna być niewielka, aczkolwiek realna dolegliwość, wymierzona sprawcy przez uprawniony do tego organ w okresie jak najkrótszym od popełnienia wykroczenia, mająca uświadomić mu, że naruszanie ładu społecznego jest nieopłacalne i tym samym przekonać go do przestrzegania w przyszłości norm (przede wszystkim regulujących porządek publiczny), które swoim czynem złamał²⁵. Oczywiście należy pamiętać, że sąd przy orzekaniu musi

tem na czoło wysuwa się funkcja sprawiedliwościowa. Nie można się jednak zgodzić, że jakkolwiek kara występująca w systemie prawa karnego *sensu largo* nie cechuje się dolegliwością. Uwaga ta odnosi się tym bardziej do kar za wykroczenia, które również są dla skazanego dolegliwe, choćby w stopniu minimalnym. Szczegółowo na ten temat w dalszej części publikacji.

²² M. Cieślak, Uwagi na marginesie projektu prawa o orzecznictwie karno-administracyjnym, *Palestra* 1961, nr 6, s. 35.

²³ Zob. identycznie J. Koniarczyk w: *Prawo...*, s. 51. W związku z tym reakcja ze strony państwa też powinna być łagodniejsza – por. R. Krajewski, Środki oddziaływania wychowawczego w prawie wykroczeń, *Palestra* 2013, nr 7–8, poz. 667–668, s. 12. Pownowicie wyjątkiem są kary stanowiące ustawy wymiar np. za tzw. bitypy – kary najsurowsze, czyli kara aresztu lub kara ograniczenia wolności.

²⁴ O niższym ładunku potępienia skazanego za wykroczenie świadczy m.in. fakt, że tylko skazanie na najsurowszą karę za wykroczenie – karę aresztu – odnotowywane jest w Krajowym Rejestrze Karnym – zob. art. 1 ust. 2 pkt 7 ustawy z dnia 24 maja 2002 r. o Krajowym Rejestrze Karnym (tekst jedn. Dz. U. z 2017 r., poz. 678 ze zm.).

²⁵ W największym stopniu warunki te spełnia generalnie kara grzywny, dlatego też, jak wskazuje R. Krajewski, jest ona zasadniczym instrumentem reakcji na wykroczenie – tenże, *Kara...*, s. 75 czy *Środki...*, s. 12. Tak też M. Meleziński, nazywając grzywnę

uwzględnić dyrektywy sądowego wymiaru kary, które zostały pomieszczone w przepisie art. 33 § 1 k.w. oraz okoliczności uzupełniające (art. 33 § 2, 3 i 4 k.w.). Dyrektywą wiodącą wydaje się być dyrektywa prewencji indywidualnej²⁶. Świadczyć o tym mogą przepisy art. 35 i 36 k.w. dotyczące możliwości orzeczenia odpowiednio kary najsurowszej i najłagodniejszej, nakazujące wzięcie pod uwagę właściwości osobistych (zwłaszcza art. 36), jak również przepisy art. 39 § 4 oraz art. 41 k.w. w zw. z art. 61 § 1 pkt 2 k.p.w., które podlegać będą dalszemu omówieniu²⁷.

W dalszej części publikacji zostanie podjęta próba odpowiedzi na pytanie, czy kara nagany wystarczająco spełnia przedstawione cele kary wykroczeniowej oraz czy ukaranie sprawcy w każdym przypadku stanowi konieczność dla realizacji funkcji prawa wykroczeń. Możliwe, że jest zupełnie odwrotnie.

3. Kara nagany

Kara nagany (art. 18 pkt 4 k.w.) realizowana jest „(...) przez samo zawarcie w wyroku rozstrzygnięcia o wymierzeniu obwinionemu kary nagany i nie podlega żadnemu dalszemu wykonaniu”²⁸. Dlatego też nie niesie

tradycyjnym sposobem reagowania na wykroczenia – t a ż, (w:) System..., s. 456. Dość ciekawy, ale i kontrowersyjny wydaje się pogląd R. K r a j e w s k i e g o, iż „(...) perspektywa reperowania finansów państwowych oraz samorządowych poprzez wpływ z grzywien, w szczególności nakładanych w zakresie przekraczania dozwolonej prędkości, w sposób niedopuszczalny przysłania podstawowe standardy prawa wykroczeń, wśród których istotne miejsce zajmuje zasada preferencji pozakarnych środków reakcji na wykroczenia” – t e n ż e, Środki..., s. 12. Tak postawionej tezie nie sposób zdecydowanie zaprzeczyć.

²⁶ Odmienne O. Sitarz, która uważa, że Kodeks wykroczeń nie wskazuje dyrektywy wiodącej i że musi ją wybrać organ orzekający w trakcie orzekania – t a ż, Materialne..., s. 134. Temat niniejszej publikacji oraz jej rozmiary nie obligują do jednoznacznego przesądzenia tego problemu.

²⁷ Ustawa z dnia 24 sierpnia 2001 r. – Kodeks postępowania w sprawach o wykroczenia (tekst jedn. Dz. U. z 2016 r., poz. 1713 ze zm.). Podobnie J. K o s o n o g a - Z y g m u n t, dzieląc pogląd, że „(...) prawo wykroczeń wymaga odpowiednich środków oddziaływania dostosowanych do specyfiki tej dziedziny, wyrażającej się w braku potrzeby uwzględniania w karze czynnika sprawiedliwościowego i prewencyjnego, na rzecz prewencji w rozumieniu oddziaływania wychowawczego” – t a ż, Kara..., s. 94. Wydaje się, że autorka pisząc o czynniku prewencyjnym miała na myśli prewencję generalną, zaś „prewencja w rozumieniu oddziaływania wychowawczego” to dla niej prewencja szczególna (indywidualna).

²⁸ O. Sitarz, Materialne..., s. 124; T. Grzegorzczak, (w:) T. Grzegorzczak (red.), Kodeks wykroczeń, wyd. 2, Warszawa 2013, s. 167. M. Błaszczak zauważa, że nie

ze sobą większej dolegliwości dla skazanego poza jego zinstytucjonalizowanym moralnym potępieniem oraz wstydem, wynikającym z samego postawienia przed sądem orzekającym w imieniu Rzeczypospolitej Polskiej i stanowiącym przestrożę przed popełnieniem czynu wypełniającego znamiona wykroczenia w przyszłości²⁹. Za O. Sitarz trzeba zatem stwierdzić, że nagana ma wyłącznie (...) charakter symboliczny i przypisuje się jej walory (stricte – uwaga Autora) wychowawcze³⁰. Jej celem jest, jak plastycznie ujął to J. Konieczny, „(...) uderzenie w moralność sprawców, którzy popełnili drobne wykroczenie”³¹. Zdaniem M. Melezini z tych właśnie powodów omawiana kara posiada walory ostrzegawczo-zapobiegawcze³².

do końca prawidłowym jest niedoprecyzowanie jej treści przez przepisy Kodeksu wykroczeń. Autorka sugeruje, że „(...) celowe byłoby wskazanie w KW przynajmniej przykładowych elementów nagany (na zasadzie wyliczenia «w szczególności»), żeby zapobiec przypadkom, w których jej treść ogranicza się jedynie do wskazania w orzeczeniu nazwy kary” – tak, (w:) *Prawo i postępowanie w sprawach o wykroczenia*, M. Błaszczuk, W. J. Jankowski, M. Zbrojewska, Warszawa 2013, s. 48. Autorka nie podaje niestety swojej propozycji „nadania karze nagany treści” w przepisach Kodeksu wykroczeń. Jest to dość trudne zadanie. Warto też zważyć na to, że „(...) brak konieczności wykonywania tej kary nie generuje jakichkolwiek kosztów z tym związanych (...)” – R. Krajewski, *Kara...*, s. 76.

²⁹ J. Jakubowska-Hara, (w:) *Kodeks...*, s. 129; M. Melezini, (w:) *System...*, s. 452. Ma więc walor dyscyplinujący – zob. M. Błaszczuk, (w:) *Prawo...*, s. 48. Por. też M. Bojarski, Z. Świda, *Podstawy...*, s. 96 oraz W. Radecki, (w:) M. Bojarski, W. Radecki (red.), *Kodeks wykroczeń. Komentarz*, wyd. 7, Warszawa 2016, s. 389. Za daleko więc posuwa się w swoich rozważaniach R. Krajewski, twierdząc, że kara nagany jest pozbawiona dolegliwości w tradycyjnym znaczeniu – tenże, *Kara...*, s. 75. Tak samo A. Gubiński, (w:) T. Grzegorzczak, A. Gubiński (red.), *Prawo wykroczeń*, wyd. 2, Warszawa 1996, s. 142. Po pierwsze nie wiadomo, co autorzy mają na myśli posługując się określeniem „dolegliwość w tradycyjnym znaczeniu”. Po drugie kara nagany posiada dolegliwość wspólną dla wszystkich kar – jest wyrazem potępienia zachowania naruszającego normy sankcjonowane, a to wydawać się może właśnie dolegliwością w tradycyjnym rozumieniu – wspólną dla wszystkich kar kryminalnych. R. Krajewski na zakończenie publikacji łągodzi swoje stanowisko, twierdząc, że kara nagany jest wprawdzie najłagodniejsza, ale w niczym nie ustępuje pozostałym sankcjom za wykroczenia – tamże, s. 82. Warto dlatego zwrócić uwagę na słowa J. Bafii, który zaznacza, że „nagana w **niewielkim** (wyróżnienie Autora) tylko stopniu ma charakter dolegliwości, typowy dla kary” – tenże, (w:) *Kodeks wykroczeń. Komentarz*, J. Bafia, D. Egierska, I. Śmietanka, wyd. 2, Warszawa 1980, s. 93. Pogląd ten winno się zaakceptować. Nagana jest dolegliwa, ale w stopniu minimalnym, wręcz znikomym.

³⁰ O. Sitarz, *Materialne...*, s. 124. Tak samo T. Bojarski, *Polskie...*, s. 111; A. Marek, *Prawo...*, s. 84; J. Kosonoga-Zygmunt, *Kara...*, s. 99. Ładunek represji posiadany przez omawianą karę jest więc znikomy.

³¹ J. Konieczny, (w:) *Prawo...*, s. 59.

³² M. Melezini, (w:) *System...*, s. 452.

Zgodnie z przepisem art. 36 § 1 k.w. naganę można orzec wtedy, gdy ze względu na charakter i okoliczności czynu („(...) czyn stosunkowo drobny, który nie wywołał istotnej szkody lub jej niebezpieczeństwa”³³; naruszenie reguł postępowania z dobrem było nieznaczne) lub właściwości i warunki osobiste sprawcy (dotychczasowy tryb życia sprawcy, jego niekaralność³⁴; osobowość, inteligencja³⁵; stan zdrowia psychicznego, zasób wiedzy, zainteresowania, zdolności, postawy wobec powszechnie uznawanych wartości, sprawność działania³⁶; zdolność do samokrytyki, wrażliwość sumienia, temperament³⁷; warunki bytowe, zdrowotne, socjalne³⁸) należy przypuszczać, że zastosowanie tej kary jest wystarczające do wdrożenia go do poszanowania prawa i zasad współżycia społecznego (przesłanki pozytywne)³⁹. Jak zauważa T. Bojarski, „przesłanki te zostały ujęte na wzór pozytywnej prognozy kryminologicznej ustalonej w związku z innymi instytucjami (np. warunkowe zawieszenie wykonania kary)”⁴⁰. Nic nie stoi na przeszkodzie, by traktować je właśnie jako przesłanki pozytywnej prognozy kryminologicznej. Jak słusznie zauważają M. Bojarski i Z. Świda, „stwierdzenie przynajmniej jednej z wymienionych przesłanek wystarczy

³³ A. Marek, Prawo..., s. 84.

³⁴ Tamże, s. 85.

³⁵ J. Konieczny, (w:) Prawo..., s. 59.

³⁶ P. Gensikowski, (w:) P. Daniluk (red.), Kodeks wykroczeń. Komentarz, wyd. 1, Warszawa 2016, s. 222.

³⁷ M. Melezini, (w:) System..., s. 453.

³⁸ T. Grzegorzczak, (w:) Kodeks..., s. 168.

³⁹ Jak również, gdy kara ta jest przewidziana jako element ustawowego wymiaru w sankcji danego przepisu oraz w przypadkach nadzwyczajnego złagodzenia – zob. art. 39 § 2 k.w. A. Marek krytykuje użyty przez ustawodawcę zwrot, że kara nagany ma być wystarczająca do wdrożenia go do poszanowania prawa i zasad współżycia społecznego. Autor ten twierdzi, że „wydaje się, że jeżeli w ogóle zachodzi potrzeba «wdrażania» sprawcy do przestrzegania prawa, to kara nagany nie może być wystarczająca i zachodzi potrzeba stosowania innych kar. Raczej wykroczenie, które uzasadnia stosowanie nagany, jest przejawem braku dyscypliny w konkretnym wypadku ze strony sprawcy, który w zasadzie przestrzega normy porządku prawnego” – tenże, Prawo..., s. 85. Wątpliwości te podziela J. Kosonoga-Zygmunt, Kara..., s. 101.

⁴⁰ T. Bojarski, Polskie..., s. 111. Sformułowania „pozytywna prognoza” używa także J. Bafia, (w:) Kodeks..., s. 93; A. Gubiński, (w:) Prawo..., s. 142 (jako „pozytywna prognoza wychowawcza”); J. Konieczny, (w:) Prawo..., s. 60; W. Radecki, (w:) Kodeks..., s. 389. W. Radecki słusznie zauważa, że ta pozytywna przesłanka prognostyczna jest ujęta szerzej w porównaniu z zawartą w przepisie art. 42 § 1 k.w., który wymaga, żeby po stronie sądu pojawiło się przypuszczenie, iż sprawca, pomimo niewykonania kary, nie popełni nowego podobnego przestępstwa lub wykroczenia – według przepisu art. 36 § 1 k.w. sąd musi dojść do przekonania, że sprawca będzie szanował nie tylko normy porządku prawnego, ale i zasady współżycia społecznego.

do orzeczenia kary nagany⁴¹. Wynika to z ich ujęcia w formie alternatywnej łącznej⁴².

Zdaniem O. Sitarz nagana spełnia cele przypisywane karze wykroczeniowej tylko wobec incydentalnych sprawców wykroczeń, którzy popełnili je na przykład nieumyślnie⁴³. Według T. Bojarskiego może mieć zastosowanie wyłącznie do sprawców drobnych wykroczeń⁴⁴. Ponadto, na co zwraca on uwagę, kara nagany, niosąca ze sobą wyłącznie wyraz moralnego potępienia sprawcy⁴⁵, „(...) może mieć znaczenie dla sprawców o zachowanej wrażliwości dla systemu wartości aprobowanego w danym społeczeństwie⁴⁶. Również według J. Bafii, kara nagany będzie skuteczna wówczas, gdy sąd orzeknie ją wobec sprawcy „w zasadzie zdyscyplinowanego, mającego poczucie godności i obowiązku przestrzegania prawa⁴⁷. Pozostali autorzy wyrażają bardzo podobne zdanie na temat sytuacji, w których można orzec omawianą karę⁴⁸. Nagana ma zatem na gruncie prawa wykroczeń charakter wyjątkowy⁴⁹.

⁴¹ M. Bojarski, Z. Świda, *Podstawy...*, s. 96. Tak też M. Mozgawa, (w:) M. Mozgawa (red.), *Kodeks wykroczeń. Komentarz*, wyd. 2, Warszawa 2009, s. 124–125; W. Kotowski, *Kodeks wykroczeń. Komentarz*, wyd. 3, Warszawa 2009, s. 164; W. Radecki, (w:) *Kodeks...*, s. 389; M. Melezini, (w:) *System...*, s. 453–454.

⁴² Tak też J. Kosonoga-Zygmunt, *Kara...*, s. 100. Nieco inaczej P. Gensikowski, (w:) *Kodeks...*, s. 223. Autor twierdzi, że „(...) dla oceny, czy kara nagany jest wystarczającą reakcją na wykroczenie, wystarczy, aby przemawiała za tym jedna grupa okoliczności wymienionych w art. 36 § 1 KW, a druga grupa okoliczności się temu nie sprzeciwiała”. *De facto* oznacza to konieczność wystąpienia obu pozytywnych przesłanek jednocześnie. Odmiennie też R. Krajewski, twierdząc, że „przesłanki podmiotowe i przedmiotowe mają znaczenie równorzędne i wzajemnie się warunkujące, co wyraża się w tym, że przy zaistnieniu jednej z nich, ale przy braku drugiej nie wydaje się być możliwe sięgnięcie przez sąd po karę nagany” – tenże, *Kara...*, s. 77. Cytowany autor twierdzi, że byłoby to niezasadne, ale szczegółowiej nie uzasadnia swojego poglądu.

⁴³ O. Sitarz, *Materialne...*, s. 124. Identycznie M. Bojarski i Z. Świda, *Podstawy...*, s. 96.

⁴⁴ T. Bojarski, *Polskie...*, s. 111. To zrozumiałe, gdyż uwzględnienie, zgodnie z dyrektywami wymiaru kary, stopnia społecznej szkodliwości znacznie ogranicza zakres zastosowania tejże najłagodniejszej kary. Również w ustawowym wymiarze kary stanowi sankcję alternatywną najdrobniejszych wykroczeń, najczęściej obok grzywny – zob. O. Sitarz, *Materialne...*, s. 124.

⁴⁵ Tak słusznie A. Marek, *Prawo...*, s. 84.

⁴⁶ T. Bojarski, *Polskie...*, s. 111. Zdaniem M. Melezini jej orzeczenie może być „(...) celowe jedynie wobec sprawców o pewnej wrażliwości w odniesieniu do systemu wartości uznawanego w społeczeństwie, sprawców reagujących na oceny moralne (...)” – tąż, (w:) *System...*, s. 452.

⁴⁷ J. Bafia, (w:) *Kodeks...*, s. 93. Zwrot „sprawcy w zasadzie zdyscyplinowanego” należy chyba rozumieć jako takiego, który popełnił wykroczenie nieumyślnie lub przed popełnieniem czynu zabronionego żył z poszanowaniem prawa.

⁴⁸ Według J. Koniecznego „(...) może ona być **skuteczna** (kara nagany, wyróżnienie Autora) tylko wobec sprawców, dla których popełnione wykroczenie stanowi wstydlivy

W tym miejscu warto się zastanowić, czy tak wąskie ujęcie kary nie niesie ze sobą ryzyka uczynienia jej praktycznie całkowicie dysfunkcyjną w systemie kar za wykroczenia. Wykładnia dokonywana przez przedstawicieli nauki prawa karnego ogranicza przesłanki orzeczenia tej kary praktycznie tylko wobec osób cechujących się nieskazitelnym charakterem lub popełniających wykroczenie o subminimalnym stopniu społecznej szkodliwości. W takim wypadku, jakie cechy posiadać musi sprawca lub jaki czyn ma popełnić, żeby możliwym było zastosowanie wobec niego łagodniejszych środków oddziaływania przewidzianych prawem wykroczeń (środków oddziaływania społecznego bądź środków oddziaływania wychowawczego)? Wówczas „prognoza kryminologiczna” musi być przecież jeszcze bardziej pozytywna⁵⁰. Na tym przykładzie wyraźnie widać problem *ratio legis* występowania kary nagany w katalogu kar za wykroczenia, zwłaszcza przy jednoczesnym istnieniu łagodniejszych środków pozapenalnej reakcji na wykroczenie.

Na mocy normy art. 36 § 2 k.w. niedopuszczalne jest orzeczenie kary nagany wobec sprawcy wykroczenia o charakterze chuligańskim (przesłanka negatywna). Sprawca tego typu wykroczenia rażąco lekceważy zasady porządku prawnego i w sposób umyślny godzi w ład społeczny, dlatego też kara zastosowana wobec niego musi cechować się dużo większą dolegliwością, żeby spełnić swoje cele w zakresie prewencji indywidualnej. W przypadku wystąpienia u sprawcy przynajmniej jednej z okoliczności obciążających (art. 33 § 4 k.w.), orzeczenie kary nagany może okazać się nieuzasadnione ze względu na niewypełnienie którejs z pozytywnych przesłanek jej zastosowania⁵¹.

incydent w ich dotychczasowym nienagannym życiu” – tenże, (w:) Prawo..., s. 59. Również analogicznie T. Bojarski: „(...) popełniony czyn jest w skali jego (sprawcy – dop. Autora) aktywności społecznej, rodzinnej i zawodowej czymś wyjątkowym” – tenże, (w:) T. Bojarski (red.), Kodeks wykroczeń. Komentarz, wyd. 5, Warszawa 2015, s. 119. Zaś według B. Kurzępy, „przesłanki podmiotowe powinny wskazywać, że popełniony czyn jest w dotychczasowym życiu sprawcy czymś wyjątkowym” – tenże, Kodeks wykroczeń. Komentarz, wyd. 1, Warszawa 2008, s. 158. M. Błaszczyk zaś twierdzi, że „na pewno można ją orzec (karę nagany – dop. Autora) wówczas, gdy sprawca dopuścił się drobnego wykroczenia po raz pierwszy, a dotychczasowy nienaganny tryb jego życia potwierdza, że można to wykroczenie uznać za incydent” – taż, (w:) Prawo..., s. 48.

⁴⁹ J. Kosonoga-Zygmunt, Kara..., s. 94.

⁵⁰ Można sparafrazować Jamesa Madisonsa, że gdyby ludzie byli aniołami, żadne kary nie byłyby potrzebne.

⁵¹ T. Bojarski twierdzi, że okoliczności te przemawiają przeciwko posłużeniu się karą nagany – tenże, (w:) Kodeks..., s. 119. Tak samo uważa B. Kurzępa, Kodeks..., s. 159. Podejście takie nie jest słuszne ze względu na pewien automatyzm, będący nie

W tym miejscu warto się zastanowić nad sensem artykułowania negatywnej przesłanki zastosowania kary nagany w stosunku do sprawców wykroczeń o charakterze chuligańskim. Może się wydawać, że charakter czynu oraz okoliczności przedmiotowe, które charakteryzują wykroczenie o charakterze chuligańskim (działanie bez powodu lub z oczywiście błahego powodu, okazywanie przez to rażącego lekceważenia podstawowych zasad porządku prawnego) są na tyle obciążające, iż kara nagany nigdy nie będzie wystarczająca do wdrożenia sprawcy do poszanowania prawa i zasad współżycia społecznego⁵². Nie jest to prawdą ze względu na wspomniany powyżej fakt ujęcia dwóch determinant pozytywnych w formie alternatywy łącznej. Możliwe jest więc wypełnienie przesłanki pozytywnej pomimo obciążających okoliczności oraz charakteru czynu, jeżeli właściwości i warunki osobiste sprawcy będą pozwalały przypuszczać, że zastosowanie tej kary jest wystarczające do wdrożenia go do poszanowania prawa i zasad współżycia społecznego⁵³. Dlatego też, dla uniknięcia takiej sytuacji, w przypadku popełnienia przez sprawcę wykroczenia o charakterze chuligańskim, ustawodawca wprowadził przesłankę negatywną w art. 36 § 2 k.w.⁵⁴

Ciekawy pogląd wyraził A. Marek, uznając, że kara nagany winna być orzekana w połączeniu ze środkami karnymi lub środkami oddziaływania wychowawczego, a zwłaszcza z obowiązkiem naprawienia szkody czy przeproszenia pokrzywdzonego⁵⁵. Takie działanie wzmocniłoby jej praktycznie zerową dolegliwość. Warto również zwrócić uwagę na tezę R. Krajewskiego, iż kara nagany powinna być alternatywą w szczególno-

do pogodzenia z zasadą swobodnego uznania sądu przy wymiarze kary (art. 33 § 1 *in principio* k.w.).

⁵² W podobnym tonie wypowiada się B. Kurzępa: „Niewątpliwie orzekanie w takich przypadkach kary nagany byłoby sprzeczne z zasadami jej wymiaru, określonymi w art. 36 § 1” – *tenże*, Kodeks..., s. 159.

⁵³ W teorii można wyobrazić sobie kazus, w którym sprawca prowadzący do tej pory nie-naganny tryb życia popełni wykroczenie o charakterze chuligańskim, znajdując się na przykład w stanie nietrzeźwości.

⁵⁴ Fakt ten słusznie krytykuje R. Krajewski, uważając, że w niektórych przypadkach wykroczeń o charakterze chuligańskim można byłoby rozważyć sięgnięcie po karę nagany, zwłaszcza że co do tego typu wykroczeń nie występuje zakaz nadzwyczajnego złagodzenia kary – *tenże*, Kara..., s. 81. Wydaje się, że mogłoby być to uzasadnione wówczas, gdy niezwykle silnie przemawiałyby za tym przesłanki podmiotowe (właściwości i warunki osobiste sprawcy).

⁵⁵ A. Marek, Prawo..., s. 84. Jest to uwaga *de lege ferenda* ze strony tego autora, który twierdzi, że „brak generalnego określenia takiej możliwości jest istotnym mankamentem ustawodawstwa”. Tak samo uważa B. Kurzępa, Kodeks..., s. 128 oraz J. Kosonoga-Zygmunt, Kara..., s. 108 i J. Jakubowska-Hara, (w:) Kodeks..., s. 129.

ści dla kary grzywny w sytuacji, w której jej orzeczenie byłoby nieuzasadnione ze względu na sytuację materialną sprawcy⁵⁶. Wówczas szczególnie silnie przemawiałyby za tym warunki osobiste sprawcy. Nie należy jednak przy tym zapomnieć konieczności spełnienia innych elementów przynajmniej jednej z przesłanek pozytywnych, braku przesłanki negatywnej oraz powzięcia przez sąd przypuszczenia, że zostanie spełniony cel wykroczeniowej kary.

Niewielu autorów pokusiło się o próbę oceny kary nagany. Słowa uznania dla jej występowania w katalogu kar za wykroczenia wyraził R. Krajewski, twierdząc, że „doskonale uzupełnia ona (...) tradycyjny katalog kar za wykroczenia, zajmując pośrednie miejsce pomiędzy innymi karami, w szczególności grzywną, a odstąpieniem przez sąd od wymierzenia kary i zastosowania środków oddziaływania społecznego, o których mowa w art. 39 kodeksu wykroczeń”⁵⁷. Pozytywnie karę nagany ocenił również T. Bojarski⁵⁸. Nieco mniejszą aprobatę wobec kary nagany *de lege lata* wypowiedziała J. Jakubowska-Hara, twierdząc, że jej utrzymanie w katalogu kar wykroczeniowych ma sens wtedy, gdy powiąże się możliwość jej orzekania łącznie ze środkami karnymi, a w szczególności z obowiązkiem naprawienia szkody⁵⁹. Omawiana kara wypada negatywnie także w zestawieniu z naganą na gruncie regulacji prawa dyscyplinarnego czy prawa pracy. W tych bowiem dziedzinach nagana, na co zwraca uwagę J. Kosonoga-Zygmunt, „(...) wiąże się z faktyczną, odczuwalną dolegliwością i realizuje konkretne cele kary dyscyplinarnej czy porządkowej”⁶⁰. Natomiast w prawie wykroczeń, jej zdaniem, przez brak typowego ładunku represyjnego, nagana może nie być skutecznym

⁵⁶ R. Krajewski, Kara..., s. 81.

⁵⁷ Tamże, s. 76. Autor uważa, że jej zaletą jest występowanie jako sankcja alternatywna z pozostałymi karami za dość liczne wykroczenia przeciwko różnym dobrom, co ma świadczyć o jej uniwersalnym charakterze i zwiększeniu sędziowskiego wyboru sankcji w przypadku drobnych wykroczeń – tamże, s. 80.

⁵⁸ „Kara nagany ma znaczenie symboliczne, ale także zasługuje na aprobatę. Mogą zdarzyć się bowiem na tyle drobne naruszenia porządku prawnego, że w sensie społecznym może się okazać wystarczająca również nagana. Kodeks wykroczeń trafnie nie przewiduje przekreślenia bytu wykroczenia nawet przy zupełnie minimalnym poziomie stopnia społecznej szkodliwości czynu, więc w takich sytuacjach ta kara może okazać się prawidłowa” – T. Bojarski, (w:) Kodeks..., s. 91.

⁵⁹ J. Jakubowska-Hara, (w:) Kodeks..., s. 129.

⁶⁰ J. Kosonoga-Zygmunt, Kara..., s. 99. Autorka opisuje naganę w innych regulacjach prawnych na stronach 95–99. Jej intencją było ukazanie nagany w systemie prawa również jako kary dyscyplinarnej i porządkowej oraz ocena realizacji celów tej kary w owych dziedzinach w zestawieniu z wypełnianiem takowych na gruncie prawa wykroczeń.

środkiem wychowawczym i zapobiegawczym⁶¹. Autorka wysuwa też postulat *de lege ferenda*, aby zwiększyć dolegliwość tej kary poprzez wprowadzenie obowiązku jej ewidencjonowania⁶².

Trafną uwagę krytyczną dotyczącą kary nagany przedstawiła Z. Kocel-Krekora, pisząc, że w zakresie prewencji indywidualnej zaciera się granica pomiędzy odstąpieniem od wymierzenia kary i orzeczeniem kary nagany, skoro w obu tych przypadkach „(...) represyjne i wychowawcze zadanie ma samo uczestnictwo w rozprawie”⁶³. Nie oznacza to jednak, że środki te winny być ze sobą utożsamiane. Fakt ukarania przez sąd silniej oddziałuje na sprawcę niż odstąpienie od wymierzenia kary. Wątpliwość rodzi tylko odpowiedź na pytanie, czy różnica ta jest rzeczywiście istotna z perspektywy polityki penalizacyjnej.

4. Środki oddziaływania społecznego

Środki oddziaływania społecznego stanowią instytucję prawa wykroczeń, która może zostać zastosowana tylko w przypadku odstąpienia od wymierzenia kary. Polega ona na zobowiązaniu sprawcy wykroczenia przez sąd do przywrócenia naruszonego porządku prawnego lub naprawienia wyrządzonej krzywdy, zwłaszcza poprzez przeproszenie pokrzywdzonego, uroczyste zapewnienie niepopelniania więcej takiego czynu albo zobowiązania sprawcy do przywrócenia stanu poprzedniego (art. 39 § 4 k.w.)⁶⁴. Z uwagi na użycie przez ustawodawcę przysłówka „zwłaszcza”, katalog

⁶¹ Tamże, s. 99. Czyli nie realizować należycie funkcji ochronnej i sprawiedliwościowej.

⁶² Tamże, s. 108. Jej zdaniem „(...) zmiana taka nie pozostałaby bez wpływu na odbiór społeczny kary nagany, a w perspektywie sprawcy zyskała konkretną, a nie jedynie symboliczną dolegliwość”. W takim przypadku koniecznym byłoby również ewidencjonowanie pozostałych kar wykroczeniowych – grzywny i kary ograniczenia wolności.

⁶³ Z. Kocel-Krekora, Kary i środki karne w kodeksie wykroczeń po nowelizacji, Prokuratura i Prawo 1999, nr 2, s. 105.

⁶⁴ Odstąpienie od wymierzenia kary może mieć miejsce fakultatywnie w dwóch przypadkach na gruncie Kodeksu wykroczeń – przy stwierdzeniu, że w czasie popełnienia wykroczenia zdolność sprawcy do rozpoznawania znaczenia czynu lub kierowania postępowaniem była w znacznym stopniu ograniczona (art. 17 § 1 k.w.) oraz w wypadkach zasługujących na szczególne uwzględnienie przy wzięciu pod uwagę charakteru i okoliczności czynu lub właściwości i warunków osobistych sprawcy. Wymienione przesłanki odstąpienia od wymierzenia kary (bądź nadzwyczajnego jej złagodzenia) są identyczne jak przesłanki pozytywne wymierzenia kary nagany i tak samo powinno się je interpretować. Wydawać się może jedynie, że ich natężenie w tym przypadku powinno być większe i bardziej przemawiać za incydentalnością popełnionego wykroczenia.

środków oddziaływania społecznego jest pozornie otwarty⁶⁵. Sąd bowiem nie posiada całkowitej swobody przy ich wyborze i orzekaniu, ponieważ może zastosować tylko taki środek, który umożliwi przywrócenie naruszonego porządku prawnego lub naprawienia wyrządzonej krzywdy. Orzeczenie środków oddziaływania społecznego w przypadku odstąpienia od wymierzenia kary jest fakultatywne⁶⁶. Sąd może zastosować tę instytucję nadzwyczajnego ustawowego wymiaru kary bez sięgania po omawiane środki.

Środki oddziaływania społecznego, jak pisze A. Marek, stanowią wyraz oddziaływania wychowawczego na sprawców drobnych wykroczeń w sytuacjach, w których nie jest wymagane zastosowanie represji⁶⁷. *De facto* zastępują one karę, a ich celem jest wspomniane przywrócenie naruszonego porządku prawnego lub naprawienie wyrządzonej krzywdy. Środki te poza tym, że mają wydźwięk wychowawczy, to dodatkowo pozwalają uniknąć niepotrzebnego stosowania represji⁶⁸. Tym samym, co zauważa T. Bojarski, przynoszą pokrzywdzonemu oraz „(...) ogólnej idei sprawiedliwości pewną satysfakcję”⁶⁹. Istota odstąpienia od wymierzenia kary oraz charakter omawianych środków wymaga, aby miało to miejsce w trakcie rozprawy sądowej z udziałem obwinionego – stosowane są one dopiero na etapie orzekania⁷⁰.

W piśmiennictwie najczęściej podnosi się, że z powodu użycia przez ustawodawcę liczby pojedynczej („można zastosować do sprawy środek

⁶⁵ Tak też J. Bafia, (w:) Kodeks..., s. 98; M. Bojarski, Z. Świda, Podstawy..., s. 102; T. Grzegorzczak, (w:) Kodeks..., s. 177; B. Kurzępa, (w:) Kodeks..., s. 163; W. Radecki, (w:) Kodeks..., s. 401. W związku z otwartym katalogiem T. Grzegorzczak podaje przykład innych możliwych do zastosowania środków oddziaływania społecznego: „(...) np. zobowiązanie do współdziałania w dokarmianiu zwierząt leśnych za wykroczenie nieumyślnego zniszczenia łęgowiska, gniazda, legowiska lub nory (art. 164)” – tenże, (w:) Kodeks..., s. 177. Zdaniem A. Gubińskiego omawiane inne środki nie mogą być dotkliwsze niż te, które zostały wymienione w przepisie art. 39 § 4 k.w – tenże, (w:) Prawo..., s. 176. Pogląd ten zdaje się być jednak nieuzasadniony, ponieważ już w tym niewielkim katalogu znajdują się środki o różnym stopniu dolegliwości – uroczyste zapewnienie niepopelnienia więcej takiego czynu jest środkiem łagodniejszym od zobowiązania sprawcy do przywrócenia stanu poprzedniego.

⁶⁶ Zob. T. Grzegorzczak, (w:) Kodeks..., s. 177.

⁶⁷ A. Marek, Prawo..., s. 106. Autor twierdzi, że w tych przypadkach „samo postępowanie przed sądem, stwierdzenie winy i odstąpienie od ukarania powinno już wywierać wpływ wychowawczy na sprawcę, stanowiąc bodziec moralny do przestrzegania porządku prawnego”.

⁶⁸ T. Bojarski, (w:) Kodeks..., s. 123.

⁶⁹ Tamże. Rodzi się pytanie natury filozoficznej czy „ogólna idea sprawiedliwości” jest w stanie odczuć ową satysfakcję? Odpowiedź leży jednak w gestii teoretyków i filozofów prawa, a nie karnistów.

⁷⁰ Tak T. Bojarski, sugerując, że w rachubę wchodzi tylko postępowanie zwykłe – tenże, Polskie..., s. 118; M. Bojarski, Z. Świda, Podstawy..., s. 102. Oznacza to, że owych środków nie mogą zastosować inne organy np. Policja – zob. B. Kurzępa, Kodeks..., s. 163; I. Nowicka, R. Kupiński, Stosowanie..., s. 146.

oddziaływania społecznego”), przekreślona została możliwość kumulatywnego orzeczenia tych środków⁷¹. Pojawiają się również nieliczne głosy przeciwnie, które wskazują, że cel ich stosowania przemawia za łączeniem⁷². Według Z. Gostyńskiego użycie w tym przepisie liczby pojedynczej wynika wyłącznie z pewnej konwencji stylistycznej⁷³. Należy zaaprobować ten mniejszościowy pogląd, uwzględniając właśnie *ratio legis* omawianych środków, których natura pozwala, a nawet wręcz nieraz nakazuje połączenie⁷⁴. Niewątpliwie jednak zastosowanie przez ustawodawcę liczby pojedynczej w tym przypadku nie jest zaletą omawianej instytucji, ponieważ budzi kontrowersje wykładnicze.

Drugą wątpliwością, która pojawia się przy analizie środków oddziaływania społecznego jest pytanie, czy nie stanowią one możliwości obejścia przez sąd zakazu orzekania środków karnych w prawie wykroczeń, jeżeli przepis szczególny na to nie zezwala (art. 28 § 2 k.w.). Oczywiście kwestia ta dotyczy zwłaszcza obowiązku naprawienia szkody oraz nawiązki. Obowiązek naprawienia szkody jest przecież środkiem, który prowadzi do przywrócenia naruszonego porządku prawnego, zaś nawiązka może zostać potraktowana jako sposób naprawienia wyrządzonej krzywdy. Przepis art. 39 § 4 k.w. stanowi osobną podstawę prawną od uregulowań zawartych w art. 28 § 2 k.w., dlatego też nic nie stoi na przeszkodzie wydania przez sąd orzeczenia o takiej treści.

Skuteczność środków oddziaływania społecznego obniżyć może brak sankcjonowania ich niezrealizowania przez sprawcę oraz niemożność jakiegokolwiek wyegzekwowania nałożonych w tym zakresie przez sąd zobowią-

⁷¹ A. Gubiński, (w:) Prawo..., s. 176; B. Kurzępa, (w:) Kodeks..., s. 163; T. Grzegorzczak, (w:) Kodeks..., s. 177; I. Nowicka, R. Kupiński, Stosowanie..., s. 146; P. Gensikowski, (w:) Kodeks..., s. 233; W. Radecki, (w:) Kodeks..., s. 401. Zdaniem T. Grzegorzczaka, wyjątek stanowi sytuacja zbiegu wykroczeń, gdy „(...) każdy ze środków, o jakich mowa w art. 39 § 4 byłby zastosowany w związku z innym wykroczeniem, za które sprawca odpowiada w tym samym postępowaniu (...)” – T. Grzegorzczak, (w:) Kodeks..., s. 177.

⁷² R. A. Stefański, Glosa do wyroku Sądu Najwyższego – Izby Karnej z dnia 4 czerwca 1992 r., sygn. II KRN 65/92, Orzecznictwo Sądów Polskich 1992, XXXVII (2), s. 91.

⁷³ Z. Gostyński, Prawo..., s. 112. Pogląd ten aprobuje również R. A. Stefański, Glosa..., s. 91. Wydaje się, że odwrotnie – użycie liczby mnogiej przez ustawodawcę („w razie odstąpienia od wymierzenia kary można zastosować do sprawcy środki oddziaływania wychowawczego...”) – spowodowałoby jeszcze większe kłopoty interpretacyjne. Wymagana jest więc inna redakcja przepisu. Propozycja zostanie przedstawiona w uwagach *de lege ferenda* niniejszej publikacji.

⁷⁴ Np. obowiązku przeproszenia pokrzywdzonego z obowiązkiem przywrócenia stanu poprzedniego albo, jak podaje Z. Gostyński, obowiązku przeproszenia pokrzywdzonego ze zobowiązaniem do uroczystego zapewnienia niepopelnienia więcej takiego czynu – tenże, Prawo..., s. 112.

zań⁷⁵. Wydawać się może, że jest to spowodowane faktem wyłącznie społecznego oddziaływania omawianych środków na sprawcę wykroczenia. W założeniu incydentalny sprawca drobnego wykroczenia, który zasługuje na skorzystanie przez sąd z instytucji nadzwyczajnego ustawowego wymiaru kary, jest na tyle przykładowym członkiem społeczeństwa, że nałożone na siebie zobowiązanie wykona dobrowolnie, bez konieczności zagrożenia przymusem ze strony państwa⁷⁶.

5. Środki oddziaływania wychowawczego

Zgodnie z obecnie obowiązującym⁷⁷ przepisem art. 41 k.w. w stosunku do sprawcy czynu można poprzestać na zastosowaniu pouczenia, zwróceniu uwagi, ostrzeżeniu lub na zastosowaniu innych środków oddziaływania wychowawczego. Środki oddziaływania wychowawczego stanowią wyraz zasady *quasi* oportunisty (celowości w ściganiu i karaniu wykroczeń) oraz zasady preferencji środków pozakarnych, według których wystąpienie z wnioskiem o ukaranie jest ostatecznością, stosowaną wówczas, gdy owe środki okażą się niewystarczające⁷⁸. Nie jest to jednak czysty oportunizm, jak trafnie wskazuje T. Grzegorzczak, ponieważ nie wiąże się z całkowitym

⁷⁵ Jak zwracają uwagę M. Bojarski i Z. Świda, ich wykonanie przez sprawcę jest dobrowolne – ciż, *Podstawy...*, s. 102; W. Radecki, (w:) *Kodeks...*, s. 401; J. Bafia, (w:) *Kodeks...*, s. 98. A. Gubiński stwierdza, że skoro nie jest on karą (ani środkiem karnym – dop. Autora), to jego wykonanie musi zależeć od dobrej woli sprawcy, a nie być obwarowane przymusem państwowym – tenże, (w:) *Prawo...*, s. 176. W związku z tym W. Radecki sugeruje, żeby środek ten stosować z wyczuciem, gdyż „(...) jeżeli sprawca się temu nie podporządkuje, nie ma żadnej możliwości wpłynięcia na niego, aby ten środek wykonał” – tamże, s. 401–402. Tak samo uważa T. Grzegorzczak, (w:) *Kodeks...*, s. 178.

⁷⁶ Ten tok myślenia prezentuje również A. Gubiński, pisząc, że „organ orzekający, odstępując od wymierzenia kary, okazuje tym zaufanie sprawcy czynu i jeśli ocena była trafna, należy liczyć się z tym, że wykona on nałożony nań obowiązek społeczny” – tenże, (w:) *Prawo...*, s. 176.

⁷⁷ Na temat środków oddziaływania wychowawczego w pierwotnym ujęciu – zob. np. A. Marek, *Prawo...*, s. 94. Celem artykułu jest odkodowanie obecnego modelu omawianej instytucji, dlatego też aspekty historyczne znajdują się poza ramami niniejszej publikacji.

⁷⁸ R. Krajewski, *Środki...*, s. 12–13; W. Radecki, (w:) *Kodeks...*, s. 408; M. Błaszczak, *Prawo...*, s. 57; Według O. Sitarz są alternatywą dla ukarania oraz przejawem „czystego oportunisty” – taż, *Materialne...*, s. 130–131. „Organ powołany do ścigania wykroczeń nie ma obowiązku prowadzenia postępowania wyjaśniającego, a oskarżyciel publiczny nie musi z urzędu wnosić i popierać skargi o wykroczenie ścigane z urzędu. (...) Zgodnie z zasadą celowości karania Kodeks wykroczeń dopuszcza zatem możliwość rezygnacji z reakcji karnej na rzecz łagodniejszych sposobów oddziaływania na sprawców” – J. Jakubowska-Hara, (w:) *Kodeks...*, s. 236.

nieściganie przez uprawniony organ zaistniałego wykroczenia, ale z reakcją za pomocą przewidzianego przez prawo mniej dolegliwego środka⁷⁹.

Środki oddziaływania wychowawczego może zastosować przede wszystkim organ postępowania mandatowego oraz każdy oskarżyciel publiczny uprawniony do złożenia wniosku o ukaranie⁸⁰. Norma z art. 41 k.w. oraz 61 § 1 pkt 2 k.p.w. nie przesądza, że skorzystać z tych środków nie mógłby również sąd⁸¹. Z brzmienia normy z art. 41 k.w. wynika, że katalog środków oddziaływania wychowawczego jest otwarty. Innymi środkami wychowawczymi są wszelkie pozostałe środki mające na celu wdrożenie sprawcy wykroczenia do poszanowania prawa i zasad współżycia społecznego⁸². A. Marek sugeruje, że mogą nimi być środki zastosowane „(...) w szkole, do której uczęszcza, w zakładzie pracy, w którym jest zatrudniony, lub w stowarzyszeniu, którego jest członkiem”⁸³. Inaczej rzecz ujmując, są to środki służbowe, dyscyplinarne, porządkowe i inne, które już zostały zastosowane albo mogą zostać zastosowane wobec sprawcy wykroczenia w związku z jego czynem⁸⁴. Środki te mogą cechować się niewielką dolegliwością – w przypadku pouczenia kierowcy przez policjanta bądź znaczną, gdy powodują przykładowo wydaleniem z organizacji⁸⁵.

Poza otwartym katalogiem środków oddziaływania wychowawczego ustawodawca nie wskazał żadnych kryteriów podmiotowych, ani przedmiotowych ich stosowania, co jest z pewnością niekorzystne dla sprawcy i narusza funkcję gwarancyjną prawa wykroczeń⁸⁶. W. Radecki uważa wręcz, że przepis ten kreuje czysty oportunizm organów ścigania wykroczeń i upoważnia je „(...) zawsze, w sprawie o każde wykroczenie, bez zastanawiania się nad wystarczalnością środków oddziaływania i bez kontroli prokuratorskiej poprzestać na zastosowaniu: 1) pouczenia; 2) zwrócenia uwagi; 3) ostrze-

⁷⁹ T. Grzegorzczak, (w:) Kodeks..., s. 180–181.

⁸⁰ A. Marek, Prawo..., s. 94. Zdaniem M. Błaszczak zastosować środki oddziaływania wychowawczego może organ ujawniający popełnione wykroczenie – tamże, Prawo..., s. 57. Według W. Radeckiego adresatem przepisu art. 41 k.w. są także instytucje państwowe i społeczne, nieodgrywające roli oskarżyciela publicznego – tenże, (w:) Kodeks..., s. 408.

⁸¹ Zdaniem niektórych karnistów sąd nie może zastosować tychże środków – zob. m.in. R. Krajewski, Środki..., s. 16. Pojawiają się też poglądy przeciwne, akceptujące taką możliwość – T. Bojarski, (w:) Kodeks..., s. 126.

⁸² Np. zawiadomienie zakładu pracy lub organizacji społecznej – zob. W. Kotowski, Kodeks..., s. 178.

⁸³ A. Marek, Prawo..., s. 94. Tak też M. Błaszczak, Prawo..., s. 57; A. Marek, Prawo..., s. 159.

⁸⁴ J. Jakubowska-Hara, (w:) Kodeks..., s. 240; B. Kurzępa, Kodeks..., s. 166.

⁸⁵ W. Kotowicz, Kodeks..., s. 178.

⁸⁶ T. Bojarski zwraca uwagę, że „przepis ten został ostatecznie tak zredagowany, że powiedziano w nim wiele i dość niejasno” – tenże, Polskie..., s. 118.

żenia; 4) innych środków oddziaływania wychowawczego⁸⁷. Zaś zdaniem M. Budyn-Kulik, należy zastosować w tym przypadku wykładnię celowościową oraz systemową i sięgnąć do przepisu art. 33 kw., oraz uznać, że można poprzestać na omawianych środkach natenczas, gdy dzięki temu spełnione zostaną cele kary, zwłaszcza w zakresie prewencji szczególnej⁸⁸. W podobnym tonie wypowiada się J. Jakubowska-Hara, która twierdzi, że przepis art. 41 k.w. nie tworzy aż tak daleko posuniętej arbitralności w działaniu organów ścigania, a jego sens wynikać powinien z podstawowych zasad prawa wykroczeń⁸⁹. W związku z tym autorka uważa, że „organy ścigania oraz pozostałe organy mogące stosować tego rodzaju środki powinny zatem kierować się racjonalizmem w ocenie czynu i sprawcy wykroczenia. Zasadniczym kryterium rezygnacji z kary powinien być niewielki stopień społecznej szkodliwości czynu”⁹⁰.

Zdaje się, że *de lege lata* ogólne przesłanki zastosowania środków oddziaływania wychowawczego są analogiczne do tych, które warunkują orzeczenie środków oddziaływania społecznego. Organ może poprzestać na zastosowaniu pouczenia, zwróceniu uwagi, ostrzeżeniu lub zastosowaniu innych środków oddziaływania wychowawczego wówczas, gdy okoliczności popełnionego czynu lub warunki i właściwości osobiste sprawcy uzasadniają, że owo poprzestanie wystarczy do realizacji celów prawa wykroczeń.

Przesłanki uzasadniające zastosowanie środków oddziaływania wychowawczego pomieszczone są w § 10 ust. 2 zarządzenia nr 323 Komendanta Głównego Policji z dnia 26 marca 2008 r. w sprawie metodyki wykonywania przez Policję czynności administracyjno-porządkowych w zakresie wykrywania wykroczeń oraz ścigania ich sprawców⁹¹. Zgodnie z przepisem § 9 tegoż

⁸⁷ W. Radecki, (w:) Kodeks..., s. 410.

⁸⁸ M. Budyn-Kulik, (w:) M. Mozgawa (red.), Kodeks wykroczeń. Komentarz, wyd. 2, Warszawa 2009, s. 134–135.

⁸⁹ J. Jakubowska-Hara, (w:) Kodeks..., s. 240. Czyli preferencji stosowania pozapenalnych środków reakcji, jeżeli będzie to wystarczające dla osiągnięcia celów prawa wykroczeń.

⁹⁰ Tamże. Tak też T. Grzegorzczak, (w:) Kodeks..., s. 182.

⁹¹ Zarządzenie nr 323 Komendanta Głównego Policji z dnia 26 marca 2008 r. w sprawie metodyki wykonywania przez Policję czynności administracyjno-porządkowych w zakresie wykrywania wykroczeń oraz ścigania ich sprawców, (Dz. U. KGP nr 9, poz. 48), zwane dalej zarządzeniem nr 323. Zarządzenie to zostało wydane na mocy przepisu art. 7 ust. 1 pkt 2 ustawy z dnia 6 kwietnia 1990 r. o Policji (tekst jedn. Dz. U. z 2017 r., poz. 2067 ze zm.). Według niego Komendant Główny Policji w drodze zarządzenia określa metody i formy wykonywania zadań przez poszczególne służby policyjne, w zakresie nieobjętym innymi przepisami wydanymi na podstawie ustaw. Rozwiązanie to jest jednak wadliwe, ponieważ ze względu na funkcję gwarancyjną szczegółowe uregulowania dotyczące stosowania środków oddziaływania wychowawczego powinny być pomieszczone w ustawie, a nie w zarządzeniu wydanym na podstawie delegacji

zarządzenia, Policjant może poprzestać na zastosowaniu środków oddziaływania wychowawczego, jeżeli jest to wystarczające do wdrożenia sprawcy wykroczenia do poszanowania prawa i zasad współżycia społecznego⁹². Przesłankę negatywną stanowi obowiązek orzeczenia wobec sprawcy środka karnego⁹³. Zwrot „orzeka się”, użyty w § 10 ust. 4 zarządzenia nr 323 świadczy, że mowa tu o przypadkach konieczności obligatoryjnego orzeczenia tegoż środka w przeciwieństwie do fakultatywnego, gdy według przepisu „można orzec”. Jest to oczywiście uzasadnione i powinno dotyczyć nie tylko metodyki działań Policji, ale i wszystkich oskarżycieli publicznych w sprawach o wykroczenia. Skoro ustawodawca zobowiązuje do wymierzenia środka karnego w razie popełnienia wykroczenia, to środek ten musi zostać orzeczony. Nie można tego dokonać bez wcześniejszego przypisania sprawcy wykroczenia w drodze wyroku sądowego. Niestety zarządzenie nr 323 reguluje tylko sposób działania Policji, a nie pozostałych oskarżycieli publicznych w sprawach o wykroczenia, którzy mogą przyjąć inne przesłanki zastosowania omawianych środków albo nie wyodrębnić żadnych.

Skutkiem zastosowania środków oddziaływania wychowawczego może być odmowa wszczęcia postępowania w sprawie o wykroczenie albo jego

ustawowej. Ponadto owe regulacje dotyczą tylko działań Policji, a formacja ta nie jest przecież jedynym oskarżycielem publicznym w sprawach o wykroczenia.

⁹² Natomiast zgodnie z przepisem § 10 ust. 1 zarządzenia 323 środkami oddziaływania wychowawczego zarządzenia są w szczególności: 1) pouczenie, poprzez wskazanie sprawcy wykroczenia niezgodności jego zachowania z obowiązującymi przepisami, ze wskazaniem tych przepisów; 2) zwrócenie uwagi lub ostrzeżenie sprawcy, z jednoczesnym zagrożeniem ukarania go w razie ponownego popełnienia wykroczenia; 3) przekazanie pisemnej informacji pracodawcy lub organizacji społecznej, do której sprawca należy, gdy z charakteru czynu wynika, że stanowi on jednocześnie naruszenie dyscypliny służbowej, statutu organizacji, regulaminu członkowskiego itp. Zaś na mocy normy § 10 ust. 2 omawianego zarządzenia, okolicznościami uzasadniającymi zastosowanie środków oddziaływania wychowawczego są w szczególności: 1) przywrócenie stanu poprzedniego (np. uprzątnięcie wyrzuconych przez sprawcę przedmiotów zaśmiecających miejsce publiczne); 2) naprawienie wyrządzonej szkody; 3) przeproszenie pokrzywdzonego; 4) zapewnienie ze strony sprawcy niepopelniania w przyszłości podobnego czynu zabronionego; 5) wykonanie zaniechanego obowiązku (np. zaopatrzenie budynku w wymagany sprzęt przeciwpożarowy, tabliczkę z numerem porządkowym nieruchomości, uprzątnięcie terenu posesji itp.). Obydwa katalogi są otwarte. Ważną regulację dotyczącą czasu, w którym zastosowanie owych środków jest możliwe, przewiduje § 10 ust. 3 zarządzenia nr 323: „Decyzję o zastosowaniu środków, o których mowa w ust. 1 podejmuje: 1) policjant, jeżeli środek ten stosuje bezpośrednio po ujawnieniu popełnionego przez sprawcę wykroczenia; 2) kierownik jednostki lub komórki Policji, na wniosek policjanta prowadzącego czynności wyjaśniające w sprawie o wykroczenie, jeżeli okoliczności uzasadniające zastosowanie tych środków zaistniały w toku prowadzonych czynności”.

⁹³ § 10 ust. 4 zarządzenia nr 323 stanowi, że nie stosuje się środków oddziaływania wychowawczego w przypadku wykroczeń, za które orzeka się środek karny.

umorzenie (art. 61 § 1 pkt 2 k.p.w.)⁹⁴. Oznacza to, że organ, który zastosował omawiane środki, jak również w przypadkach przewidzianych przez ustawę pokrzywdzony (głównie jako oskarżyciel posiłkowy subsydiarny na mocy art. 27 § 2 k.p.w.), posiada możliwość wystąpienia z wnioskiem o ukaranie, a sąd nie musi odmówić wszczęcia postępowania⁹⁵. Taki kształt obowiązującej regulacji jest w doktrynie krytykowany ze względu na kumulację dolegliwości płynącej z zastosowania tak jakby podwójnej represji⁹⁶. Krytyka ta nie jest w pełni uzasadniona. Po pierwsze dolegliwość płynąca z zastosowania środka oddziaływania wychowawczego zasadniczo nie jest znaczna. Po drugie wykładnia celowościowa omawianych przepisów wskazuje, że prowadzenie postępowania przeciwko sprawcy wykroczenia, wobec którego zastosowano uprzednio środek oddziaływania wychowawczego, powinno być możliwe tylko wówczas, gdy organ nabierze przekonania, iż środek ten nie przyniósł zakładanych celów⁹⁷. W innych przypadkach byłoby to niezgodne z *ratio legis* instytucji z przepisu art. 41 k.w., który mówi o poprzestaniu na zastosowaniu środków oddziaływania wychowawczego⁹⁸.

Wątpliwości w doktrynie budzi również kwestia, czy na gruncie obecnie obowiązujących przepisów organ uprawniony do zastosowania środków oddziaływania wychowawczego może przekazać sprawę innemu podmiotowi,

⁹⁴ Zob. także § 10 ust. 5 zarządzenia nr 323: „W przypadku, gdy środek oddziaływania wychowawczego nie przyniesie zamierzonego efektu, jego zastosowanie nie zamyka drogi do skierowania wniosku o ukaranie do sądu albo nałożenia grzywny w drodze mandatu karnego”.

⁹⁵ Por. I. Nowicka, R. Kupiński, *Stosowanie...*, s. 148; M. Budyn-Kulik, (w:) *Kodeks...*, s. 136; J. Jakubowska-Hara, (w:) *Kodeks...*, s. 241. Odmienne – niesłusznie B. Kurzępa, *Kodeks...*, s. 167.

⁹⁶ Zob. J. Jakubowska-Hara, (w:) *Kodeks...*, s. 242; I. Nowicka, R. Kupiński, *Stosowanie...*, s. 151.

⁹⁷ Dla przykładu pouczonego przez policjanta młody człowiek, który pił alkohol w miejscu publicznym (wykroczenie z art. 43¹ ust. 1 ustawy z dnia 26 października 1982 r. o przeciwdziałaniu alkoholizmowi i wychowaniu w trzeźwości, tekst jedn. Dz. U. z 2016 r., poz. 487 ze zm.) w tym samym dniu zostaje przyłapany na popełnieniu identycznego wykroczenia przez tego samego funkcjonariusza. Dopuszczalne będzie wówczas jego ukaranie zarówno za pierwsze (za które został już wcześniej pouczone), jak i za drugie wykroczenie. Funkcjonariusz może bowiem powziąć przypuszczenie, że zastosowany środek oddziaływania wychowawczego nie przyniósł pożądaných efektów z zakresu prewencji indywidualnej, tak ważnej w prawie wykroczeń.

⁹⁸ Wówczas należy zgodzić się z R. Kraje wskim, na przykład w sytuacji, którą ilustruje ową tezę: „(...) gdyby sprawca wykroczenia w ruchu drogowym został pouczone lub ostrzeżone przez funkcjonariusza, miałby on pełne podstawy zakładać, że na tym sprawa się zakończyła, po czym znalazłaby się ona wraz z wnioskiem o ukaranie w sądzie, a być może zdecydowałby się on na przyjęcie mandatu karnego, gdyż zależałoby mu na takim właśnie załatwieniu sprawy, ale w związku z pouczeniem nie miałby na to szansy” – tenże, *Środki...*, s. 17.

który ma możliwość skorzystania z środków oddziaływania wychowawczego niedostępnych dla przekazującego⁹⁹. Należy opowiedzieć się za dopuszczeniem takiej możliwości. Będzie to po prostu zastosowanie przez ten przekazujący podmiot „innego środka oddziaływania wychowawczego”.

W piśmiennictwie można zauważyć tezę, że środki oddziaływania wychowawczego powinny być alternatywą dla stosowania kary, a nie mieć charakteru priorytetowego, wymuszającego badanie możliwości ich zastosowania w przypadku każdego wykroczenia¹⁰⁰. Nie sposób się z tym zgodzić, mając na względzie zasadę celowości karania oraz oportunistu w ściganiu wykroczeń, o czym będzie jeszcze mowa w dalszej części publikacji.

6. Wnioski *de lege lata* i *de lege ferenda*

Po przedstawieniu kary nagany oraz środków oddziaływania społecznego i środków oddziaływania wychowawczego na tle zasadniczych funkcji prawa wykroczeń oraz głównych celów kary w prawie wykroczeń, przychodzi czas na podsumowanie prowadzonych rozważań na temat tych instytucji oraz wyrażenie sugestii dotyczącej dalszego ich występowania w systemie prawa karnego *sensu largo*. Poczynione ustalenia pozwalają zauważyć, że omawiane środki stanowią następujące po sobie i najmniej dolegliwe stopnie na drodze reakcji ze strony państwa na popełnione wykroczenie¹⁰¹. *De lege lata* organy prowadzące postępowanie w konkretnej sprawie wykroczeniowej, w której czyn sprawcy cechował się niskim stopniem społecznej szkodliwości i winy, mają obowiązek, biorąc pod uwagę wagę wykroczenia oraz osobę delikwenta, zbadać najpierw, czy do wdrożenia go do poszanowania prawa i zasad współżycia społecznego nie wystarcza zastosowanie środków oddziaływania wychowawczego. Jeżeli nie, to czy celu tego nie spełni samo postępowanie przed sądem, zakończone odstąpieniem od wymierzenia kary i orzeczeniem środka oddziaływania społecznego. Ostatnim krokiem jest rozważenie zasądzenia kary nagany, której pierwiastek dolegliwości jest teore-

⁹⁹ J. Jakubowska-Hara, (w:) Kodeks..., s. 241. Przykładem podawanym przez autorkę jest przekazanie sprawy kierownikowi zakładu celem wymierzenia kary porządkowej przewidzianej w przepisach Kodeksu pracy. Opowiadają się za tym m.in. T. Grzegorzczak, (w:) Kodeks..., s. 182; W. Radecki, (w:) Kodeks..., s. 414; I. Nowicka, R. Kupiński, Stosowanie..., s. 147.

¹⁰⁰ Tak J. Jakubowska-Hara, (w:) Kodeks..., s. 239. Stanowiąc mogą tym samym uprawnienie organom, dające „(...) lepszą gwarancję racjonalnej reakcji na wykroczenie”.

¹⁰¹ Nie są to wszystkie stopnie. Kolejnymi są bowiem kary surowsze. W artykule szczeble te zostały przedstawione odwrotnie – od najsurowszej kary nagany po najmniej dolegliwe środki oddziaływania wychowawczego, zgodnie z systematyką kodeksową.

tycznie najsilniejszy. Przesłanki zastosowania każdego z tych środków są niemal bliźniacze, a uprawniony organ może z nich skorzystać wyłącznie w sprawach drobnych wykroczeń, popełnionych przez incydentalnych sprawców.

W tym zestawieniu najgorzej wypada kara nagany, która posiada bardzo ograniczone możliwości orzeczenia, wręcz zdublowane z warunkami odstąpienia od wymierzenia kary. Główną składową jej minimalnej dolegliwości stanowi fakt samego postawienia obwinionego przed sądem oraz uznanie go winnym popełnienia wykroczenia, które ma też przecież miejsce przy odstąpieniu od wymierzenia kary i zastosowaniu środków oddziaływania społecznego. Owo uznanie za winnego (przypisanie) wykroczenia posiada właśnie w sobie pierwiastek potępienia moralnego, który może być dodatkowo spotęgowany na przykład koniecznością przeproszenia pokrzywdzonego (element kompensacji, którego w naganie brak).

Nie należy tracić z oczu tego, że sam fakt ukarania może potęgować dolegliwość wynikłą z toczącego się postępowania, czego brakuje w przypadku odstąpienia od wymierzenia kary¹⁰². Kara nagany *de lege lata* odgrywa więc nieco większą rolę w sprawowaniu funkcji prewencyjnej w prawie wykroczeń niż środki oddziaływania społecznego. Istotny jest jednak fakt, że z powodu bardzo surowych przesłanek pozytywnej prognozy kryminologicznej i niedużej dolegliwości, może być zastosowana wyłącznie do incydentalnych sprawców drobnych wykroczeń. Nie wypełnia tym samym należycie funkcji ochronnej oraz sprawiedliwościowej kary wykroczeniowej. Brak realnej dolegliwości (fizycznej czy ekonomicznej) może spowodować, iż tylko w stosunku do obwinionego o nieskazitelnym charakterze i wysokim poczuciu praworządności spełnia ona swoją rolę¹⁰³. Jej istnienie w katalogu środków reakcji na wykroczenie

¹⁰² W przypadku nagany sprawca wie, że za jego czyn wymierzono karę, natomiast przy odstąpieniu od wymierzenia kary może pomyśleć, iż zabronione zachowanie nie spotkało się w zasadzie z żadną poważniejszą reakcją ze strony państwa.

¹⁰³ Inny sprawca drobnego wykroczenia, który spełni chociażby pozytywną przesłankę charakteru lub okoliczności i zostanie ukarany karą nagany, może stwierdzić, że *de facto* nie został ukarany wcale – zob. wpisy na Forum Prawnym dotyczące kary nagany np. użytkownika o nicku „destructor”: „Po co ma składać sprzeciw jak nie dostał można powiedzieć żadnej kary. Nagana to poglaskanie po głowie. Możesz spać spokojnie i zapomnieć o sprawie” – <https://forumprawne.org/prawo-karne/351777-kara-nagany-co-jak.html> (dostęp 19 marca 2018 r.). Z drugiej strony chęć złożenia sprzeciwu przez internautę ukaranego naganą świadczy o tym, że fakt ukarania nawet tak mało dolegliwą karą wywarł na nim pewien wpływ. Odmierna zupełnie ocena dotyczy środka probacyjnego w postaci warunkowego zawieszenia wykonania kary aresztu (rozdział IV

ogranicza jednocześnie możliwość skorzystania z łagodniejszych, pozapenalnych środków, gdyż ich zastosowanie wymaga jeszcze pozytywniejszej prognozy kryminologicznej, co wydaje się wręcz niemożliwe. W związku z tym słuszne wydaje się postawienie pytania, czy w racjonalnie skonstruowanym systemie kar za wykroczenia i przy priorytecie stosowania reakcji pozapenalnej na wykroczenie, jest miejsce dla nagany? Wydaje się, że bez niewielkich zmian w prawie wykroczeń odpowiedź ta będzie negatywna.

W związku z powyższym można wysunąć dwa alternatywne postulaty *de lege ferenda*. Pierwszy z nich to sugestia w stosunku do ustawodawcy, aby ten wykreślił naganę z katalogu kar za wykroczenia, gdyż w obecnym kształcie nie wypełnia należycie funkcji kary wykroczeniowej. Drugim postulatem będzie propozycja utworzenia rejestru wykroczeń, w którym umieszczane byłyby między innymi informacje o karach nałożonych na sprawców tych czynów zabronionych¹⁰⁴. Z pewnością zwiększyłoby to nieco dolegliwość kary nagany, a przez to jej skuteczność w realizowaniu funkcji prawa wykroczeń, aczkolwiek nie zmieniło faktu, że zasadniczo ukaranie za wykroczenie nie niesie dużego ładunku potępienia społecznego ani skutków w sferze zawodowej obwinionego. Wydaje się więc, że takie rozwiązanie nie byłoby wystarczająco skuteczne.

Środki oddziaływania wychowawczego jako wyraz zasady *quasi* oportunistycznej w reakcji na wykroczenia filtrują spośród tych czynów takie, które są społecznie szkodliwe w stopniu na tyle niskim, że uruchomienie „maszyny” wymiaru sprawiedliwości jest niecelowe. W ich przypadku wystarczy bowiem niewielkie zwrócenie uwagi na niewłaściwe zachowanie ze strony organów państwa lub innych instytucji, swoiste „pogrozenie palcem” i upomnienie, by nie postępowali w ten sposób w przyszłości. Nie oznacza to jednak, że ich obecna regulacja jest wolna od wad. Ustawodawca winien w sposób bardziej zdecydowany określić, czy w prawie wykroczeń mamy do czynienia z rzeczywistą preferencją stosowania środków oddziaływania wychowawczego, czy pierwszorzędne znaczenie przykłada się do karania¹⁰⁵. Należy więc poprzeć uwagę R. Krajewskie-

k.w.). Jego dolegliwość wiąże się z ryzykiem negatywnego wyniku okresu próby, który może skończyć się zarządzeniem wykonania kary aresztu (art. 44 § 1 lub 2 k.w.).

¹⁰⁴ Rejestr musiałby być szerszy niż planowany przez Ministerstwo Sprawiedliwości. Projekt zakłada bowiem rejestrowanie wyłącznie niektórych wykroczeń przeciwko mieniu – zob. Projekt ustawy o zmianie ustawy – Kodeks wykroczeń oraz niektórych innych ustaw, <http://legislacja.rcl.gov.pl/projekt/12299902/katalog/12442176#12442176> (dostęp 19 marca 2018 r.).

¹⁰⁵ Całkowitą rację ma R. Krajewski, pisząc, że „(...) istnieje potrzeba rozstrzygnięcia, co powinno być regułą, a co wyjątkiem – jeśli chodzi o stosowanie kar oraz środków

go, aby w Kodeksie wykroczeń (albo w Kodeksie postępowania w sprawach o wykroczenia) zamieścić przepis, wskazujący, iż „(...) organy postępowania w sprawach o wykroczenia mogą prowadzić postępowanie zmierzające do ukarania sprawcy wykroczenia tylko wtedy, gdy środki oddziaływania wychowawczego okazały się niewystarczające dla wdrożenia go do poszanowania prawa”¹⁰⁶. Konieczne jest też ponadto doprecyzowanie przesłanek zastosowania środków przewidzianych w art. 41 k.w., chociażby wzorując się na przepisach § 10 zarządzenia nr 323 oraz wprowadzenie rejestru osób, w stosunku do których organ użył owe środki¹⁰⁷. Dzięki temu w przypadku popełnienia przez sprawcę następnego wykroczenia będzie możliwe sprawdzenie, czy wobec niego stosowano już środki oddziaływania wychowawczego oraz rozważenie ukarania za wcześniejszy czyn w razie uznania, że zastosowanie środków oddziaływania wychowawczego nie wdrożyło go do poszanowania prawa oraz zasad współżycia społecznego. Zlikwiduje to także ryzyko subiektywizmu, którego nie można tolerować w dokonywaniu rozstrzygnięć prawnych, zwłaszcza w dziedzinie prawa, która przynależy do prawa represyjnego¹⁰⁸. Warto poprzeć tezę postawioną przez R. Krajewskiego, że priorytetowe traktowanie środków oddziaływania wychowawczego może stać się remedium na zbyt surowe karanie wszystkich sprawców wykroczeń, które nie przyczynia się do wzrostu autorytetu instytucji odpowiedzialnych za bezpieczeństwo i porządek, ani także nie jest konieczne dla należytej ochrony tego ładu¹⁰⁹. Realizowanie celów prawa wykroczeń jest bowiem możliwe także przy wykorzystaniu łagodniejszych sposobów – środków oddziaływania wychowawczego¹¹⁰.

oddziaływania wychowawczego. W obecnej praktyce instytucji odpowiedzialnych za reagowanie wobec sprawców wykroczeń zdecydowanie jest tak, że to karanie za nie ma pierwszorzędne znaczenie, stosowanie środków oddziaływania wychowawczego ma miejsce na zasadzie wyjątku, i to opartego na uznaniowych i niejasnych kryteriach” – tenże, *Środki...*, s. 13. Jest to niewątpliwa sprzeczność z ogólnymi zasadami, którymi kierować się powinien polski system prawa wykroczeń.

¹⁰⁶ R. Krajewski, *Środki...*, s. 13.

¹⁰⁷ *De lege lata* Policja odnotowuje wyłącznie statystycznie, ile zastosowano środków oddziaływania pozakarnego. Dane te nie są powiązane z konkretnym sprawcą wykroczenia – zob. Zarządzenie nr 3 Komendanta Głównego Policji z dnia 6 lutego 2017 r. w sprawie metod i form prowadzenia sprawozdawczości w Policji (Dz. U. KGP z 2017 r., poz. 8).

¹⁰⁸ Zob. R. Krajewski, *Środki...*, s. 15.

¹⁰⁹ Tamże, s. 14. Zdaniem autora „(...) w szczególności wydaje się dotyczyć straży miejskich, które chyba niekiedy zapominają o swojej służebnej roli wobec społeczności lokalnych, na rzecz których powinny funkcjonować”.

¹¹⁰ Tak też R. Krajewski, *Środki...*, s. 14.

Natomiast w przypadku sprawców, których osobowość lub waga popełnionego czynu wskazują na konieczność bardziej zdecydowanej reakcji ze strony aparatu państwa, ale nie uzasadnia karania grzywną, ograniczeniem wolności czy aresztem, bardzo dobrym rozwiązaniem jest skorzystanie ze środków oddziaływania społecznego przy jednoczesnym odstąpieniu od wymierzenia kary. Jak zauważają I. Nowicka i R. Kupiński, rezygnacja ze stosowania tych środków byłaby ograniczeniem funkcjonowania zasady preferencji środków oddziaływania pozakarnego¹¹¹.

Skuteczność w pełnieniu funkcji wychowawczo-kompensacyjnej przez środki oddziaływania społecznego jest jednak znacznie obniżona z powodu braku możliwości wyegzekwowania oraz sankcjonowania ich niewykonania przez sprawcę wykroczenia. W związku z tym można rozważyć, aby prawodawca po przepisie art. 57 Kodeksu wykroczeń dopisał art. 57a z typizacją: „Kto nie stosuje się do orzeczonego przez sąd środka oddziaływania społecznego, podlega karze aresztu albo grzywny”. Ustawowe zagrożenie karą odpowiada sankcji za typ uiszczenia grzywny za skazanego bądź ukaranego, a więc wykroczenie cechujące się podobnym abstrakcyjnym stopniem społecznej szkodliwości oraz chroniące to samo dobro prawne. Typ ten oraz typ proponowany opisują zachowania, które godzą w wymiar sprawiedliwości, uniemożliwiając realizację celów orzeczonego środka reakcji wobec sprawcy wykroczenia. Aby zaś uczynić zadość zasadzie *nullum crimen/nulla poena sine lege*, koniecznym jest równoczesne zamknięcie katalogu środków oddziaływania społecznego poprzez usunięcie z przepisu art. 39 § 4 k.w. przysłówka „zwłaszcza”¹¹².

Celem usunięcia problemów wykładniczych związanych z użyciem słowa „środek” w liczbie pojedynczej, warto dopisać sformułowanie analogiczne do występującego w art. 93b § 4 Kodeksu karnego¹¹³ – „wobec tego samego sprawcy można orzec więcej niż jeden środek oddziaływania społecznego”.

¹¹¹ I. Nowicka, R. Kupiński, *Stosowanie...*, s. 153. Autorzy trafnie piszą, że „(...) przepis art. 39 § 4 k.w., na etapie postępowania sądowego, pełni rolę podobną do tej, jaką spełnia art. 41 k.w. we wcześniejszym stadium postępowania w sprawach o wykroczenia. Jest on ważnym ogniwem w łańcuchu przepisów stanowiących podstawę do stosowania środków oddziaływania pozakarnego wobec sprawców wykroczeń, zwłaszcza w tych przypadkach, kiedy ich zastosowanie może być uznane za wystarczającą reakcją na wykroczenie” – tamże, s. 154.

¹¹² Przy ewentualnym jego ustawowym powiększeniu np. o wybrane tak zwane obowiązki okresu próby z art. 72 § 1 k.k.

¹¹³ Ustawa z dnia 6 czerwca 1998 r – Kodeks karny (tekst jedn. Dz. U. z 2017 r., poz. 2204 ze zm.).

Niespójność regulacji widoczna w możliwości orzekania środków karnych w prawie wykroczeń tylko wtedy, gdy stanowi o tym przepis szczególny, a akceptacją wymierzenia obowiązku naprawienia szkody czy nawiązki jako sposobu naprawienia krzywdy w postaci środka oddziaływania społecznego wymaga szerszych zmian w rozdziale II Kodeksu wykroczeń. Niezbędne jest ujednoczenie systemu kar oraz pozakarnych środków reakcji na wykroczenie tak, by był spójny, a polityka penalizacyjna nie budziła wątpliwości. Warto też się zastanowić, czy występująca regulacja dotycząca orzekania środków karnych w prawie wykroczeń jest aktualna w świetle dzisiejszych ustaleń dotyczących ich charakteru¹¹⁴.

I. Andrejew napisał kiedyś, że „kara kryminalna jest lichym środkiem wyrabiania w człowieku delikatności”¹¹⁵. Można sparafrazować te słowa i rzec, że orzekanie w niektórych przypadkach kary wykroczeniowej stanowi liche źródło nauczania człowieka szacunku do ładu społecznego i porządku prawnego. Dlatego też ustawodawca przewidział pozapenalne środki oddziaływania na sprawcę wykroczenia, które po niewielkich zmianach powinny być stosowane bardziej odważnie przez kompetentne organy państwowe. Kara nagany *de lege lata* nieskutecznie naśladuje owe środki, niewiele się od nich różniąc. Nie pomaga ona realizować głównych funkcji prawa wykroczeń. Dlatego też należy zasugerować zmianę regulacji dotyczącej jej orzekania bądź postulować usunięcie z katalogu kar za wykroczenia.

Literatura

1. Andrejew I., Oceny prawne karcenia małoletnich, Warszawa 1964.
2. Błaszczak M., (w:) Prawo i postępowanie w sprawach o wykroczenia, M. Błaszczak, W. J. Jankowski, M. Zbrojewska, Warszawa 2013.
3. Bojarski M., Świda Z., Podstawy materialnego i procesowego prawa o wykroczeniach, Wrocław 2002.
4. Bojarski T., Polskie prawo wykroczeń. Zarys wykładu, wyd. 4, Warszawa 2012.
5. Bojarski T., (w:) T. Bojarski (red.), Kodeks wykroczeń. Komentarz, wyd. 5, Warszawa 2015.
6. Budyn-Kulik M., (w:) M. Mozgawa (red.), Kodeks wykroczeń. Komentarz, wyd. 2, Warszawa 2009.

¹¹⁴ Zagadnienie to wymaga jednak osobnego opracowania.

¹¹⁵ I. Andrejew, Oceny prawne karcenia małoletnich, Warszawa 1964, s. 117.

7. Cieślak M., Uwagi na marginesie projektu prawa o orzecznictwie karno-administracyjnym, *Palestra* 1961, nr 6.
8. Gensikowski P., (w:) P. Daniluk (red.), *Kodeks wykroczeń. Komentarz*, wyd. 1, Warszawa 2016.
9. Gostyński Z., *Prawo wykroczeń w zarysie*, wyd. 2, Katowice 1987.
10. Grzegorzczak T., (w:) T. Grzegorzczak (red.), *Kodeks wykroczeń*, wyd. 2, Warszawa 2013.
11. Gubiński A., (w:) T. Grzegorzczak, A. Gubiński (red.), *Prawo wykroczeń*, wyd. 2, Warszawa 1996.
12. Jakubowska-Hara J., (w:) P. Daniluk (red.), *Kodeks wykroczeń. Komentarz*, wyd. 1, Warszawa 2016.
13. Kocel-Krekora Z., Kary i środki karne w kodeksie wykroczeń po nowelizacji, *Prokuratura i Prawo* 1999, nr 2.
14. Kosonoga-Zygmunt J., Kara nagany w systemie sankcji za wykroczenie, *Wojskowy Przegląd Prawniczy* 2017, nr 1.
15. Kotowski W., *Kodeks wykroczeń. Komentarz*, wyd. 3, Warszawa 2009.
16. Konieczny J., (w:) U. Łabuz (red.), *Prawo wykroczeń. Repetytorium*, Warszawa 2008.
17. Krajewski R., Kara nagany za wykroczenia, *Studium z Zakresu Prawa, Administracji i Zarządzania UKW* 2013, t. 3.
18. Krajewski R., Środki oddziaływania wychowawczego w prawie wykroczeń, *Palestra* 2013, s. 667–668 (7–8).
19. Kurzępa B., *Kodeks wykroczeń. Komentarz*, wyd. 1, Warszawa 2008.
20. Marek A., (w:) A. Marek (red.), *System Prawa Karnego. Tom I. Zagadnienia ogólne*, wyd. 1, Warszawa 2010.
21. Marek A., *Prawo wykroczeń (materiałne i procesowe)*, wyd. 7, Warszawa 2012.
22. Mozgawa M., (w:) M. Mozgawa (red.), *Kodeks wykroczeń. Komentarz*, wyd. 2, Warszawa 2009.
23. Melezini M., (w:) M. Melezini (red.), *System Prawa Karnego. Tom 6. Kary i inne środki reakcji prawnokarnej*, wyd. 2, Warszawa 2016.
24. Nowicka I., Kupiński R., Stosowanie środków oddziaływania wychowawczego w sprawach o wykroczenia, *Prokuratura i Prawo* 2004, nr 7–8.
25. Nowicka I., Czyny przepołowione w ujęciu prawnym i kryminologicznym, *Białostockie Studia Prawnicze* 2009, nr 6.
26. Osierda A., Prawne aspekty pojęcia bezpieczeństwa publicznego i porządku publicznego, *Studia Iuridica Lubliniensa* 2014, nr 23.

27. Radecki W., (w:) M. Bojarski (red.), Kodeks wykroczeń. Komentarz, W. Radecki, wyd. 7, Warszawa 2016.
28. Sitarz O., Materialne prawo wykroczeń. Część ogólna, wyd. 1, Warszawa 2015.
29. Stefański R. A., Glosa do wyroku Sądu Najwyższego – Izby Karnej z dnia 4 czerwca 1992 r., sygn. II KRN 65/92, Orzecznictwo Sądów Polskich 1992, XXXVII (2).

Reprimand and means of social and/or educational influence in petty offences law

Abstract

This paper presents the most lenient and rarely applied sanctions for petty offences under Polish criminal law, such as reprimand or means of social and/or educational influence. Although the sanctions differ in terms of their nature, their functions, as well as their enforcement methods may be similar. Thus, legal criteria for the application of the sanctions are described, with the sanctions being compared with due consideration given to their role and to principles of petty offences law. Finally, de lege ferenda proposals regarding the future of the sanctions in the Code of Petty Offences are formulated.

Grzegorz Maroń

Beletrystyczne i filmowe aluzje w argumentacji prokuratora w świetle orzecznictwa sądów Stanów Zjednoczonych

Streszczenie

W artykule omówiono przypadki sięgania przez amerykańskich prokuratorów w swojej argumentacji do literackich i filmowych porównań, przykładów, cytatów, metafor czy ilustracji. Analiza case law sądów stanowych i federalnych pokazuje, że posłużenie się przez oskarżyciela publicznego podczas procesu karnego beletrystycznym (filmowym) odwołaniem rzadko kwalifikuje się za błąd skutkujący koniecznością uchylecia zaskarżonego wyroku skazującego. Stanowisko sądów odwoławczych znamionuje pragmatyzm. Do uchylecia orzeczenia z powodu literackiej (filmowej) aluzji prokuratora nie wystarcza uznanie tej aluzji za niewłaściwą. Konieczne jest jednoczesne stwierdzenie, iż argumentacja oskarżyciela publicznego była szkodliwa dla oskarżonego, pozbawiając go prawa do rzetelnego procesu. Krytyczno-ocenne studium orzecznictwa sądów USA połączono z wyeksponowaniem użytecznej wartości literackich (filmowych) odniesień dla prokuratorowskiej retoryki oraz wyznaczeniem ram optymalnego czynienia użytku z tytułowej kategorii argumentów. Prokurator w posługiwaniu się beletrystycznymi i filmowymi odwołaniami musi uwzględniać wymogi konstytucji, ustaw, prawa precedensowego, prokuratorowskiej deontologii oraz, last but not least, zdrowego rozsądku.

Przedmiotem artykułu jest praktyka sięgania przez amerykańskich prokuratorów w swojej argumentacji podczas procesu karnego do literatury pięknej oraz filmów fabularnych i animowanych. Problematyka ta wpisuje się w szersze zjawisko wykorzystywania popkulturowych środków ekspresji i perswazji przez oskarżycieli publicznych, obrońców (pełnomocników) i sędziów¹. Tytułowe zagadnienie stanowi jeden z przeja-

¹ Por. D. A b r a m s, References to Television Programming in Judicial Opinions and Lawyers' Advocacy, Marquette Law Review 2016, vol. 99, s. 993–1020; K. Levine,

wów związków prawa i literatury. Dziwić może więc fakt, iż nie zostało ono dotychczas zauważone przez Literacką Szkołę Prawa (*Law and Literature*). W dorobku amerykańskiej jurysprudencji brak choćby pojedynczego artykułu naukowego, w którym kompleksowo odniesiono by się do zjawiska wykorzystywania przez oskarżycieli publicznych przykładów zaczerpniętych z beletrystyki i popularnych filmów. O ile nauka prawa w USA przedmiotem swych badań uczyniła – choć na relatywnie niewielką skalę – literackie (filmowe) odniesienia w tekstach orzeczeń² czy w argumentacji obrońców³, o tyle kwestia dopuszczalności i użytecznej wartości posługiwania się przez prokuratorów literackimi (filmowymi) aluzjami, porównaniami, metaforami i ilustracjami nie została dostrzeżona w doktrynie prawniczej. Zasadne wydaje się poddać niniejszą tematykę bardziej pogłębionemu studium w ramach nowo kształtującego się nurtu literackiej szkoły prawa – obok nurtu „Prawo w Literaturze” i „Prawo jako Literatura” – tj. „Literatura w Prawie”⁴.

Celem będącym u podstaw artykułu jest przybliżenie oraz krytyczno-ocenne skomentowanie tytułowej praktyki argumentacyjnej prokuratorów. Wymiar deskryptywny rozważań powiązany z aspektem normatywno-projekcyjnym w tym sensie, że syntezę relewantnego orzecznictwa uzupełniono odautorskimi uwagami i postulatami odnośnie do przydatności dla prokuratury literackich (filmowych) aluzji oraz warunków dopuszczalnego i efektywnego czynienia użytku z tych aluzji.

Struktura artykułu jest trzyczęściowa. W części pierwszej przedstawiam *in generale* zasady argumentacji prokuratorów według prawa precedensowego oraz ogólne przesłanki kwalifikowania uwag oskarżycieli publicznych w trakcie procesu za błąd skutkujący koniecznością uchylecia zaskarżonego orzeczenia. Część druga poświęcona jest literackim i filmowym odniesieniom prokuratorów jako przedmiotu zarzutów apelacyjnych. Poprzez studium orzecznictwa pokazuję z jednej strony prokuratorowską praktykę posługiwania się beletrystycznymi i filmowymi odwołaniami, z drugiej zaś strony eksponuję wielość czynników i kryteriów uwzględnianych przez sądy odwoławcze w ocenie wpływu tego typu od-

R. Wright, *Images and Allusions in Prosecutors' Morality Tales*, *Virginia Journal Of Criminal Law* 2017, vol. 5, nr 1, s. 38–67; R. Sherwin (red.), *Popular Culture and Law*, Routledge 2017.

² Zob. np. M. Henderson, *Citing fiction*, *Green Bag* 2D 2008, vol. 11, nr 2, s. 171–185.

³ Zob. np. P. Meyer, *Stealing Stories from the Movies: Think of your trial as a screenplay, with the judge and jury watching the drama unfold*, *ABA Journal* 2014, vol. 100, nr 8, s. 30–31.

⁴ G. Gadin-George, *To quote or not to quote: „Literature in law” in European court decisions and legal English Teaching*, „*ASp la revue du GERAS*” 2013/64, s. 75–93.

wołań na poszanowanie praw procesowych oskarżonego. Z kolei w części trzeciej ustosunkowuję do uprzednio przeanalizowanego *case law* oraz wyznaczam ramy optymalnej operacjonalizacji beletrystycznych i filmowych odniesień w argumentacji prokuratora. Wyrażam przekonanie, że przy zachowaniu określonych warunków literackie (filmowe) aluzje mogą stanowić efektywne narzędzie prokuratorowskiej retoryki, jednocześnie nie przecząc prawu oskarżonego do rzetelnego procesu.

Podstawowym materiałem badawczym są orzeczenia sądów odwoławczych, zarówno stanowych jak i federalnych. O ile sama charakterystyka praktyki sięgania prokuratorów do dorobku literackiego i kinematograficznego czyniona jest przez pryzmat i w odniesieniu do porządku prawnego Stanów Zjednoczonych, o tyle bardziej zgeneralizowane uwagi w przedmiocie przydatności niniejszego dorobku i pożądaných zasad posiłkowania się nim przez oskarżycieli publicznych zachowują do pewnego stopnia aktualność także poza amerykańską, czy szerzej anglosaską, kulturą prawną.

Przedmiotem zarzutów odwoławczych w USA są literackie czy filmowe odniesienia nie tylko prokuratora, ale także sędziego sądu pierwszej instancji (*trial judge*) podczas procesu⁵. Istotną różnicą w ocenie skutków procesowych literackich aluzji odpowiednio sędziów i prokuratorów – związaną z odmienną naturą obu tych urzędów – jest to, że w przypadku tych pierwszych bierze się pod uwagę, czy aluzją taką sędzia racjonalnie podał w wątpliwość swoją bezstronność. Niekiedy też oskarżony w literackich (filmowych) aluzjach własnego obrońcy doszukuje się zakwestionowania jego prawa do obrony (zarzut nieefektywnej obrony)⁶. Podobnie w sprawach cywilnych zdarza się, że zarzut apelacyjny dotyczy literackich (filmowych) odniesień jednej ze stron lub jej pełnomocnika⁷.

Tematyka literackich (filmowych) aluzji sędziego i obrońcy (pełnomocnika procesowego) wykracza jednak poza obrane ramy opracowania. Podobnie poza zakresem artykułu pozostaje też kwestia wykorzystywa-

⁵ Zob. *Ex parte Moore*, 470 S.W.3d 481 (Tex. Crim. App. 2015) (Alcala dissent); *People v. Geier*, 41 Cal.4th 555, 612–614 (Cal. 2007); *Demoulas v. Demoulas Super Markets, Inc.*, 424 Mass. 501, 525–26 (Mass. 1997); *Chrysler Corp. v. Fedders Corp.*, 540 F. Supp. 706 (S.D.N.Y. 1982); *Gash v. Lautsenhezer*, 405 Pa. 312, 315 (Pa. 1961); *Richards v. U.S.*, 63 F.2d 338, 342 (1st Cir. 1933). Ewentualnie beletrystyczne odwołania sędziego we wcześniejszych procesach z jego udziałem stanowią podstawę wniosku strony o wyłączenie (*recusal*) go ze sprawy. Zob. *U.S. v. Vendetti*, 10–CR–360–A (W.D.N.Y. 2017); *U.S. v. Sampson*, 148 F.Supp.3d 75 (D. Mass. 2015).

⁶ Np. *People v. Warrick*, A131787 (Cal. Ct. App. 2012).

⁷ Np. *Niebur v. Town of Cicero*, 212 F. Supp.2d 790, 807 (N.D.Ill. 2002); *Texas Health Center v. Krell*, 828 S.W.2d 192, 203 (Tex. App. 1992).

nia w argumentacji prokuratora odwołań do innych kategorii źródeł pozaprawnych, np. filozoficznych⁸ czy religijnych⁹.

I.

Według najbardziej ogólnej zasady – wyrażonej tak w amerykańskim prawie precedensowym jak i tamtejszych normach postępowania prokuratora¹⁰ – oskarżyciel publiczny w swojej argumentacji może odnosić się do materiału dowodowego (*evidence*). Zabrania się mu przeinaczania czy zniekształcania dowodów, jak i odwoływania się do faktów formalnie nieuwzględnionych w materiale dowodowym. Niniejsza reguła nie jest jednak tak kategoryczna jak *prima facie* może się wydawać. Orzecznictwo dość zgodnie stoi bowiem na stanowisku, że prokuratorowi wolno w argumentacji wyprowadzać „racjonalne” czy „uczciwe” wnioski z materiału dowodowego. Wnioskowanie (inferencja) dedukcyjne to uprawnione, a jednocześnie niezbędne, narzędzie w rozumowaniu i perswazji oskarżyciela publicznego. Prokurator w czasie procesu może podnosić również kwestie wykraczające poza materiał dowodowy, które stanowią wiedzę uniwersalną bądź są „ilustracjami czerpanymi z powszechnego doświadczenia, historii czy literatury”¹¹.

Amerykańskie *case law* oraz doktryna prawnicza uznają szeroką swobodę argumentacyjną, a zarazem wolność słowa tak obrońcy, jak i prokuratora, zwłaszcza w mowie końcowej (*closing arguments*). Argumentacja w tej fazie procesu nie musi być „sterylna i pozbawiona pasji”¹². Prokuratorowi w artykułowaniu swoich racji wolno sięgać do szerokiej gamy źródeł, od anegdot, żartów, satyry, biblijnych opowieści, osobistych doświadczeń, wymyślonych ilustracji i metafor, przykładów z historii do literatury pięknej włącznie¹³. Jego argumentacji nie dyskredytuje „wy-

⁸ Np. *Maine v. Sherman*, 1:17-cv-01307-AWI-JLT (E.D. Cal. 2018).

⁹ Zob. G. Maroń, Argumentacja biblijna prokuratora w świetle orzecznictwa sądów USA, *Prokuratura i Prawo* 2017, nr 6, s. 60–88.

¹⁰ Zob. ABA Criminal Justice Standards for the Prosecution Function (§ 3.6.8); National Prosecution Standards (§ 6.8.1 i 6.8.2).

¹¹ *Maine v. Sherman*; *People v. Beck*, A135537 (Cal. Ct. App. 2013); *People v. Williams*, 16 Cal.4th 153,221 (Cal. 1997); *People v. Wharton*, 53 Cal.3d 522, 567 (Cal. 1991).

¹² *Whittenburg v. Werner Enterprises*, 561 F.3d 1122, 1133 (10th Cir. 2009).

¹³ *People v. Harrison*, 35 Cal.4th 208, 248 (Cal. 2005); *State v. Reilly*, 446 A.2d 1125, 1128 (Me. 1982); C. Montz, *Why Lawyers Continue to Cross the Line in Closing Argument. An Examination of Federal and State Cases*, *Ohio Northern University Law Review* 2001, vol. 28, nr 1, s. 86–92; J. Stein, *Closing Arguments. The Art and the Law* (§ 1:14), St. Paul 2005.

razistość, barwność, pełnia dramatyzmu¹⁴. Prezentowane racje może ujmować w „mocne i ostre słowa, upiększać krasomówczymi ozdobnikami i podkreślać odpowiednimi ilustracjami¹⁵. Celem „uporządkowania faktów przedstawionych w procesie, umiejscowienia ich we właściwym kontekście i zrekonstruowania ze zbioru tych części całej sprawy” wolno mu „posługiwać się analogiami, porównaniami, aluzjami (historycznymi, poetyckimi, literackimi czy naukowymi) i innymi narzędziami retorycznymi¹⁶. Do swojego stanowiska może przekonywać „energicznie”, „z gorliwością i wigorem”, nie będąc skazanym na „dżentelmeńską grzeczność¹⁷. W doborze dopuszczalnych argumentów ograniczony jest jedynie „pokładami swego geniuszu”, tak iż „jeśli zechce, może dać wodzy swojemu dowcipowi lub rozwinąć skrzydła swojej wyobraźni¹⁸. Wolno mu „oddawać się oratorskiej próżności, stosować teatralne gesty oraz sięgać do metaforycznych aluzji¹⁹. Na prokuratora nie powinno „wkładać się retorycznego kaftana bezpieczeństwa” i oczekiwać „zawsze pasywnego głosu czy ciągłego podkreślania, że to co mówi jedynie komunikuje materiał dowodowy²⁰. W „oratorskim upiększaniu” swej argumentacji nie ma nic z konieczności sprzecznego z wymogami rzetelnego procesu²¹.

Odwołania do literatury pięknej mieszczą się w szerokiej gamie argumentów i środków ekspresji pozostających do dyspozycji prokuratora i obrońcy. Sam fakt posłużenia się przez prokuratora beletrystycznym wątkiem „nie czyni jego uwag niewłaściwymi²². Wręcz przeciwnie, literackie aluzje są „tradycyjnym i akceptowalnym argumentem²³, stanowią część amerykańskiego „dziedzictwa prawnego i języka²⁴, przy pomocy których można „ożywić mowę końcową²⁵, „zilustrować” czy „podać pod rozwagę” pewne prawnie doniosłe kwestie²⁶. Literackie odwołania proku-

¹⁴ Chicago N.W. Ry. Co. v. Kelly, 84 F.2d 569, 576 (8th Cir. 1936).

¹⁵ F. B u s c h, Law and Tactics in Jury Trials, Indianapolis 1950, s. 431.

¹⁶ State v. Hilt, 322 P.3d 367, 373 (Kan. 2014).

¹⁷ Maine v. Sherman; Gasaway v. State, 547 N.E.2d 898, 902 (Ind. Ct. App. 1990).

¹⁸ Evans v. Town of Trenton, 20 S.W. 614, 616. (Mo. 1892).

¹⁹ Wilhelm v. State, 272 Md. 404, 413 (Md. 1974).

²⁰ State v. Perkins, 271 Conn. 218, 268 (Conn. 2004).

²¹ People v. Strock, 252 P.3d 1148, 1153 (Colo. App. 2010).

²² State v. Thompson, 266 Conn. 440, 463–65 (Conn. 2003).

²³ Maine v. Sherman.

²⁴ Standard Fire Ins. Co. v. Reese, 584 S.W.2d 835, 838 (Tex. 1979).

²⁵ People v. Warrick, A131787 (Cal. Ct. App. 2012).

²⁶ State v. King, W2001–02823–CCA–R3–CD (Tenn. Crim. App. 2003); Com. v. Carter, 2004 PA Super 291, 889 (Pa. Super. Ct. 2004).

ratora traktowane są jako „retoryczny zabieg”²⁷ świadczący o jego „oratorskim sprycie”²⁸.

Daleko posunięta swoboda argumentacyjna prokuratora nie jest jednak absolutna. Jak powyżej wskazano, argumenty oskarżyciela publicznego muszą sprowadzać się do komentowania dowodów i wniosków z nich wyprowadzonych²⁹. Ponadto możliwość posługiwania się przez prokuratora „elokwencją, umiejętnościami oratorskimi, ilustracjami, metaforami, anegdotami czy literackimi odniesieniami” nie legitymuje go do „wzbudzania uprzedzeń” wobec oskarżonego³⁰. Zabiegi retoryczne nie mogą być obliczone na przekonanie ławy przysięgłych o winie oskarżonego w oparciu nie o dowody, ale płomienne emocje bądź inne prawnie nieistotne czy wprost zabronione czynniki, jak np. rasa lub religia oskarżonego³¹.

Zgodnie z linią orzecniczą amerykańskich sądów odwoławczych uchylenie zaskarżonego orzeczenia z powodu argumentacji prokuratora w trakcie procesu jest uzależnione od niewłaściwości poczynionych przez niego uwag oraz ich szkodliwości dla oskarżonego³². Obie przesłanki muszą być spełnione koincydentnie. W niektórych stanach zachowanie prokuratora jednocześnie niewłaściwe (*improper*) i szkodliwe (*prejudicial*) dla oskarżonego kwalifikuje się jako błąd prokuratora (*misconduct*). W innych stanach błędem prokuratora (*misconduct*) jest już samo zachowanie niewłaściwe, ale tylko wówczas stanowi ono podstawę do uchylenia orzeczenia (*reversible error*), jeśli było *in concreto* szkodliwe dla oskarżonego. Wskazana różnica jest zatem natury konceptualnej i bez większego praktycznego znaczenia. Bez względu na to, czy pojęcie „błąd” rozumieć w jeden czy drugi sposób, to i tak o zasadności zarzutu odwoławczego dotyczącego argumentacji prokuratora decyduje nieprawidłowość i szkodliwość tej argumentacji.

Szkodliwość niewłaściwego zachowania prokuratora najogólniej sprowadza się do istotnego bądź racjonalnego prawdopodobieństwa, iż zachowanie to wpłynęło na wydanie przez ławę przysięgłych werdyktu skazującego, ewentualnie też określonego werdyktu odnośnie do kary³³.

²⁷ Thompson, 266 Conn. 464–65.

²⁸ Carter, 2004 PA Super 889.

²⁹ Williams, 16 Cal.4th 221.

³⁰ White v. State, 125 Md. App. 684, 705 (Md. Ct. Spec. App. 1999).

³¹ Strock, 252 P.3d 1153.

³² Darden v. Wainwright, 477 U.S. 168, 180–181 (1986).

³³ Najważniejsza kategoria spraw, w których werdykt w przedmiocie kary wydaje – w większości stanów – również ława przysięgłych, a nie sąd, to sprawy, w których oskarżonemu grozi kara śmierci (*capital cases*).

Błąd prokuratora stanowi podstawę uchylenia wyroku, jeśli nazaczył postępowanie karne taką niesprawiedliwością czy nieuczciwością, że będący ich rezultatem wyrok byłby zaprzeczeniem prawa oskarżonego do rzetelnego procesu³⁴. O uchybieniu prokuratora skutkującym istotną wadliwością procesu można mówić zwłaszcza wówczas, gdy posłużył się on „nieuczciwością”, „nagannymi czy zwodniczymi metodami”³⁵, „podstępem bądź oszustwem”³⁶. Innymi słowy, konieczność uchylenia wyroku ze względu na uwagi prokuratora w trakcie procesu zachodzi wtedy, jeśli „ich nieuniknionym następstwem było wywołanie stronniczości u przysięgłych, zrodzenie w ich umysłach uprzedzeń i wrogości wobec oskarżonego, tak iż nie byli w stanie obiektywnie ocenić dowodów i wydać prawdziwy werdykt”³⁷.

W orzecznictwie sądów USA wyraźnie rozgranicza się kwestię bezprawności uwag oskarżyciela publicznego podczas procesu od ich stosowności. Zarzuty dotyczące błędu prokuratora (*misconduct*) sprowadzają się do tego, czy oskarżonego pozbawiono uczciwego procesu, a nie tego czy został pozbawiony „idealnego procesu”³⁸. Do przyjęcia szkodliwości argumentów prokuratora kwestionowanych w srodoku odwoławczym nie wystarczy, że były one „niepożądane a nawet powszechnie potępione”³⁹.

Ocenę tak niewłaściwości zachowania prokuratora, jak i jego szkodliwości dokonuje się kontekstualnie, a nie ze względu na to zachowanie *per se*. Zwykle bardziej sporna jest kwestia szkodliwości argumentacji prokuratora, jakkolwiek i w przedmiocie nieprawidłowości spożytkowanych przez oskarżyciela publicznego argumentów sądy nie zawsze dochodzą do zgodnych wniosków.

II.

Większości przypadków sięgania przez prokuratora do literatury pięknej czy filmów fabularnych i animowanych ma miejsce w tzw. mowie końcowej. Rzadziej tego typu argumentami oskarżyciele publiczni posługują się w tzw. mowie otwierającej (*opening statement*) czy w fazie wyłaniania przysięgłych (*voir dire*). Odwołania beletrystyczne (filmowe)

³⁴ *Donnelley v. DeChristoforo*, 416 U.S. 637, 643 (1974).

³⁵ *People v. Baker*, 207 Cal.App.2d 717, 724 (Cal. Ct. App. 1962).

³⁶ *State v. Grant*, 72004-0-1 (Wash. Ct. App. 2015).

³⁷ *Com. v. Kemp*, 562 Pa. 154, 162 (Pa. 2000).

³⁸ *Ibidem*.

³⁹ *Darden*, 477 U.S. 181.

w mowie otwierającej są problematyczne ze względu na samą naturę tego etapu procesu. Mowa otwierająca nie powinna bowiem zawierać argumentacji, a jedynie sprowadzać się do wskazania, co prokurator będzie chciał w trakcie procesu wykazać w oparciu o materiał dowodowy⁴⁰.

Oskarżeni najczęściej w beletrystycznych czy filmowych odniesieniach prokuratora doszukują się naruszenia swojego prawa do rzetelnego procesu przed bezstronnym sądem i ławą przysięgłych, gwarantowanego w VI i XIV poprawce do Konstytucji USA. Od strony formalnoprawnej zarzuty odwoławcze przyjmują różną postać. W apelacji podnosi się zwykle to, że oskarżyciel publiczny poprzez literackie (filmowe) aluzje wzbudzał u przysięgłych płomienne emocje i uprzedzenia, ośmieszał i poniżał oskarżonego bądź jego obrońcę, odnosił się do charakteru oskarżonego jako *implicite* dowodu zasadności zarzucanych mu czynów⁴¹, nawiązywał do kwestii procesowo bezprzedmiotowych gdyż nie dotyczących dowodów ani wniosków wyprowadzonych z materiału dowodowego.

Z reguły kwestionowane w postępowaniu odwoławczym literackie czy filmowe aluzje prokuratura sprowadzają się do porównania oskarżonego lub obrońcy czy ich zachowań. Rzadziej w apelacji zarzuca się, że prokurator literacką (filmową) fabułę lub postać zestawił ze świadkami obrony czy biegłymi⁴², ewentualnie porównał samą sprawę do utworu literackiego czy filmu⁴³.

Sądy odwoławcze weryfikując zasadność zarzutu odwoławczego dotyczącego literackich (filmowych) odniesień prokuratora w trakcie procesu biorą pod uwagę kilkanaście kryteriów. Ich rozważania są nie tylko kontekstualne, ale i w niemałym stopniu kazuistyczne oraz niuansowe.

Okolicznością uwzględnianą, często w pierwszej kolejności, jest to, czy oskarżony lub obrońca w reakcji na argumentację prokuratora podnieśli w trakcie jej trwania sprzeciw (*objection*), kwestionując jej prawną dopuszczalność, względnie postulowali udzielenie prokuratorowi upomnienia (*admonishment*) lub wnioskowali o rozpoczęcie procesu od no-

⁴⁰ Singleton v. Smith, 15–cv–355–wmc (W.D. Wis. 2017).

⁴¹ Prawo stanowione lub precedensowe w większości stanów zabrania prokuratorowi powoływania się na charakter czy cechę charakteru oskarżonego do udowodnienia zgodnego z nimi działania oskarżonego w konkretnej sytuacji. Dowód taki może być przeprowadzony w drodze wyjątku tylko celem odparcia odwrotnej argumentacji oskarżonego bądź obrońcy.

⁴² State v. King (prokurator porównał biegłego psychiatrę do „Królowej Kier” z „Alicji w Krainie Czarów”).

⁴³ State v. Edwards, 45764–4–II (Wash. Ct. App. 2016) (prokurator porównał sprawę do kinowego hitu „Pulp Fiction”).

wa (*mistral*). Brak sprzeciwu sprawia, iż oskarżony zasadniczo nie może w ogóle później w apelacji powołać się na dany rzekomy błąd, tj. zarzut taki jest przez sąd odwoławczy pozostawiany bez rozpoznania z przyczyn formalnych. Od reguły tej istnieje istotny wyjątek. Oskarżony może w postępowaniu odwoławczym kwestionować zachowanie prokuratora, wobec którego nie podniesiono sprzeciwu w postępowaniu pierwszoinstancyjnym, jeśli zarzucane zachowanie prokuratora stanowiło „rażący” (*flagrant*) czy „ewidentny” (*plain*) błąd i ewentualnie było podjęte też w złej woli (*ill-intentioned*). Przy takiej bowiem naturze uchybienia prokuratora żadna instrukcja sędziego sądu pierwszej instancji nie byłaby w stanie zniwelować szkody, jaką na skutek tego uchybienia poniósł oskarżony.

W kontekście rozpatrywanej w artykule kategorii spraw zwraca uwagę to, że sądy odwoławcze, nawet jeśli stwierdzały proceduralną niedopuszczalność zarzutu wobec literackiego czy filmowego odwołania prokuratora, to i tak mimo to nierzadko ustosunkowywały się do *meritum* tego zarzutu, finalnie kwestionując jego zasadność. Praktykę tę można tłumaczyć dwojako. Z jednej strony przejawia się w niej tzw. dyskursywny model uzasadniania orzeczeń, w którym sąd chcąc wzmocnić siłę perswazyjną swojego stanowiska postanawia odnieść się do każdego z twierdzeń strony postępowania⁴⁴, nawet tego merytorycznie ewidentnie „frywolnego” i „gołosłownego” czy tego proceduralnie bezprzedmiotowego. Po drugie, rozpoznanie zarzutu co do błędu prokuratora – w sytuacji braku takiej potrzeby, skoro wobec tego rzekomego błędu nie podniesiono sprzeciwu przed sądem pierwszej instancji – może uzasadniać ekonomia procesowa. Sąd odwoławczy *ex ante* chce ustosunkować się wobec potencjalnie zgłoszonego później, w kolejnym środku odwoławczym, zarzutu nieefektywnej obrony. Stwierdzając, że prokurator posługując się literackim (filmowym) porównaniem czy ilustracją nie popełnił błędu, tym samym kwestionuje zasadność możliwego zarzutu, że obrońca oskarżonego nie podnosząc sprzeciwu w trakcie procesu, w konsekwencji pozbawił oskarżonego prawo do efektywnej obrony, gwarantowanej VI poprawką do federalnej konstytucji⁴⁵.

Sądy apelacyjne przywiązują wagę do tego, czy zachodzi, i jak wyraźne jest, podobieństwo między treścią bądź przesłaniem literackiej (filmowej) aluzji a stanem faktycznym sprawy. Dostrzeżenie takiego podobieństwa sprawia, że beletrystyczne (filmowe) odwołanie można potraktować jako komentarz do materiału dowodowego sprawy, co – jak powy-

⁴⁴ I. Rzućciło-Grochowska, Strategie i techniki formułowania uzasadnień orzeczeń sądowych, RPEiS 2017, nr 2, s. 64.

⁴⁵ People v. Beck; State v. Grant.

żej zaznaczono – stanowi podstawowy warunek prawidłowości argumentacji prokuratora. Komentarz ten musi być jednak „uczciwy” czy „racjonalny”. Beletrystyczne (filmowe) odniesienia nie mogą błędnie przedstawiać materiału dowodowego, zniekształcać jego wymowy. Podobnie niedopuszczalne byłoby posługiwanie się nimi w sposób podważający prawa procesowe oskarżonego, np. sugerowanie, że na winę oskarżonego wskazuje odmówienie przez niego składania wyjaśnień.

Przykładowo w sprawie *State v. Hilt* prokurator przywołał kinowy przebieg „Chłopcy z ferajny”, porównując sprawę będącą przedmiotem procesu do sceny z filmu, w której sprawcy wrzucili ciężko pobitą ofiarę do bagażnika samochodu, a kiedy podczas jazdy na podstawie odgłosów wydobywających się z bagażnika zorientowali się, że ofiara wciąż żyje, zatrzymali pojazd i dokonali aktu zabójstwa. Sąd odwoławczy podkreślił, iż prokurator w swojej argumentacji może posłużyć się filmowymi porównaniami, a granicę dla tej formy prokuratorskiej retoryki wyznaczają podobieństwa i odmienności pomiędzy filmową sceną a faktami sprawy. Dostrzegając *in concreto* takie podobieństwo sąd uznał, że filmowa aluzja „uporządkowała fakty i usytuowała je we właściwym kontekście całego oglądu sprawy prezentowanego przez prokuraturę”. Do zaliczenia kryterium podobieństwa nie jest wymagany brak jakichkolwiek różnic pomiędzy filmową fabułą a rozpatrywanym przestępstwem. W ocenie sądu nawiązanie przez prokuratora do „Chłopców z ferajny” było dopuszczalne pomimo tego, że w sprawie nie było pewne – inaczej niż w samym filmie – czy ofiara w chwili wyrzucenia jej z bagażnika samochodu jeszcze żyła⁴⁶.

W kolejnej sprawie, *People v. Scherer*, sąd orzekł, że prokurator nie popełnił błędu, nawiązując do książki Toma Brokawa „The Greatest Generation” opisującej Amerykanów, którzy swoją pełnoletniość osiągnęli w czasach Wielkiego Kryzysu. Zdaniem sądu odwoławczego zaliczenie dziadka oskarżonego, będącego świadkiem w procesie, do „*greatest generation*” nie było odwołaniem do faktów spoza materiału dowodowego, skoro wiek dziadka odnotowano w aktach sprawy. Literacką aluzję prokuratora potraktowano za prawidłowo wyprowadzony wniosek z materiału dowodowego⁴⁷.

Podobnie w sprawie *State v. James* uznano, że prokurator mógł nazwać argumentację obrony – zgodnie z którą to oskarżony działał w obronie koniecznej, a nie jego ofiara – za argumentację, w której wszystko jest wywrócone do góry nogami niczym w „Po drugiej stronie lustra” Lewisa Carrolla. Zdaniem sądu oskarżyciel publiczny w swoim

⁴⁶ Hilt, 322 P.3d 384–85.

⁴⁷ *People v. Scherer*, A132585 (Cal. Ct. App. 2013).

literackim odniesieniu opierał się bowiem na materiale dowodowym, a nie mu przeczył⁴⁸.

Nie bez znaczenia w ocenie zasadności zarzutu odwoławczego dotyczącego zachowania prokuratora pozostaje to, czy obrońca lub oskarżony posługując się literackimi (filmowymi) odwołaniami poniekąd nie „sprowokowali” prokuratora do uczynienia tego samego. Zgodnie z tzw. doktryną podobnej odpowiedzi (*reply-in-kind*) oskarżyciel jest uprawniony do zareagowania na argumenty obrońcy analogicznymi racjami, nawet jeśli jego wypowiedź w innym wypadku byłaby niedopuszczalna. Tego wymaga przywrócenie właściwej równowagi pomiędzy oskarżycielem a obrońcą, bez której z kolei podważeniu ulega zasada kontrydiktoryjności. W sprawie *Stewart v. Trierweiler* dotyczącej zabójstwa prokurator przywołał słowa z filmu „Gladiator”: „Czy Rzym warty jest życia jednego dobrego człowieka? Kiedyś tak uważaliśmy...Sprawcie, abyśmy uwierzyli w to ponownie. On (ofiara – dop. Autora) był żołnierzem Rzymu. Uczcijcie go”. W ocenie sądu nawet jeśli argumentację prokuratura znamionowała „nadmierną teatralizacją”, to odpowiedzialność za to ponosi nie tylko on. Argumentacja obrońcy również była „aktorska”. Zdaniem sądu obrona nie może dziwić się, że w reakcji na własne literackie odniesienie prokurator jako drugi w kolejności posłużył się tym samym. Sąd poczynił też dystynkcję na stosowność i bezprawność argumentacji prokuratora: „Nie chodzi o to czy przywołanie «Gladiatora» było dobrym pomysłem bądź właściwe, ale to czy *in concreto* pozbawiono oskarżonego uczciwego procesu. Nic takiego nie miało miejsca”⁴⁹.

Literacka (filmowa) aluzja prokuratora może uchodzić za reakcję na argumentację obrony niekoniecznie tylko wówczas, gdy obrona też posłużyła się literackimi (filmowymi) odniesieniami. Wystarczy, że argument prokuratora pozostawał w związku treściowym i funkcjonalnym z twierdzeniami obrony. W sprawie *State v. Anthony* w odpowiedzi na kwestionowanie przez obrońcę dokładności dochodzenia przeprowadzonego przez policję, prokurator porównał obrońcę i oskarżonego do Czarnoksiężnika z Krainy Oz. Zwrócił się do przysięgłych, aby zamiast słuchać tego, co mówi obrońca o rzekomych brakach w materiale dowodowym, spojrzeli niczym bajkowy Toto „za kurtynę”, aby tam dostrzec prawdziwą postać oskarżonego. Według sądu prokurator w sposób dozwolony jedynie odpowiadał „barwnym językiem” na argumentację obrońcy⁵⁰.

⁴⁸ *State v. James*, AC 34715 (Conn. App. Ct. 2015).

⁴⁹ *Stewart v. Trierweiler*, 867 F.3d 633 (6th Cir. 2017).

⁵⁰ *State v. Anthony*, 282 Kan. 201, 210–12 (Kan. 2006).

Ważnym kryterium w ocenie zasadności środka odwoławczego dotyczącego argumentacji prokuratora jest zachowanie sędziego prowadzącego proces. W szczególności liczy się to, czy sędzia ten udzielił przysięgłym instrukcji i pouczeń odnośnie do literackich (filmowych) aluzji prokuratora. W wielu sprawach o braku szkodliwości takich aluzji dla oskarżonego współdecydowało to, że sąd pierwszej instancji wyraźnie podkreślił, iż nie stanowią one obowiązującego prawa ani dowodu. Niekiedy sądy odwoławcze za wystarczające uznawały, że sędzia prowadzący proces ogólnie poinstruował przysięgłych o obowiązku kierowania się obowiązującym prawem i materiałem dowodowym, nawet nie odnosząc się *expressis verbis* do beletrystycznych (filmowych) porównań i metafor oskarżyciela. Na gruncie prawa precedensowego przyjmuje się domniemanie, że przysięgli uwzględnili instrukcje sądu.

Istotnym czynnikiem w ustalaniu, czy niewłaściwe zachowanie prokuratora konstytuuje *reversible error* jest waga dowodów obciążających oskarżonego. Im silniejsze niesporne dowody przemawiające przeciwko niemu, tym większy sceptycyzm sądów odwoławczych przed uchyleniem wyroku z powodu błędu prokuratora. Zasadnie zakłada się bowiem wówczas, że w świetle racjonalnego prawdopodobieństwa ława przysięgłych i tak wydałaby werdykt skazujący, nawet gdyby prokurator nie dopuścił się kwestionowanego w apelacji uchybienia. Siła niewątpliwych dowodów przemawiających przeciwko oskarżonemu niweluje groźbę, że to akurat błąd prokuratora był czynnikiem sprawczym, w sensie przyczynowo-skutkowym, dla takiego a nie innego rozstrzygnięcia ławy przysięgłych.

Niekiedy sądy odwoławcze rozgraniczają literackie (filmowe) aluzje prokuratora odnoszące się *ad personam* do oskarżonego lub jego obrońcy od tych mających charakter *ad rem* i dotyczących faktów sprawy oraz argumentów obrony. Przykładowo w sprawie *State v. Grant* orzeczono, że prokuratorowska aluzja do bajkowego świata z „Alicji po drugiej stronie lustra” nie była adresowana do obrońcy jako osoby, lecz służyła uwypukleniu irracjonalności i absurdalności argumentacji adwokata. Sąd Apelacyjny stanu Waszyngton podkreślił, że nie można wymowy bajkowej wzmianki zrównywać z niedozwolonym zarzucaniem obrońcy oszustwa czy nieuczciwości⁵¹. Dystynkcja na literackie (filmowe) odniesienia *ad personam* i *ad rem* jest sprawą bardzo dyskrecjonalną, zależną od subiektywnych ocen sądów odwoławczych.

Na ocenę szkodliwości beletrystycznych (filmowych) odwołań prokuratora wpływa również to, czy literacki bądź filmowy bohater, z którym ze-

⁵¹ *State v. Grant*.

stawiono oskarżonego jest postacią pozytywną czy czarnym charakterem. Porównanie oskarżonego do fikcyjnej postaci ukazywanej w książce bądź w filmie w pozytywnym świetle trudno uznać za procesowo szkodliwe dla tego oskarżonego, np. poczynienie aluzji do Batmana czy Supermana⁵². Sąd Apelacyjny stanu Kalifornia oceniając zachowanie prokuratora, który w procesie nazwał sprawę „sprawą typu Perry Mason”, zauważył, że postać fikcyjnego adwokata to uczciwy człowiek, którego klienci bardzo rzadko okazują się winni⁵³.

W swoich rozważaniach sądy odwoławcze biorą pod uwagę, czy oskarżony miał możliwość w trakcie procesu odpowiedzi na kwestionowaną w apelacji argumentację prokuratora. Krytyka trafności literackiego (filmowego) odniesienia przez oskarżonego bądź jego obrońcę poczyniona podczas procesu podważa, a co najmniej osłabia, siłę oddziaływania takiego odniesienia na rozumowanie i rozstrzygnięcie przysięgłych.

Za relewantne sądy traktują ponadto obszerność literackiej (filmowej) aluzji prokuratora na tle całej jego argumentacji. W jednej ze spraw sąd zauważył, że odczytany przez prokuratora wiersz upamiętniający zamordowanego policjanta w zaprotokołowanej wersji liczył zaledwie 10 wersetów wobec 75 stron mowy końcowej oskarżyciela publicznego i tysięcy stron stenogramu z całego procesu⁵⁴. W innej sprawie jako argument za nieszkodliwością przywołania przez prokuratora bajki potraktowano to, że literacka aluzja liczyła 4 z 45 stron stenogramu mowy końcowej oskarżyciela. Sąd odwoławczy za dowód braku zdolności aluzji do oddziaływania na przysięgłych potraktował też okoliczność, że ława uznała oskarżonego winnym niektórych zarzutów, ale niewinnym pozostałych⁵⁵.

Wydaje się, że najbardziej subiektywnym w swej naturze – na tle powyżej wskazanych – jest kryterium każące uwzględnić to, czy prokurator sięgając do literackiej (filmowej) aluzji działał w złej wierze.

Nie zawsze to zachowanie prokuratora posiłkującego się literackimi (filmowymi) aluzjami jest z procesowego punktu widzenia głównym przedmiotem zarzutu apelacyjnego. Niekiedy oskarżony jako podstawę uchylecia wydanego w jego sprawie orzeczenia wskazuje nie tyle błąd prokuratora, co podnosi zarzut nieefektywnej obrony lub zarzut nadużycia przez sąd pierwszej instancji dyskrecjonalnej władzy w związku z literackim czy filmowym odniesieniem prokuratora. Oskarżony twierdzi za-

⁵² Palmer v. State, 153 Ind. App. 648, 673 (Ind. Ct. App. 1972).

⁵³ People v. Crawford, 253 Cal.App.2d 524, 534 (Cal. Ct. App. 1967).

⁵⁴ U.S. v. Berrios, 676 F.3d 118, 135 (3d Cir. 2012). Zob. też Pruit v. Wilson, 3:09cv380RLM (N.D. Ind. 2012); Lambert v. McBride, 365 F.3d 5557 (7th Cir. 2004).

⁵⁵ State v. Washington, 521 N.W.2d 35, 40 (Minn. 1994).

tem, że jego prawo do obrony zostało naruszone w sytuacji, gdy reprezentujący go adwokat w reakcji na literacką (filmową) aluzję prokuratora nie podniósł sprzeciwu, nie zwrócił się do sędziego prowadzącego proces o upomnienie prokuratora czy o udzielenie przysięgłym pouczenia co do procesowej bezprzedmiotowości aluzji ani nie złożył wniosku o rozpoczęcie procesu od nowa⁵⁶.

Uchylenie zaskarżonego orzeczenia z powodu nieefektywnej obrony może mieć miejsce, jeśli działanie czy zaniechanie adwokata nie spełniało dominujących standardów właściwych dla profesji obrońcy i jednocześnie skutkowało szkodą dla oskarżonego. Nieefektywna obrona była źródłem szkód dla oskarżonego, jeśli w świetle wszystkich okoliczności sprawy zachodzi racjonalne prawdopodobieństwo, że ława przysięgłych mogłaby wydać inny werdykt niż ten rzeczywiście przegłosowany, gdyby adwokat nie dopuścił się uchybienia.

Podobnie zarzut nadużycia przez sąd pierwszej instancji dyskrecjonalnej władzy uchodzi za zasadny, gdy niewłaściwość postępowania sądu była oczywistej natury i zarazem skutkowało to szkodą dla oskarżonego. W sprawie *Com. v. Martinez* orzeczono, że sędzia sądu pierwszej instancji nie popełnił błędu, nie uwzględniając wniosku oskarżonego o zakazanie prokuratorowi posługiwania się w trakcie procesu pseudonimem oskarżonego „Pinokio”⁵⁷. W sprawie *Bowles v. State* za mieszczące się w zakresie dyskrecjonalnej władzy uznano zezwolenie przez sędziego, wbrew sprzeciwowi obrońcy, na przeczytanie przez prokuratora wiersza, w którym oskarżonego przyrównano do karalucha⁵⁸. W sprawie *State v. Taylor* rozstrzygnięto, że sąd pierwszej instancji nie popełnił błędu, nie interweniując z urzędu na argumentację prokuratora, w której nawiązano do filmów grozy „Koszmar z ulicy więzów” i „Psycho”⁵⁹. Podobnie w sprawie *Beasley v. State* nie doszukano się błędu w wyrażeniu przez sędziego prowadzącego proces zgody prokuratorowi na pokazanie przysięgłym filmu „Urodzeni mordercy”⁶⁰.

Prokuratorzy w swojej argumentacji sięgają do różnych gatunków literackich, od bajek po dramaty. Studium orzecznictwa pozwala wyróżnić kilka literackich utworów, które cieszą się większą od innych popularno-

⁵⁶ *Pruitt v. Wilson*; *People v. Warrick*; *Perkins*, 271 Conn. 268.

⁵⁷ *Com. v. Martinez*, 458 Mass. 684, 697–98 (Mass. 2011). Sąd uznał za bardziej prawdopodobne, że przysięgli skojarzą przydomek „Pinokio” z wyglądem oskarżonego niż z jego nawykiem kłamania.

⁵⁸ *Bowles v. State*, 737 N.E. 2d 1150, 1154 (Ind. 2000).

⁵⁹ *State v. Taylor*, 739 S.E.2d 627 (N.C. Ct. App. 2013).

⁶⁰ *Beasley v. State*, 269 Ga. 620–626 (Ga. 1998).

ścią wśród oskarżycieli publicznych. Ponadprzeciętny potencjał argumentacyjny amerykańscy prokuratorzy dostrzegają w twórczości Lewisa Carrolla, zwłaszcza w książkach „Alicja w krainie czarów” i „Alicja po drugiej stronie lustra”. Wskazując na niedorzeczność i bezpodstawność argumentacji oskarżonego czy obrońcy przyrównywali linię obrony do bajkowego świata Alicji, w którym wszystko jest na opak i wbrew wszelkiej prawidłowości. Sądy odwoławcze podkreśliły, że nawiązanie do przygód Alicji miało na celu pokazanie, iż w przeświadczeniu prokuratora uznanie oskarżonego za niewinnego oznaczałoby całkowite zignorowanie przez przysięgłych dowodów, poprawnego rozumowania i zdrowego rozsądku. Przyjęcie wersji zdarzenia przedstawionej przez obronę czy wzięcie za jej radą pod uwagę absolutnie wszelkich hipotetycznych możliwości przebiegu zdarzenia wymagałoby „zejścia z rzeczywistości do absurdu”⁶¹, „przejścia przez lustro i podążania za białym królikiem do króliczej nory”, czyli obrania za punkt odniesienia przepojonego chaosem „świata fantazji, w którym to, co irracjonalne dominuje nad tym, co logiczne”⁶².

Podobną funkcję zdyskredytowania argumentacji obrony pełniło nawiązanie przez prokuratora do opowieści autorstwa Victora Hugo o ośmiornicy. Oskarżyciel za francuskim pisarzem wskazał, że ośmiornica nie ma szponów aby atakować jak ptak, nie posiada pazurów jak lew, ani zębów jak aligator, za to podczas niebezpieczeństwa wpuszcza do wody atrament, który zaciemnia wodę tak, iż niedostrzeżona przez wrogów może uciec. Według prokuratora obrońca kwestionując rzetelność materiału dowodowego próbował zmącić wodę niczym ośmiornica⁶³.

Innym popularnym wśród amerykańskich oskarżycieli publicznych motywem literackim jest historia o „Czerwonym Kapturku”. Prokuratorom zdarzało się zestawiać oskarżonego z postacią wilka ze wskazanej bajki. W jednej ze spraw sąd odwoławczy uznał, że porównanie oskarżonego do wilka przebranego za babcię było odpowiednie, skoro oskarżony działał przy pomocy podstępny, tak samo jak bajkowy drapieżnik. Zdaniem sądu prokurator posłużył się literacką aluzją w ramach dopuszczalnej oceny materiału dowodowego⁶⁴. Inny prokurator czyniąc analogię między oskarżoną a przebiegłym wilkiem zaznaczył, że bajka ta uczy o tym, iż nie wszystko jest takie, jak się na pierwszy rzut oka wydaje. Poprosił

⁶¹ State v. Grant.

⁶² Thompson, 266 Conn. 463–65. Zob. też State v. Cotton, 77 Conn. App. 749, 774, (Conn. App. Ct. 2003); State v. King.

⁶³ Carter, 2004 PA Super 889. Zob. też State v. Rodriguez, 269 Kan. 633, 642 (Kan. 2000).

⁶⁴ Williams v. State, 377 So.2d 634, 639 (Ala. Crim. App. 1979).

w związku z tym przysięgłych, aby bardziej wnikliwie przypatrzyli się oskarżonej i spojrzeli za jej maskę, niczym Czerwony Kapturek, który im głębiej wchodził w relacje z wilkiem, tym bardziej uświadamiał sobie, że coś jest nie tak⁶⁵. W kolejnej sprawie prokurator do spotkania Czerwonego Kapturka z wilkiem porównał z kolei seksualne wykorzystanie dziewczynki przez oskarżonego w lesie⁶⁶.

W co najmniej kilku sprawach odwoławczych kwestionowano zarzucanie oskarżonemu czy jego obrońcy kłamstwo, poprzez porównywanie ich z Pinokiem. Niektóre sądy stanęły na stanowisku, że wykorzystanie przez prokuratora bajkowej postaci do dezawuowania wiarygodności oskarżonego jest dopuszczalne⁶⁷. Dla innych porównanie takie było niewłaściwe⁶⁸.

Case law sądów odwoławczych pokazuje też utylitarny charakter bajek Ezopa dla prokuratorów. W sprawie *State v. Washington* prokurator przywołał utwór greckiego bajkopisarza o skorpionie i żółwiu. Oskarżonego porównał do bajkowego skorpiona, sugerując, że zabijanie jest w jego naturze. Prokurator m.in. zacytował słowa skorpiona, który na pytanie żółwia: „Dlaczego użądliłeś mnie?”, odpowiedział: „Nic na to nie poradzę. Taka jest moja natura”. Następnie prokurator ironicznie stwierdził, że oskarżony strzelając do ofiary „Nie mógł nic na to poradzić”. Co prawda sąd odwoławczy uznał niniejsze odniesienie literackie za niewłaściwe, gdyż dotyczące charakteru oskarżonego, ale zarazem nie doszukiwał się w nim szkodliwości skutkującej koniecznością uchylenia wyroku skazującego⁶⁹.

W innych sprawach sądy nie tylko, że nie uchyliły zaskarżonych wyroków z powodu aluzji prokuratora do bajek Ezopa, ale w ogóle nie uznały ich za niewłaściwe. W sprawie *State v. Smith* prokurator nawiązał do bajki o wronie, która obmyśliła plan, jak mogłaby napić się z dzbana. Za morał płynący tej bajki wskazał, że „Potrzeba jest matką wynalazku”. Jego zdaniem oskarżony to właśnie pod wpływem doraźnej potrzeby w ramach procesowej taktyki zmienił swoje wcześniejsze wyjaśnienia. Sąd odwoławczy wyraził trafną opinię, w myśl której przekonująca argumentacja „jest bardziej sztuką niż nauką”, a argument mieszający się

⁶⁵ *State v. Burroughs*, A-4590-14T2 (N.J. Super. Ct. App. 2017).

⁶⁶ *Singleton v. Smith*.

⁶⁷ *Muse v. D'Ilio*, No. 11-4068 (D.N.J. 2016); *People v. Tolliver*, 347 Ill. App.3d 203, 227 (Ill. App. Ct. 2004) (prokurator nazwał alibi podane przez oskarżonego „kłamstwem, które zawstydziliby Pinokia”).

⁶⁸ *People v. Kidd*, 175 Ill.2d 1, 53-54 (Ill. 1996).

⁶⁹ *Washington*, 521 N.W.2d 38-40.

w akceptowanych granicach nie może być traktowany jako wadliwy tylko dlatego, że jest „barwny”. W ocenie sądu prokurator posłużył się bajką do zakwestionowania wiarygodności oskarżonego. Niepotrzebne natomiast i mało odkrywcze, wręcz zalatujące truizmem, było stwierdzenie sądu, że „prokurator nie sugerował, aby oskarżony był wroną”⁷⁰.

Czasami prokuratorzy sięgają do beletrystyki czy kina nie w poszukiwaniu analogii, a w celu skonfrontowania rzeczywiście popełnionych przestępstw, o które czynią zarzuty oskarżonym, z literacką bądź filmową fikcją. W sprawie *State v. Saez* sąd orzekł, że prokurator mógł przekonywać o prawdziwości zeznań seksualnie wykorzystanej pokrzywdzonej, przeciwstawiając to, co powiedziała zmyślonym historiom z powieści Johna Grishama. Zdaniem sądu prokurator nie podrasował wiarygodności pokrzywdzonej, a tylko wskazywał na prawdziwość jej wersji zdarzenia w świetle materiału dowodowego⁷¹. Z kolei w sprawie *State v. Taylor* sąd za dopuszczalne potraktował nawiązanie przez prokuratora do filmów grozy „Psycho” i „Koszmar z ulicy wiązów” i ich głównych bohaterów (odpowiednio Norman Bates i Freddie Kruger). W ocenie sądu prokurator nie starał się wzbudzić u przysięgłych uprzedzeń wobec oskarżonego, rzekomo zrównując go z filmowymi mordercami, ale raczej oskarżyciel publiczny wzywał przysięgłych, aby skupili się na ocenie realnych dowodów w sprawie. Prokurator swoją aluzją podniósł problem możliwej utraty wrażliwości przysięgłych na zło i ludzką krzywdę, będącej następstwem powszechnej obecności w amerykańskiej popkulturze motywów z filmowych horrorów. W zasadzie prokurator swoimi uwagami przeciwstawił materiał dowodowy filmom grozy. Dał do zrozumienia, że przedmiotowa sprawa jest rzeczywista, a nie fikcyjna, a przedkładane dowody dotyczą realnych ludzkich zdarzeń, prawdziwej krwi oraz prawdziwego bólu i strachu⁷².

Amerykańskie *case law* zna też przypadki, gdzie w apelacji kwestionowano skrytykowanie przez prokuratora literackich aluzji obrońcy. W jednej ze spraw w reakcji na cytowanie przez obrońcę Lewisa Carrol-

⁷⁰ *State v. Smith*, 619 N.W.2d 766, 771 (Minn. Ct. App. 2000). Zob. też *U.S. v. Amlani*, 111 F.3d 705 (9th Cir. 1997); *People v. Johnson*, 187 Mich. App. 621 (Mich. Ct. App. 1991). Nieprzekonujący jest, znany literaturze przedmiotu, postulat uzależniający dopuszczalność posługiwania się przez prokuratora analogiami czerpanymi z literatury pięknej bądź filmów od wyraźnego wskazania przez niego, że analogie te odnoszą się do sytuacji hipotetycznych czy fikcyjnych. W. Fortune, R. Underwood, E. Imwinkelried, *Modern Litigation and Professional Handbook. The Limits of Zealous Advocacy*, Gaithersburg 2001, s. 463.

⁷¹ *State v. Saez*, 758 A.2d 894, 897 (Conn. App. Ct. 2000).

⁷² *State v. Taylor*.

la, Khalila Gidrana czy przywołanie filmu „Star Trek” prokurator stwierdził: „Nie będę mówił o Star Trek. Nie zamierzam czytać wam bajek. Nie zacytuję fragmentu utworu literackiego. Powiem wam o dowodach”. Oskarżony w apelacji podniósł, że wypowiedź prokuratora ośmieszyła i przeinaczyła argumentację obrony. Zarzutu tego nie podzielił sąd odwoławczy. Jego zdaniem, prokurator na argumentację obrony uprawniony był zareagować „językiem odpowiednim do sytuacji”⁷³.

Sporadycznie zdarza się, aby literacka (filmowa) aluzja prokuratora w trakcie procesu stała się samoistną podstawą skutecznego zarzutu odwoławczego. Miało to miejsce w sprawie *State v. Claflin*. Prokurator w mowie końcowej zacytował wiersz autorstwa Merge Piercy pt. „Rape Poem”, aby pokazać traumatyczne doświadczenia ofiary gwałtu. Sędzia prowadzący proces odrzucił sprzeciw obrońcy wobec zachowania prokuratora oraz nie uwzględnił wniosku o nowy proces. W postępowaniu odwoławczym Sąd Apelacyjny stanu Waszyngton uchylił wyrok skazujący. W jego ocenie posłużenie się przez oskarżyciela publicznego wierszem wykorzystującym żywe obrazy psychoemocjonalnych następstw będących udziałem zgwałconej kobiety było niczym innym niż niedozwolonym odwołaniem się do „uprzedzeń i emocji ławy przysięgłych”. Zdaniem sądu przywołanie przez prokuratora odrażającej natury przestępstwa i jego skutków dla osoby pokrzywdzonej jest dopuszczalne tylko wówczas, gdy nie wywołuje uprzedzeń u przysięgłych wobec oskarżonego i nie grozi wydaniem wyroku skazującego w oparciu o kryteria pozarozumowe. Sąd zauważył, że *in concreto* przeczytanie wiersza było tak szkodliwe dla oskarżonego, iż żadna reakcja sędziego prowadzącego proces nie była w stanie znieść uprzedzeń zasianych w umysłach przysięgłych przeciwko oskarżonemu. Podkreślono także, że wiersz zawierał szereg odniesień do kwestii spoza materiału dowodowego, a stawiających oskarżonego w złym świetle⁷⁴.

Nieco częściej, choć wciąż rzadko, literackie (filmowe) odniesienia prokuratura prowadzą do uchylenia orzeczenia jako jedno z kilku czy kilkunastu uchybień procesowych, które wzięte pod uwagę łącznie pozbawiły oskarżonego prawa do rzetelnego procesu⁷⁵.

Niekiedy o potraktowaniu literackiej (filmowej) aluzji za *reversible error* przesądza pewien kontekst posłużenia się nią. Egzemplifikacją takiego przypadku jest sprawa *Ruiz v State*, w której Sąd Najwyższy Florydy uchylił wyrok skazujący *prima facie* z tego powodu, że prokurator w mo-

⁷³ *Gonzalez v. Artuz*, 99 Civ. 12277 (S.D.N.Y. 2001).

⁷⁴ *State v. Claflin*, 38 Wn. App. 847, 851 (Wash. Ct. App. 1984).

⁷⁵ *People v. Clark*, 195 A.D.2d 988, 990 (N.Y. App. Div. 1993).

wie końcowej porównał oskarżonego do Pinokia. W rzeczywistości nie samo to porównanie, ale jego wymowa w świetle całej wypowiedzi prokuratora stała się podstawą wzruszenia wyroku. W trakcie procesu prokurator stwierdził m.in.: „Gdyby ten facet był Pinokiem, to z racji tego co powiedział, jego nos byłby tak wielki, że nie zmieściłby się na sali rozpraw... Prawda równa się sprawiedliwości... Sprawiedliwością jest, że (wy, przysięgli) wydacie na niego wyrok skazujący”. Zdaniem stanowego sądu najwyższego cytowanymi słowami prokurator nakłaniał przysięgłych do skazania oskarżonego nie tyle dlatego, że jest winny zarzucanego mu czynu, ale dlatego, że jest kłamcą⁷⁶.

Podobnie w sprawie *State v. Blanks* powodem uchylecia wyroku skazującego była nie tyle bliskość wątku przywołanego przez prokuratora filmu „Goryle we mgle” z okolicznościami zarzucanego oskarżonemu przestępstwa, co rasistowska wymowa tego filmu oraz fakt, że filmową aluzją prokurator poddał pod rozważenie przysięgłych kwestie niewchodzące w skład materiału dowodowego⁷⁷.

III.

Studium *case law* pozwala zasadniczo pozytywnie ocenić praktykę weryfikowania przez sądy odwoławcze szkodliwości literackich (filmowych) odniesień prokuratora. Ich rozumowanie znamionuje pragmatyzm i zdroworozsądkowość, właściwe dla amerykańskiego porządku prawnego *in generale*.

Zdroworozsądkowość przejawia się w niekoncentrowaniu się na źródle argumentu oskarżyciela publicznego, ale na jego kontekstualnie ujętej treści i wymowie. Sądy odwoławcze zasadnie nie podzielają zarzutu o błędzie prokuratora, ilekroć wyrażony przez niego przy pomocy literackiego (filmowego) odwołania komunikat nie budziłby zastrzeżeń co do swej dopuszczalności, gdyby został zwerbalizowany w bardziej konwencjonalnym języku. W sprawie *U.S. v. Taylor* sąd nie doszukał się uchylecia prokuratora w porównaniu oskarżonego do Mr. Hyde’a. Stwierdził, że prawo nie zabrania posługiwania się literackimi aluzjami, „zwłaszcza gdy w świetle kontekstu oczywiste jest, iż aluzje te służyły jako niemal powszechnie uznawany skrót dla, w innym razie, dopuszczalnego komentarza”. Sąd prawidłowo zauważył, że prokurator zamiast przywołania rozpoznawalnego bohatera noweli Roberta Louisa Stevensona również

⁷⁶ *Ruiz v. State*, 743 So.2d 1, 5–6 (Fla. 1999).

⁷⁷ *State v. Blanks*, 479 N.W.2d 601, 605 (Iowa App.1991).

dobrze mógł określić oskarżonego po prostu jako człowieka sprawiającego wrażenie uczciwego, który jednak ciągle knuje i manipuluje. Zdaniem sądu nie ma niczego nieprawidłowego w sięganiu przez prokuratora do „dobrze znanej opowieści” celem przekonania przysięgłych, że oskarżony z pozoru będący nieszkodliwą osobą w rzeczywistości jest niebezpiecznym człowiekiem⁷⁸.

O pragmatyzmie amerykańskich sądów w odniesieniu do tytułowej problematyki świadczy z kolei to, iż uznanie literackiego czy filmowego odwołania prokuratora za niewłaściwe (*improper*) bynajmniej nie jest równoznaczne z uchynieniem zaskarżonego orzeczenia. Do uchynienia wyroku wymaga się – jak powyżej wskazano – ustalenia, iż odwołanie takie było *in concreto* szkodliwe, tj. że mogło zaważyć na wydaniu przez przysięgłych werdyktu o winie oskarżonego. W większości przypadków potraktowania tego typu argumentów za niewłaściwe, jednocześnie zachowania prokuratora nie uznano finalnie za podważające prawo oskarżonego do rzetelnego procesu. Jak zasadnie zauważył jeden z sądów: „Nasza czujność związana z niewłaściwym postępowaniem prokuratorским nie prowadzi nas do pragnienia wyłączenia retoryki z ustnej argumentacji” oskarżyciela publicznego⁷⁹.

Pragmatyzmu i zdroworozsądkowości jako dwóch podstawowych cech znamionujących podejście sądów odwoławczych do literackich (filmowych) aluzji prokuratora nie należy odbierać za dowód jednoznacznie pozytywnego stosunku amerykańskiego orzecznictwa do tej praktyki argumentacyjnej oskarżycieli publicznych. Część sądów rzeczywiście aprobatywnie odnosi się literackich i filmowych ilustracji w ramach prokuratorской retoryki. Inne sądy odwoławcze nawet jeśli w beletrystycznych czy filmowych porównaniach prokuratora nie doszukiwały się podstaw do uchynienia zaskarżonego orzeczenia, to i tak nierzadko wyrażały sceptycyzm czy dystansowały się przed posługiwaniem się niniejszym typem argumentów. Przykładowo nawiązanie prokuratora do filmowego Hannibala Lectera z „Milczenia owiec” uznano za „niefortunne”⁸⁰, z kolei za „niepotrzebne” potraktowano porównanie oskarżonego do wilka z bajki o „Czerwonym Kapturku”⁸¹ oraz zacytowanie słów Jacka Forrestera z filmu „Noż” (*Jagged Edge*)⁸².

⁷⁸ U.S. v. Taylor, 814 F.3d 340, 365–66 (6th Cir. 2016).

⁷⁹ Cotton, 77 Conn. App. 774.

⁸⁰ Perkins, 271 Conn. 268.

⁸¹ State v. Burroughs.

⁸² Prokurator po przywołaniu słów: „Uważasz, że zamordowałem moją żonę. Udowodnij to” stwierdził, że amerykański wymiar sprawiedliwości zasadnie przyjął to samo stano-

Kwalifikowanie literackich (filmowych) aluzji prokuratora jako „niewłaściwe” i „szkodliwe” jest też w niemałym stopniu ocenne. Sądy odwoławcze wprost wskazują na nie zawsze wyraźną granicę pomiędzy dopuszczalną a niedopuszczalną argumentacją prokuratora. *Case law* brakuje pełnej jednolitości i spójności. Sądy nie są zgodne zwłaszcza w ocenie zarzutów odwoławczych dotyczących porównania oskarżonego przez prokuratora do filmowego czy książkowego czarnego charakteru. Przykładowo w sprawie *Anderson v. Chapdelaine* porównanie oskarżonego do Hannibala Lectera nie stanowiło podstawy do uchylenia wyroku⁸³, ale już w sprawie *People v. Moss* to samo porównanie potraktowano za jeden z przejawów niedozwolonego wzbudzania u przysięgłych płomienych emocji, pozbawiające oskarżonego prawa do rzetelnego procesu⁸⁴. W poszczególnych sprawach za niewłaściwe uznano np. porównanie oskarżonego do Jacka Torrance’a z filmu „Lśnienie”⁸⁵ czy do głównego bohatera filmu „Odłot” (*Superfly*)⁸⁶. W innych sprawach porównanie oskarżonego do Shylocka z „Kupca Weneckiego” Szekspira określono jako co prawda „mocne”, ale „poczynione w sposób uzasadniony”⁸⁷, z kolei porównanie oskarżonego do Fu Manchu i nazywanie ich obu ucieleśnieniem zła uznano za „rozumne uczciwe skomentowanie dowodów”⁸⁸.

Niekiedy nawet sędziowie tego samego składu orzekającego są podzieleni w ocenie literackich (filmowych) aluzji prokuratora. W sprawie *Com. v. Whitney* prokurator porównał oskarżonego nie tylko do biblijnego „Księcia Ciemności” i Adolfa Hitlera, ale i Achillea z Homerskiej „Iliady” i Jago z Szekspirowskiego „Otella”. Według prokuratora oskarżony tak jak pozostałe wymienione postacie jest personifikacją zła, kimś z natury pochłoniętym żądzą zła, kto w przeciwieństwie do zwierząt – które zabijają, aby chronić swoje młode – barbarzyńsko morduje dla samej przyjemności. Sąd odwoławczy orzekł, że prokurator nie zrównywał czynów oskarżonego z czynami przywołanych postaci, a jedynie pokazał, że ich przerażające zachowania były manifestacją zła, a nie skutkiem okoliczności, w których można by doszukać się jakiegoś usprawiedliwienia. W ocenie sądu porównania te „nie były tak płomienne, aby uznać werdykt ławy przysięgłych za rezultat emocji, uprzedzeń czy arbitralnych

wisko, co filmowy bohater, tj. wymaga się od oskarżyciela udowodnienia zarzutów stawianych oskarżonemu. *U.S. v. Costa*, 13–1218 (3d Cir. 2014).

⁸³ *Anderson v. Chapdelaine*, 3:10cv10 (D. Conn. 2012).

⁸⁴ *People v. Moss*, 215 A.D.2d 594, 595 (N.Y. App. Div. 1995).

⁸⁵ *State v. Greer*, 2003 WL 23018227 (Kan.App.2003).

⁸⁶ *Smith v. Farley*, 59 F.3d 659, 663–64 (7th Cir. 1995).

⁸⁷ *State v. Tillem*, 127 N.J. Super. 421, 426–27 (Conn. Super. Ct. 1974).

⁸⁸ *People v. Bloom*, 48 Cal.3d 1194, 1213 (Cal. 1989).

czynników”⁸⁹. W zdaniu odrębnym do wyroku, jeden z sędziów podniósł z kolei, że trudno o bardziej płomienne porównania niż te, których użył prokurator⁹⁰.

Rozumowanie sądów odwoławczych w zakresie rozgraniczania prokuratorских literackich (filmowych) aluzji *ad personam* i *ad rem* cechuje też pewna sofistyka. Przykładowo w sprawie *State v. Walls* w apelacji podniesiono, że prokurator poniżył oskarżonego, porównując go do filmowego Jasona Voorheesa z „Piątek trzynastego” i Freddie Krugera z „Koszmar z ulicy Wiązów”. Sąd orzekł, że w świetle kontekstu wypowiedzi prokuratora, oskarżonego nie tyle nazwano Jasonem Voorheesem czy Freddie Krugerem, co jedynie zestawiono jego sprawę z filmowymi wątkami i postaciami⁹¹. Nie przekonuje stanowisko, w myśl którego o porównaniu można mówić tylko w przypadku eksplikatywnego utożsamiania oskarżonego z literackim (filmowym) bohaterem.

Zamiast skupiania się na tym, czy prokurator *explicite* porównał czy nie porównał oskarżonego do książkowej bądź filmowej postaci, sądy powinny skoncentrować się na naturze, celach i skutkach takiego porównania. Stosunkowo rzadko można dokonać bowiem wyraźnej delimitacji uwag *ad personam* i *ad rem*, jak np. w sprawie *United States v. Kincannon*. Prokurator w trakcie procesu nawiązał do filmu „Ojciec Chrzestny”, a konkretnie do sceny, gdy podczas obecności Michaela Corleone na chrzcie swego chrześniaka koincydencyjnie jego mafijni podwładni dopuszczają się różnych zabójstw w innych miejscach. Prokurator następnie wyjaśnił przysięgłym, że w toku swej argumentacji będzie robił to, co reżyser Francis Ford Coppola uczynił w filmie, tj. łączył w jedną spójną historię zdarzenia związane z przestępstwem. Sąd odwoławczy trafnie wskazał, że w tej konkretnej filmowej aluzji prokuratora nie chodziło o porównanie oskarżonego do mafijnego bossa⁹².

Rzadko w postępowaniu odwoławczym podnoszona jest kwestia zgodności posługiwania się przez oskarżycieli publicznych literackimi (filmowymi) odniesieniami z normami etyki prokuratorской⁹³. Wynika to z tego, że naruszenie prokuratorской deontologii *per se* nie świadczy o naruszeniu praw procesowych oskarżonego. Z punktu widzenia zasadności zarzutu odwoławczego istotne jest to, czy oskarżony został pozbawiony takich praw, jak zwłaszcza prawo do rzetelnego procesu czy pra-

⁸⁹ *Com. v. Whitney*, 511 Pa. 232, 247 (Pa. 1986).

⁹⁰ *Whitney*, 511 Pa. 263 (Flaherty, concurring and dissenting opinion).

⁹¹ *State v. Walls*, 342 N.C. 1, 63–64 (N.C. 1995).

⁹² *U.S. v. Kincannon*, 567 F.3d 893, 896 (7th Cir. 2009).

⁹³ *Gasaway*, 547 N.E.2d 901.

wo do obrony. W postępowaniu apelacyjnym fakt sprzeniewierzenia się przez prokuratora postanowieniom etyki zawodowej pozostaje relewantny o tyle, o ile jednocześnie jego zachowanie godziło w prawa procesowe oskarżonego. Sięganie przez oskarżycieli publicznych do niestosownych argumentów – np. poniżających czy ośmieszających uczestnika postępowania sądowego – teoretycznie może stanowić przewinienie dyscyplinarne. Autorowi niniejszego artykułu nie jest jednak znana żadna sprawa dyscyplinarna, w której podstawą stawianych prokuratorowi zarzutów dyscyplinarnych byłoby posłużenie się przez niego odwołaniem beletrystycznym (filmowym) w trakcie procesu.

Beletrystyczne i filmowe aluzje często służą do wyrażenia zdroworozsądkowych uniwersalnych prawd o człowieku, składających się na tzw. „ludową mądrość” czy też wpisują się w poprawne logicznie rozumowanie. W jednej ze spraw sąd prawidłowo stwierdził, iż nie było nic niewłaściwego w tym, że prokurator odnosząc się do wiarygodności świadka przywołał opinię XVIII. wiecznego angielskiego autora, Samuela Johnso- na, w myśl której każdy głupiec może powiedzieć prawdę, a każdy bystry człowiek może skłamać⁹⁴. Inny sąd równie trafnie podkreślił, że ilustracje zaczerpnięte z książek pokazują to, jak „ludzie postępują i co myślą... w sytuacji presji i stresu”⁹⁵. Na potrzebę odrzucenia apriorycznych uprzedzeń wobec sięgania przez prokuratorów do literatury pięknej czy dorobku kinematograficznego zwraca się też uwagę w doktrynie prawniczej. John Wigmore wskazuje, że prokurator tłumacząc przysięgłym, iż dowody poszlakowe (*circumstantial evidence*) nie są *a priori* niewiarygodne i nie trzeba zawsze naocznego świadka do uznania winy oskarżonego może sięgnąć do przykładu Robinsona Crusoe. Bohater powieści Daniela Defoe z odkrytych na piasku śladów stóp wywnioskował, że ktoś inny też przebywa na wyspie. Okoliczność, iż Crusoe to postać fikcyjna nie pozbawia prokuratora możliwości posłużenia jego kazusem do uświadomienia przysięgłym, że im również wolno wyprowadzać wnioski z materiału dowodowego i uznawać za wiarygodne dowody pośrednie⁹⁶. W aluzjach literackich tego typu chodzi o „zilustrowanie uogólnień, których prawdziwość jest już – jako kwestia wiedzy powszechnej – znana sędziemu i ławie przysięgłych”⁹⁷.

⁹⁴ Felix, 111 Conn. App. 811).

⁹⁵ People v. Polite, 236 Cal.App.2d 85, 93 (Cal. Ct. App. 1965).

⁹⁶ J. Wigmore, A treatise on the system of evidence in trials at common law, Boston 1904 (§ 1807), s. 2338.

⁹⁷ L. Levin, R. Levy, Persuading the Jury with Facts not in Evidence. The Fiction–Science Spectrum, University of Pennsylvania Law Review 1956, vol. 105, nr 2, s. 148.

W ocenie praktyki posilkowania się przez prokuratorów literackimi i kinematograficznymi odniesieniami należy unikać jednostronności. Utylitarzna wartość – z punktu widzenia prokuratorowskiej retoryki – beletrystycznych i filmowych aluzji współlistnieje z zagrożeniami towarzyszącymi tej formie argumentacji.

Przydatność literackich i filmowych odwołań w argumentacji prokuratora zależy od spełniania kilku warunków natury pragmatycznej i zdroworozsądkowej. Po pierwsze, odniesienie takie musi być zrozumiałe dla odbiorców, czyli w pierwszej kolejności przysięgłych. Drugą kategorią adresatów jest szeroko rozumiana opinia publiczna, zwłaszcza w sprawach przykuwających społeczną uwagę i obszerniej relacjonowanych przez media. W mniejszym stopniu za odbiorców tego typu argumentów można natomiast uznać sędziów, przed którymi toczy się proces. Fakt jednak, iż amerykańscy sędziowie sami niejednokrotnie w trakcie procesu i w uzasadnieniach orzeczeń nawiązują do książek i filmów pozwala także ich uznać za potencjalnie podatnych na perswazyjne oddziaływanie literackich (filmowych) aluzji prokuratora. Sędziowie stają się adresatami argumentacji prokuratora zwłaszcza w fazie orzekania o karze (*sentencing*).

Przyjmując, że przysięgli są reprezentatywnymi przedstawicielami społeczeństwa można tym samym stwierdzić, iż prokurator powinien posługiwać się odwołaniami do tych dzieł literackich czy filmowych, które są dobrze znane dla przeciętnego obywatela. Jeśli adresat nie kojarzy odniesienia, to może je źle odczytać i zinterpretować, a tym samym odniesienie zamiast do klaryfikacji prowadzi do konfuzji. Ponadto odbiorca nie mając pojęcia, do czego prokurator się odwołuje, może doznać poczucia alienacji. Komunikatywność partykularnych literackich bądź filmowych aluzji jest warunkowana ich osadzeniem w kulturze czy popkulturze danego państwa i narodu. Studium amerykańskiego *case law* pokazuje, że prokuratorzy zazwyczaj temu wymogowi czynią zadość, sięgając w swoich porównaniach do utworów literackich i filmowych silnie ugruntowanych w świadomości Amerykanów, stanowiących pewien tamtejszy kanon literatury i kina.

Po drugie, literackie (filmowe) porównania i ilustracje powinny być zwarte, stanowiąc wyrazisty dodatek do konwencjonalnej argumentacji prokuratora. Ich rozwlekłość jest kontrproduktywna, w tym sensie, że rozprasza uwagę przysięgłych, a nie jej sprzyja.

Po trzecie, należy oczekiwać, że literackie (filmowe) aluzje będą miały charakter doraźny. Niebezpiecznym jest prognozować, że im większa częstotliwość sięgania do nich w jednym procesie, tym ich retoryczne i perswazyjne właściwości słabsze. Argumentacja prokuratora może

stracić na skuteczności, gdy przykłady czerpane z beletrystyki czy kina są nadużywane. Zwykle literackie i filmowe aluzje w argumentacji amerykańskich oskarżycieli publicznych miały charakter krótkich i pojedynczych wzmianek. Zasadnie sądy w kontekście tytułowej problematyki podnoszą, że „używanie retorycznych narzędzi jest uczciwym argumentem” jeśli pozostaje „okazjonalne”⁹⁸.

Po czwarte, liczy się też adekwatność wykorzystanych aluzji do okoliczności i specyfiki konkretnej sprawy sądowej. Brak podobieństwa lub słabo wyrażna analogia pomiędzy stanem faktycznym sprawy a przywołaną sceną dzieła literackiego czy filmowej produkcji sprawi, że ten typ argumentacji będzie nieefektywny. Nieefektywność może być również następstwem tego, iż obrany środek ekspresji instrumentalnie nie pasuje do taktyki procesowej prokuratora. Zdarza się, że sądy odwoławcze oceniają zaskarżone literackie (filmowe) odniesienie prokuratora nie tylko pod kątem procesowym, ale także – na marginesie zasadniczych rozważań – z punktu widzenia pragmatyzmu prokuratorskiej retoryki. W sprawie *Gregory v. State* prokurator w fazie *voir dire* zacytował wiersz Samantha Reynolds o amfetaminie (*Ms. Crystal Meth*) przed przepytaniem potencjalnych przysięgłych o ich stosunek do narkotyków oraz prawa zabraniającego używania i produkowania środków odurzających. Sąd odwoławczy mógł poprzestać na stwierdzeniu, że prokurator nie dopuścił się błędu, skoro zacytowany wiersz nie dotyczył kwestii winy bądź niewinności kogoś zażywającego czy produkującego narkotyki, ale wyrażał opinie odnośnie do skutków narkotyzowania się i powszechności problemu narkotyków w amerykańskim społeczeństwie. Sąd jednak wskazał ponadto na kontrproduktywność zachowania prokuratora z punktu widzenia celów *voir dire*. Niniejsza faza procesu służy zweryfikowaniu gotowości potencjalnego przysięgłego do wydania bezstronnego werdyktu w zgodzie z prawem i dowodami. W ocenie sądu przeczytanie wiersza było nieefektywne pod tym kątem. Zwykle bowiem prokuratorzy w bardziej zdystansowanej formie starają się wykryć potencjalne uprzedzenia przysięgłych, stąd zadają im ogólne pytania, tak aby odpowiadając na nie przysięgli ujawnili, choćby w sposób niezamierzony, swoją prawdziwą opinię. Rozpoczynając przesłuchanie potencjalnych przysięgłych od deklamacji tak treściowo wyrazistego utworu prokurator, zdaniem sądu, mógł uczynić przysięgłych bardziej ostrożnymi i mniej szczerymi w swych oświadczeniach i autodeklaracjach⁹⁹.

⁹⁸ *State v. Felix*, 111 Conn. App. 801, 813 (Conn. App. Ct. 2008).

⁹⁹ *Gregory v. State*, 885 N.E. 2d 697, 707 (Ind. Ct. App. 2008).

W końcu, w doborze beletrystycznych i filmowych aluzji prokurator powinien mieć na uwadze troskę o zachowanie powagi instytucji prokuratury oraz społecznego zaufania do niej. Wymaga to od niego unikania tych odniesień, które społeczna większość mogłaby uznać za „nietaktowne”, „niestosowne”, „frywolne”, „prostackie”, czy „rynsztokowe”. Aluzje takiej natury mogą obrócić się przeciwko prokuratorowi, tj. mogą zniechęcić, zrazić, zirytować, zdenerwować adresata, a nie sprzyjać przekonaniu go do stanowiska prokuratora. Kwestia ta aktualizuje się zwłaszcza wówczas, gdy prokurator w swej argumentacji nawiązuje do postaci z bajek bądź komedii. Celem oskarżyciela publicznego nie powinno być ośmieszenie oskarżonego czy jego obrońcy. Nie zawsze łatwo *in concreto* rozgraniczyć przypadki, gdy literacka aluzja – jakkolwiek w swej treści humorystyczna – pełniła w pierwszej kolejności funkcję argumentacyjną, a nie tyle była obliczona na poniżenie przeciwnika procesowego czy rozbawienie sądu bądź przysięgłych kosztem szacunku dla oskarżonego. W sprawie Gomez v. State prokurator w trakcie procesu przywołał m.in. postaci z filmu animowanego „Toy Story” (takie jak Chudy, Jessie, Buzz, cesarz Zurg, Pan i Pani Bulwa), siedmiu krasnoludków z baśni o „Królowie Śnieżce” czy bohaterów z serialu science fiction „Space Rangers”. Sąd odwoławczy uznał argumentację prokuratora za dopuszczalną próbę skonfrontowania dowodów prokuratury i dowodów przedstawionych przez obronę celem pokazania, że te drugie są niewiarygodne niczym w bajce. Nie podzielił tym samym stanowiska oskarżonego, że uwagi prokuratora „urągały powadze sądu” i znamionowała je „infantylności”¹⁰⁰.

Prokurator za każdym razem powinien poczynić rozeznanie, czy literacka (filmowa) aluzja nie zostanie odebrana za trywializację powagi sprawy, a przez to i bagatelizację życiowych przypadków ofiary, sprawcy i ich rodzin. Beletrystyczne i filmowe metafory, ilustracje, porównania, przykłady nie powinny też być przez niego wykorzystywane do odwracania uwagi przysięgłych od istotnych kwestii prawnych i materiału dowodowego w sprawie. Przywoływanie książkowych czy filmowych scen i bohaterów musi wpisywać się w prawniczą retorykę, a nie technikę manipulacyjną obliczoną na procesową wygraną za wszelką cenę. Dorobek literacki i filmowy stanowi źródło, które jedynie może uzupełniać klasyczną argumentację tradycyjnie łączoną z profesją adwokata i służbą prokuratora. W przeciwnym razie pojawia się nietolerowana groźba uczynienia sądowego postępowania sporem w przedmiocie literackiej egzegezy, co wykracza poza rolę zawodową oskarżyciela publicznego i obrońcy, jak

¹⁰⁰ Gomez v. State, 08–10–00276–CR (Tex. App. 2012).

i celów procesu karnego. Przykładowo w jednej ze spraw miała miejsce absurdalna sytuacja, gdy prokurator i biegły reprezentujący obronę przez 20 minut spierali się na sali rozpraw o szczegóły baśni o „Królewnie Śnieżce”¹⁰¹.

Utylitarną wartość literackich i filmowych odniesień należy rozpatrywać przede wszystkim pod kątem prokuratorskiej retoryki ukierunkowanej na przekonanie odbiorców do prezentowanego stanowiska. Beletrystyczne i filmowe aluzje stanowią jedno z narzędzi szeroko rozumianej perswazji. Przykłady zaczerpnięte z utworów literackich czy filmowych służą większej klarowności i wyrazistości własnych wywodów, zwłaszcza jeśli za adresatów tak sprofilowanej argumentacji uznaje się przysięgłych nieposiadających prawniczego wykształcenia. Prokuratorzy i obrońcy przyznają, że wypowiedanie się w sposób zrozumiały i trafiający do wyobraźni słuchacza daje większe prawdopodobieństwo procesowego sukcesu. Zaletą literackich (filmowych) ilustracji i porównań jest to, że komunikują wiele treści w sposób zwięzły i szybki¹⁰². Beletrystyczne (filmowe) metafory i przykłady mają zdolność wyrazić w kilku słowach to, co w przeciwnym wypadku wymagałoby kilkunastu stron wywodów¹⁰³.

Wartości perswazyjnej literackich i filmowych aluzji nie należy upatrywać jedynie w ich treściowym bogactwie, a zarazem komunikacyjnej eksplikatywności i transparentności. Ich potencjał retoryczny łączy się bowiem także z tym, co w arystotelesowskiej triadzie retoryki nazwano patosem i etosem¹⁰⁴.

Patos obejmuje sięganie do uczuć i sentymentów odbiorców, wpływanie na ich nastrój. Przy pomocy literackiej (filmowej) aluzji prokurator może stymulować emocje u przysięgłych, a dokładnie aktualizować te z emocji, które wyraża cytowane dzieło i przy których łatwiej skłonić mu przysięgłych do swoich racji, np. wywołać uczucie oburzenia wobec czynu sprawcy czy empatyczne współczucie dla ofiary i jej bliskich. W ramach patosu oskarżyciel publiczny przedstawia konkretną sprawę karną w moralnej perspektywie, np. sięgnięcie do dorobku literackiego czy filmowego służy mu do zademonstrowania powszechnie podzielanej wagi

¹⁰¹ K. Broda-Bahm, Don't Be Swallowed by Your Analogies, <https://www.persuasivelitigator.com/2013/04/dont-be-swallowed-by-your-analogies.html>.

¹⁰² V. Salzmänn, Honey, You're No June Cleaver: The Power of „Dropping Pop” to Persuade, *Maine Law Review* 2010, vol. 62, nr 1, s. 246–47.

¹⁰³ C. Oldfather, The Hidden Ball: A Substantive Critique of Baseball Metaphors in Judicial Opinions, *Connecticut Law Review* 1994, vol. 27, s. 23–24.

¹⁰⁴ Trzecim elementem retoryki jest u Arystotelesa logos.

i społecznej szkodliwości przestępstwa zarzucanego oskarżonemu¹⁰⁵ lub bezpodstawności okazania miłosierdzia zatwardziałemu czy wielokrotnemu przestępcy. Beletrystyczne (filmowe) odniesienia pozwalają uzupełnić typowo jurydyczne rozważania refleksją responsywną na społecznie doniosłe wartości i cnoty¹⁰⁶.

Prokurator w sięganiu do emocji przysięgłych musi być jednak świadomy ryzyka związanego z tą taktyką procesową. Uznanie przez sąd odwoławczy, że werdykt ławy przysięgłych był rezultatem czy pod wpływem silnych emocji stanowi podstawę do uchylecia zaskarżonego orzeczenia. Granica pomiędzy dopuszczalnym a niedopuszczalnym operowaniem retorycznym patosem przez prokuratora jest bardzo płynna. Kontrfaktyczne byłoby założenie, że typowy proces karny pozostaje absolutnie wolny od emocji, czy szerzej uczuć, jego uczestników (prokuratora, obrońcy, oskarżonego, pokrzywdzonego, sędziego). Bezprzedmiotowe jest też na poziomie normatywnym wymaganie zneutralizowania wszelkich emocji w trakcie procesu. Wymóg taki suponuje bowiem zdepersonalizowaną postać przysięgłego, prokuratora czy sędziego, co w przypadku tego ostatniego zwykło sprowadzać się do utopijnego wzorca reprezentanta Temidy jako „ust ustawy”¹⁰⁷.

Nie tylko, że w sensie empirycznym emocje partycypują w procesie sądowym, ale i niekoniecznie ten stan rzeczy należy oceniać negatywnie. Rozstrzygnięcie o ludzkich sprawach, o winie i niewinności, sprawiedliwości i niesprawiedliwości, społecznej szkodliwości czynu lub jej braku, słusznej karze nie można i nie należy kategorycznie oddzielać od ludzkiej antropologii, której częścią są emocje. W środowisku prawniczym żywotny pozostaje uproszczony, jednostronny, a zarazem nieuprawniony obraz ludzkich emocji jako czegoś z natury złego, szkodliwego, irracjonalnego. Przykładowo oburzenie jest usprawiedliwioną emocją immanentnie towarzyszącą ocenie zbrodni popełnianych ze szczególnym okrucieństwem czy z niskich pobudek. Jego brak może stanowić oznakę społecznej apatii i stępienia społecznej wrażliwości w obliczu zła. Oburzenie w tym przypadku odnosi się przede wszystkim do wyrządzonego zła. Podobnie współczucie stanowi typowo ludzką i wręcz pożądaną emocję żywioną wobec ofiary doświadczonej krzywdą. Emocje oburzenia

¹⁰⁵ Zob. *People v. Beck*. Sąd orzekł, że literackie odniesienie prokuratora do twórczości Karola Dickensa było „dramatyczną ilustracją wagi zbrodni, które zarzuca się oskarżonemu”.

¹⁰⁶ Amerykańskie sądy podkreślają, że oskarżyciel publiczny może wzywać ławę do działania jako „sumienie społeczeństwa”. *Jackson v. Johnson*, 194 F.3d 641, 655 (5th Cir. 1999).

¹⁰⁷ G. Maroń, *Integralność religijna sędziego oraz argumentacja religijna w amerykańskim procesie orzeczniczym*, Rzeszów 2018, s. 113–125.

i współczucia ze swej istoty nie stoją na przeszkodzie sprawiedliwemu rozstrzygnięciu sprawy karnej oraz nie kłócą się z poszanowaniem prawa oskarżonego do rzetelnego procesu.

Z punktu widzenia procesowego istotne jest to „jakimi” emocjami posłużył się prokurator w swej argumentacji, „w jaki sposób” oraz „w jakim celu”. Po pierwsze, niektóre emocje są złe – tak w sensie ogólniejszym jak i w kontekście uczciwości procesu – *per se*, np. nienawiść. Wzbudzanie przez prokuratora u przysięgłych nienawiści wobec oskarżonego przy pomocy literackich (filmowych) odniesień stanowi *reversible error*. Po drugie, w sięganiu do emocji przysięgłych prokurator musi wystrzegać się podstępu, oszustwa, zwodzenia przysięgłych. Czynienie użytku z literackich czy filmowych obrazów bogatych w ładunek emocjonalny nie może pełnić roli narzędzia psychomanipulacji. Po trzecie, wykorzystywanie emocji musi być docelowo obliczone na ukierunkowanie czy skłonienie przysięgłych do wydania rozstrzygnięcia w pełni zgodnego z prawem i udowodnionym stanem faktycznym sprawy. Prokuratorowi nie wolno posługiwać się emocjami do zastępowania nimi dowodów i prawa, ale do ich lepszego, bardziej wyrazistego, wyartykułowania i zakomunikowania przysięgłym w kontekście danej sprawy. Nie chodzi przy tym o czysto sprawozdawcze – choć ujęte w języku emocjonalnym czy *implicit* odsyłającym do emocji – zrelacjonowanie stanu faktycznego sprawy i obowiązującego prawa, co o uwypuklenie przystawalności zachowania oskarżonego do prawnokarnej normy sankcjonowanej i sankcjonującej.

Do pewnego stopnia posługiwanie się przez prokuratorów retorycznym patosem aprobują także amerykańskie sądy, choć niekonsekwentnie, a nawet w sposób nie do końca uświadomiony. Znajduje to swój wyraz w tym, że jako błąd skutkujący uchynieniem wyroku traktuje się nie tyle odwoływanie się przez prokuratora do emocji przysięgłych *tout court*, ale dopiero wzbudzanie w nich szczególnie silnych, płomiennych, żarliwych emocji czy namiętności, a więc takich uczuć, które powodują utratę kontroli intelektualnej nad swoim zachowaniem, czyniąc werdykt przysięgłych rezultatem wyłącznie sentymentu, a nie rozumu i zdrowego rozsądku¹⁰⁸.

Etos w ramach retoryki polega z kolei na odwołaniu się do wiarygodności jednostki, wynikającej z jej np. wiedzy, doświadczenia, wykształcenia czy prawego charakteru. Liczy się tutaj nie tyle to, „co” zostało powiedziane, ale „kto” to powiedział. Kreując się na autorytet, tym samym zjednuje się poparcie dla tego, co się samemu głosi. Zaufanie do osoby

¹⁰⁸ W wielu orzeczeniach za błąd prokuratora potraktowano jego argumentację obliczoną na „rozpalenie płomiennych pasji w ławie przysięgłych” (*inflame the jury's passions*).

przenoszone jest na zaaprobowanie jej argumentacji. Sięgnięcie przez prokuratora do beletrystyki czy dorobku kina realizuje etos na dwa główne sposoby. Po pierwsze, następuje przywołanie autorytetu autora cytowanego dzieła, co w samo w sobie wzmacnia siłę perswazyjną argumentacji prokuratora. Po drugie, odwołanie się przez prokuratora do uznanych i szanowanych literatów bądź klasyki filmu może sprzyjać postrzeganiu go jako osoby nie tylko wykształconej czy mądrej, ale i kogoś bliskiego społeczeństwu. Następuje wówczas wsparcie wizerunku prokuratora w oczach przysięgłych jako człowieka godnego zaufania, co w konsekwencji sprzyja jego zdolności perswazyjnej¹⁰⁹.

Prokurator poprzez nawiązanie do literatury pięknej i dzieł filmowych buduje poczucie wspólnoty ze społeczeństwem, a tym samym z przysięgłymi jako w zamierzeniu reprezentatywnymi przedstawicielami społeczeństwa. Stymulując emocjonalne doświadczenie wspólnoty łatwiej mu przekonać o zasadności tego, co twierdzi. Posłużenie się literacką czy filmową aluzją jest zabiegiem narracyjnym polegającym na sięgnięciu do kompetencji kulturowych odbiorców. Prokurator ucieka się wówczas do środków przekazu zrozumiałych dla przysięgłych za sprawą tzw. „podzielanej wiedzy” (*shared knowledge*). Znosi w ten sposób dystans pomiędzy sobą a przysięgłymi. Nawiązanie do kinowego przeboju czy dobrze znanej bajki sprzyja wizerunkowi prokuratora nie jako wyniosłego funkcjonariusza publicznego posługującego się prawniczym żargonem, ale przeciętnego Amerykanina, któremu można uwierzyć.

Nie można z pewnej „egzotyczności” towarzyszącej posługiwaniu się przez prokuratorów literackimi i filmowymi odwołaniami wywodzić pogwałcenia praw procesowych oskarżonego ani nawet traktować tej niestandardowej argumentacji jako *per se* „podejrzanej” z punktu widzenia poszanowania wymogów rzetelnego procesu. Orzecznictwo sądów Stanów Zjednoczonych z jednej strony dowodzi utylitarnej wartości literackich (filmowych) aluzji, porównań, ilustracji czy metafor dla prokurator-skiej retoryki. Z drugiej strony to samo orzecznictwo pokazuje, że barwna i nieszablonowa argumentacja prokuratora rzadko stanowi błąd skutkujący koniecznością uchylecia zaskarżonego wyroku. Prawna dopuszczalność wykorzystywania przez oskarżycieli publicznych popkulturowych treści musi iść w parze z rozsądnym posilkowaniem się nimi. Nie tylko zatem konstytucja, ustawy, prawo precedensowe czy normy deontologiczne należy mieć na uwadze przy sięganiu do literackich i filmowych aluzji, ale i zdrowy rozsądek oraz umiarkowanie. O ile kryterium „stosow-

¹⁰⁹ J. DeStefano, On literature as legal authority, *Arizona Law Review* 2007, vol. 49, s. 528–31.

ności” jest nieistotne w ocenie argumentacji prokuratora jako przedmiotu zarzutu odwoławczego, o tyle nie może być ono zignorowane przez oskarżyciela publicznego świadomego wagi pełnionej funkcji i społecznych oczekiwań wobec prokuratury.

Literary and movie references in the prosecutor’s argumentation in the light of the U.S. case law

Abstract

This paper explores cases of American prosecutors supporting their arguments with comparisons, examples, quotations, metaphors and illustrations taken from literary fiction or popular movies. The study of federal and state courts’ judgments shows that public prosecutors’ literary or movie references at criminal trial are rarely recognized as reversible errors. Appellate courts’ stand is marked by pragmatism. The finding alone that the prosecutor’s literary (movie) allusion was improper is not sufficient for the court to reverse a guilty verdict on the grounds of such allusion. To reverse, the court also needs to ascertain that the prosecutor’s remarks were prejudicial to the defendant, depriving the latter of their right to a fair trial. This critical-evaluative study of the U.S. case law is thus accompanied by the presentation of the utilitarian value of literary (movie) references to the prosecutors’ rhetoric. Moreover, it sets a framework for the optimum use of arguments involving literary and movie references. While resorting to fiction or movie allusions, prosecutors have to do it in a way that satisfies the requirements of the Constitution, statutes, case law, prosecutor ethics and, last but not least, common sense.

MATERIAŁY SZKOLENIOWE

Józef Gurgul

Problemy prawdy i zmyślenia (w tle spraw z wielkim rezonansem społecznym)

*Motto:
Mało ludzi myśli, ale każdy
chce mieć swoje zdanie.
Georg Berkeley*

Streszczenie

Wieloaspektowość opozycji prawdy i zmyślenia w postępowaniu karnym, a śledczym przede wszystkim, zmotywowała Autora do przemyślenia szeregu fundamentalnych kwestii określających owocność procesu sądowego. Prezentowane poglądy zostały skonfrontowane z judykaturą, doktryną i piśmiennictwem z dziedzin prawa, etyki, filozofii, kultury i historii.

1. Wprowadzenie do dyskusji

Barbara Skarga napominała, że „nie można pić wody tylko z jednego źródła”, gdyż sens rodzi się tylko tam, gdzie myśl zderza się z tym, co inne. Każda dodatkowa wiadomość może być owocna¹. W starciu z własnymi i Drugiego doświadczeniami, w praktyce jednocześnie organ procesowy powinien w pierwszej kolejności kierować się zasadami spraw-

¹ B. Skarga, Pustynia, Tygodnik Powszechny 2001, nr 3–4.

nego działania². Pewnych siebie i bezkrytycznych Gary Klein mitygował, że gdybyśmy przy każdym otwarciu oczu widzieli wszystko – każdy szczegół i musieli za każdym razem odtwarzać od nowa połączenia między nimi, ośleplibyśmy³. Roztropny chętnie przeto korzysta z tego, co poprzednicy już odkryli i sprawdzili.

Jednostkowe, choćby najbardziej przenikliwe spojrzenie na skomplikowaną materię śledztwa (procesu karnego) potrafi wprowadzić dużo okolic, niemniej racjonalnie postąpi taki, który uzupełni je wynikami obserwacji drugą, trzecią, czwartą... parą oczu. Podporządkowane bowiem innej perspektywie i indywidualnym doświadczeniom zauważają i zapamiętują nie te same szczegóły. Stąd wiadomo, że najpewniej prawda bywa dostępna prawnikowi, życzliwie wczuwającemu się w tego Drugiego spostrzeżenia i punkty widzenia. A więc, docenia całą różnorodność głosów, odcieni kontekstów, hipotez, pytań. Jeszcze inaczej rzecz ujmując, trzeźwo patrzący na stan faktyczny zawsze zakłada istnienie w nim zaskakujących powikłań, w związku z czym niczego nie upraszcza, z góry nie osądza, ani nie odrzuca⁴. Nie wolno zwłaszcza emocjonalnie podchodzić do danych, które odstręczają, bo nie pasują do przyjętej układanki czy wręcz ośmieszają upodobane mity (legendy, baśnie).

Z tych przyczyn warto mieć wciąż aktualną ideę przepisu Kodeksu Justyniana, że nadmiar dowodów, pomysłów, informacji nigdy nie szkodzi (*superflua non nocent*). Przeciwnie, może pomóc, jak w przypadku Paracelsusa, wybitnego XVI-wiecznego niemieckiego lekarza alchemika, dra Uniwersytetu w Ferrarze, czyli Theophrastusa Bombastusa von Hohenheima. Choć dokładnie wyedukowany, utrzymywał bliskie związki z cyrulikami, owczarzami, starymi babami, kowalami i Cyganami, również od takich amatorów ucząc się sztuki leczenia. Za Barbarą Skargą można zatem rzec, że dr Paracelsus wodę popijał rzeczywiście z niejednego, także zgo-

² T. Kotarbiński, Traktat o dobrej robocie, Zakład Narodowy im. Ossolińskich, Wrocław–Warszawa–Kraków–Gdańsk 1975, s. 8, 86.

³ Cyt. za M. Młodinow, Niewidzialny mózg, Prószyński i S-ka, Warszawa 2016, s. 215.

⁴ Więcej zob. J. Tischner, Świat ludzkiej nadziei, Znak, Kraków 2000, s. 276; tegoż, Słowo o ślebobdzie, Znak, Kraków 2003, s. 157; tegoż, Etyka solidarności, Znak, Kraków 2005, s. 22; M. P. Markowski, Pragnienie i bałwochwalstwo, Znak, Kraków 2004, s. 52, 120; A. Schopenhauer, Erystyka czyli sztuka prowadzenia sporów, Alma-Press, Warszawa 2014, s. 117 i *passim*; por. też Z. Marek, K. Jaegermann, Untersuchungen der koeniglichen Gruefte in der Wawel-Kathedrale zu Krakow, Archiv fuer Kriminologie 1982, Heft 1 und 2, s. 1–11; K. Jaegermann, Umiar – sposób stosowania norm moralnych biegłego, (w:) J. Widacki (red.), Problematyka etyczna w kryminalistyce. Materiały V Sympozjum Metodologii Kryminalistyki i Nauk Pokrewnych (Chęciny, 14–16 czerwca 1984 r.), Katowice 1984, s. 151.

ła atypowego źródła. Dzięki czemu, podobno, wyleczył osiemnastu królów i książąt, którym inni lekarze mieli odmówić pomocy⁵.

Paradoksami utkane śledztwo ujawnia wartości, jakie dlań mogą przynosić wszelakie porównania, skojarzenia, analizy, syntezy i konteksty, dostępne znającemu jak największą populację kazusów. Podobnie rzecz się ma z nierozzerwalnością nauki i sztuki śledczej, wyrachowaniem i polotem, intuicją i wyobraźnią, ponieważ nasączają konkretne postępowania elementami niedowierzania do już przyjętych ustaleń faktycznych. Z ostrożności należy też uwyraźnić uprawnienie organu procesowego do formułowania wniosków chybionych i popełniania błędów. Demonizowanie tychże nie jest uprawnione. Po pierwsze, z tej przyczyny, że liczy się energia i sposób wychodzenia z błędu na tzw. prostą. Po drugie, trzeba również mieć na oku profity dokopywania się do prawdy w wyniku nasświetlania, dziwienia się czy wchodzenia „pomiędzy” przestrzenie i nazwy. Doświadczenie wskazuje, że do najbardziej spektakularnych zwrotów akcji w śledztwie dochodzi niejednokrotnie w owym „pomiędzy”. Niekiedy nawet wbrew obowiązującej doktrynie, z tym zastrzeżeniem, że nowatorstwo nie powinno naruszać kanonów etyki zawodowej ani zakazów Kodeksu postępowania karnego⁶.

Wypada nadto zrobić wzmiankę o pożytkach, wynikających w śledztwie z nasycania go odpowiednią refleksją filozoficzną. Ta bowiem poszerza i pogłębia perspektywę badawczą. Bez bodaj nutki filozoficznej nie osiąga się tego czegoś, co porusza wyobraźnię, przygotowuje na nagłe zawirowania w rzeczywistości, dotyka skóry, uczuć, wszystkiego⁷. Do tych kwestii wypadnie nieraz jeszcze nawiązywać.

⁵ H. Kraschutski, *Die Gerichtigkeitsmaschine. Erfahrungen mit Strafen und Strafvolzug*, Verlag C. F. Mueller, Karlsruhe 1970, s. 59, 60; B. Innes, *Niezbity dowód*, MUZA SA, Warszawa 2001, s. 47; A. Szczekliki, *Katharsis*, Znak, Kraków 2005, s. 27; M. Kłys, (w:) *Opiniowanie sądowo-lekarskie i toksykologiczne*, Zakamycze, Kraków 2001, s. 271.

⁶ A. de Saint-Exupery, *Ziemia planeta ludzi*, Wydawnictwo Literackie, Kraków 1971, s. 78, 95; J. Hajduk, *W rejony mroku*, Kolegium Europy Wschodniej, Wojnowice 2017, s. 141; J. Gurgul, O „Zbiorze zasad etyki zawodowej prokuratorów”, *Prokuratura i Prawo* 2014, nr 7–8, s. 111–139; Z. Doda, A. Gaberle, *Dowody w procesie karnym*, Dom Wydawniczy ABC, Warszawa 1997, s. 236–237 i *passim*.

⁷ E. Locard, *Dochodzenie przestępstw według metod naukowych*, Księgarnia Powszechna, Łódź 1937, s. 224–227; B. Mikulicz, *Niezamierzone skutki działań a służba bezpieczeństwa*, *Przegląd Policyjny* 1937, nr 2; J. Żółtaszek, *Koordinacja działań śledczych według modus operandi*, *Przegląd Policyjny* 1938, nr 1; K. Jaegermann, *Intelektualna biegłość lekarza*, *Przegląd Lekarski* 1984, nr 10; T. Gadać, *Bez mądrości zginiemy*, *Gazeta Wyborcza* z 30–31 sierpnia 2014 r.; J. Gurgul, *Paradygmaty kryminalistyki*, *Prokuratura i Prawo* 2017, nr 2, s. 127–154.

Po prezentacji sygnałów mających na celu ulepszenie przepływu myśli między piszącym te słowa i Słuchaczami (Czytelnikami) można przystąpić do wnioskowania o sensie porównywania wybitnie spletanego procesu odkrywania prawdy z jednej strony, a z drugiej – kreowania wszelakiej maści mamideł w przypadkach, przykładowo, Alfreda Dreyfusa oraz Zdzisława Marchwickiego i pięciorga współoskarżonych. Niby należą one do diametralnie odmiennych światów, niemniej spoiwem w jedno jest problematyka – upraszczając – ostrego konkurowania wiedzy o realiach stanu faktycznego z piramidalnymi zmyśleniami oraz rozszyfrowywania ciągle wymykającego się spod jednoznacznych ocen pojęcia „człowiek”⁸. Komplikujący dane postępowanie znak zapytania, kim właściwie jest ów podejrzan, jednocześnie *per se* uatrakcyjnia śledztwo.

Panoszeniu się będących zmorą (nie tylko śledztwa) widziadeł sprzyja fakt, że ludzkość potrzebuje ich. Miraże przecież nęcą, bo choć są złudne, to często także piękne, więc dla psychicznej wygody się je wymyśla. Dominuje wart zapamiętania pogląd, że mity stanowią alternatywę dla rozumu. Żle wróży nierozróżnianie przez nie sfery rzeczywistości od sfery wyobraźni. W sumie myślenie mityczne nie poddaje się jakimkolwiek korektom. Nie ma w nim miejsca na żaden drugi (inny) punkt widzenia⁹, w tym choćby na refleksję nad znaną sentencją Sokratesa, że szczytem, który myśl może osiągnąć, jest wiedza o własnej niewiedzy. Według Sokratesa, „nie wiedzieć, a jednak myśleć, że wiemy, jest chorobą”¹⁰. Ciekawe, że zdaniem także prof. Aleksandrowicza, nie jest zdrowy człowiek, który nie potrafi obiektywnie ocenić stanu własnej wiedzy i samego siebie¹¹.

2. Proces Alfreda Dreyfusa. Wątki porównawcze, poszerzające horyzont problemu

Jak w każdym wyborze, także w tym i następnych jest lub może być coś niewybranego, jakieś pominięte znaczenia¹². *In concreto* dobór ten

⁸ B. Skarga, Człowiek to nie jest piękne zwierzę, Znak, Kraków 2007, s. 28; o bezkresie zestawu egzystencjalnych kwestii na temat człowieczeństwa zob. C. Sagan, Kosmos. Wprowadzenie Ann Druyan, Zysk i S-ka, Poznań 2016, s. 23, 137, 145 i *passim*.

⁹ E. Cassirer, Esej o człowieku. Wstęp do filozofii kultury, Czytelnik, Warszawa 1971, *passim*; B. Skarga, Pustynia, *idem*; T. Gadałcz, Uniwersytet w czasach bezmyślności. Wykład inauguracyjny, wygłoszony 5 października 2017 r. w AGH w Krakowie.

¹⁰ E. Fromm, O sztuce miłości, PIW, Warszawa 1971, s. 88.

¹¹ J. Aleksandrowicz, Sumienie ekologiczne, Wiedza Powszechna, Warszawa 1979, s. 42.

¹² Siostra B. Chyrowicz, w wywiadzie B. Strzełczyka, Tygodnik Powszechny 2018, nr 10.

został podyktowany rzeczowymi potrzebami inicjowanej dyskusji. Otóż tak, w roku 1894 aresztowano A. Dreyfusa, kapitana francuskiego Sztabu Generalnego, z pochodzenia Żyda i skazano na 20 lat pozbawienia wolności za (rzekome) szpiegostwo na rzecz armii niemieckiej. Pozbawiono go nadto stopnia wojskowego. Na wątle, żeby nie powiedzieć – bezwartościowe, dowody winy składały się (fałszywe?) zeznania jedyne go świadka oraz błędna opinia pismoznawcza autorstwa samego Alfonsa Bertillona (!). Tenże zaopiniował, że Dreyfus szyfrował zdradzane tajemnice wojskowe odpowiednio modelowaną wysokością liter. Bertillon, niestety, nie skorzystał z rad bliskich mu osób, aby ze względu na brak doświadczenia w zakresie badań pisma odstąpił od zamiaru opracowania feralnej ekspertyzy. Z tego powodu na łożu śmierci przeżywał wyrzuty sumienia. Zmarł 13 lutego 1913 r.

Skazany odbywał karę na Wyspach Diabelskich opodal Gujany Francuskiej. W roku 1906 powrócił do Paryża i służby wojskowej po zrehabilitowaniu go przez Prezydenta Francji. Walczący na frontach I Wojny Światowej był odznaczany za męstwo i awansowany do stopnia pułkownika.

Prezydent podjął tę decyzję pod wpływem rozpętanej burzy politycznej, na czele której stanęli, między innymi, Emil Zola i Marcel Proust. Zola wystosował nawet ostry list protestacyjny. Niepodważalne zarzuty wręcz druzgotały podstawy wyroku.

Sąd Wojskowy nieistniejące dowody zastąpił mitami. Uległ naciskowi niebywałego tornada antysemitckiego. Wzniesający go strzelali ideologicznie zatrutą amunicją. Przeciwników razili mitami: Żyda, parcha, syndykatu, immanentnego zła etc. Rozpalali nienawiść do figury „obcego”. Antoni Czechow donosił z Paryża, że Francuzów – *mutatis mutandis* – toczył wtedy jakiś robak, wobec czego ferowali te mamidła, aby zagłuszyć wyrzuty sumienia¹³.

Najbrutalniej przeciwko Dreyfusowi występował dziennik „La Croix”, już na okładce bezwstydnie chwając się, że jest (cyt.) „najbardziej antyżydowskim dziennikiem francuskim”. Przypisanie winy Kapitanowi argumentował tym, że (cyt.) „Żydzi są niby węże: nie da się odróżnić dobrych od złych, przeto trzeba zmiażdżyć ich wszystkich”. Warte szacunku jest

¹³J. Thorwald, Stulecie detektywów, Wydawnictwo Literackie, Kraków 1971, s. 91; T. Hanausek, Tragiczna pomyłka, Przekrój 1999, nr 28; S. Frołow, Mamidło, Polityka 2017, nr 7; Ł. T. Sroka, Polskie korzenie Izraela, Tygodnik Powszechny 2018, nr 24; por. też studium E. Fromma, Anatomia ludzkiej destrukcyjności, REBIS, Poznań 2014, s. 9–13 i *passim*.

wyrażenie żalu w dniu 11 stycznia 1988 r. przez M. Kublera, Redaktora Naczelnego gazety „La Croix” z powodu jej ponurej przeszłości¹⁴.

W charakterze swoistej ciekawostki historycznej dorzucmy informację o pierwowzorze protestu E. Zoli. W marcu 1762 r. wszak zmagający się z przejawami wszelkiej niesprawiedliwości pisarz, filozof, czołowy przedstawiciel Oświecenia, Voltaire napisał do kardynała Francois Joachima de Pieres de Benis petycję w obronie pamięci straconego w Tuluzie Jeana Calasa. Voltaire gromił okrucieństwo łamania Calasa kołem¹⁵.

3. Zarys mitów w sprawie „Wampira z Zagłębia”

Cechą swoistą, wyróżniającą zmyślenia w tej sprawie jest zasłanianie nimi namacalnych dowodów winy. Ten paradoks skrótowo poruszono w wykładzie dla (głównie) Studentów Wydziału Prawa i Administracji Uniwersytetu Rzeszowskiego w Rzeszowie¹⁶. Bodźcem do podjęcia tematu była informacja, że wraz ze sprawującymi nad nimi opiekę naukową drem Karolem Wajdą obejrzeni film „Jestem mordercą”. Podniętą była również wiedza, że część widzów tego dzieła sztuki uznaje jego fabułę za „prostą pieczęć prawdy” (*simplex sigillum veri*)¹⁷ o kazusie niesłusznie i ze szkodą dla edukacji utożsamianym z osobą li tylko Zdzisława Marchwickiego.

Reżyser twierdził, że kilkanaście (dokładnie 18) lat temu akta sądowe „dokładnie poznał”, ale „na nowo nie studiował”. Z uwagi na brak miejsca na omawianie zjawiska pamięci¹⁸ tutaj nad nią nie będziemy się rozwo-

¹⁴ Brat Johanan (katolicki ksiądz), Chrześcijananie i antysemityzm, Znak, Kraków 2000, s. 37, 38.

¹⁵ S. Waltoś, Owoce zatrutego drzewa, Wydawnictwo Literackie, Kraków 1978, s. 68, 69.

¹⁶ Mowa o Ogólnokrajowej Konferencji Naukowej nt. „Oblicza współczesnej przestępczości. Przestępstwa przeciwko życiu i zdrowiu”, Rzeszów, 4 grudnia 2017 r.; poniekąd poza tym ponadto pozostają pod wpływem wywiadów, w listopadzie 2016 r. przez reżysera filmu udzielonych Polityce i Gazecie Wyborczej, dlatego z oczywistego względu należało się do nich odnieść.

¹⁷ Zwrot powtórzony za E. Cassirer, Esej o człowieku..., *idem*, s. 322.

¹⁸ Zresztą, w tej potrzebie w sukurs przychodzi, np. T. Tomaszewski, Alibi. Problematyka kryminalistyczna, Wydawnictwo Prawnicze, Warszawa 1993, s. 121, 150, 151; R. Łyczyszek, Szkice z psychologii sądowej, Oficyna in Plus, Szczecin 1998, s. 23–32; E. Nęcka, J. Sowa, Człowiek–umysł–maszyna. Rozmowy o twórczości i inteligencji, Znak, Kraków 2005, s. 82–87; S. M. Kosslyn, R. S. Rosenberg, Psychologia–Mózg–Człowiek–Świat, Znak, Kraków 2006, s. 292–339; V. Kwiatkowska-Daruł, Przesłuchanie małoletniego świadka w polskim procesie karnym, DOM ORGANIZATORA, Toruń 2007, s. 57–69; E. Gruza, (w:) Kryminalistyka – czyli rzecz o metodach śledczych, Wydawnictwa Akademickie i Profesjonalne, Warszawa 2008,

dzić. Sęk wszak bardziej w tym, że akta trzeba nie tylko „znać”, lecz także – „rozumieć”. Bywa, że najtrudniej dowody właśnie zrozumieć! Tak czy inaczej, artysta zapewniał, że „fakty są takie”:

- a) Zdzisław Marchwicki był „kozłem ofiarnym”,
- b) w przeprowadzonym procesie poszlakowym „nie znaleziono żadnych dowodów winy”,
- c) w śledztwie było sporo „manipulacji rzekomymi dowodami”,
- d) film „Jestem mordercą” unaocznia, że wówczas „każda droga była dobra, choćby po trupach”,
- e) „Wampirem z Zagłębia” „manipulowano”,
- f) ślimaczące się śledztwo zdynamizowano i prowadzono bez przebiegania w środkach dopiero wtedy, kiedy „zginęła bratanica Gierka”,
- g) z ust Zdzisława Marchwickiego chciano usłyszeć jedynie przyznanie się do winy, więc ten na stosowne zapytanie sędziego odpowiedział na wskroś enigmatycznie: „z tego, co tu usłyszałem, czego się tutaj dowiedziałem, to tak”.

Reżyser wreszcie mylnie napomknął, że Sąd Najwyższy oddalił „wniosek” o kasację wyroku na korzyść. SN rozpoznawałby nie wniosek syna Zdzisława Marchwickiego, lecz kasację jednego ze ściśle oznaczonych podmiotów (patrz Rozdział 55 k.p.k.). Po wtóre, w tym przypadku Rzecznik Praw Obywatelskich (a nie SN) podjął zasadniczej wagi decyzję, o której już niebawem zwięźle poinformujemy.

Niestety, faktycznie przywidzeniami są powyżej streszczane niby fakty. Żaden dowód nie podbudowuje najcięższego kalibru zarzutu. Krytykujący nie podał numerów ani jednego tomu, ani jednej karty, gdzie zainteresowani sprawą mogliby sprawdzić faktyczną podstawę (rzekomo błędne zeznanie, ekspertyzę, nieistnienie dowodu rzeczowego etc.) danej przysłany. Ze względu na przyjętą konstrukcję artykułu tematem materialnych fundamentów wyrokowania zajmiemy się nieco dalej. Niemniej, bezzwłocznie trzeba zauważyć, że niechybnie w gruzy zamieniłby się gmach mitycznych zarzutów, gdyby w wywiadach *sine ira et studio* zaprezentowano i należycie przetrawiono decyzję Rzecznika Praw Obywatelskich, prof. Andrzeja Zolla z lutego–marca 2003 r. Znany prawnik, Stanisław Wiliński z biura prasowego RPO powiadomił wtedy na konferencji dziennikarzy o odmowie wniesienia kasacji na korzyść Zdzisława Marchwickiego. Zespół pracowników biura RPO badał akta sprawy w ciągu kilkunastu miesięcy, po czym „Rzecznik – według relacji S. Wilińskiego –

s. 85, 105, 156, 159; M. Kała, D. Wilk, J. Wójcikiewicz (red.), Ekspertyza sądowa. Zagadnienia wybrane, Wolters Kluwer, Warszawa 2017, s. 834.

nie dopatrył się żadnych nieprawidłowości (podkr. Autora). Nie zwróci się więc do Sądu Najwyższego o kasację wyroku”¹⁹.

4. Najważniejsze ustalenia sądowe

W praktyce sprawdzone przysłowie ludowe oznajmia, że „Sąd skwapliwy – rzadko sprawiedliwy; sędzia sprawiedliwy nie ma być skwapliwy”²⁰. Sąd Wojewódzki w Katowicach nie był „skwapliwy” w rozumieniu N. Sołtana, autora GA i PP. Sprawę sygn. IV K 157/74 Zdzisława, Jana i Henryka Marchwickich, ich siostry Haliny F., jej syna Zdzisława F. i Józefa K. czyli życiowego partnera Jana Marchwickiego, rozpoznawał w statecznym tempie, w czasie od 18 września 1974 r. do 24 lipca 1975 r. Postępowanie zamknął po 125 sesjach, wyrok zaś ogłosił dnia 28 lipca 1975 r. Każdego oskarżonego broniło trzech adwokatów, niektórzy wnosili obronę już w toku śledztwa (por. protokoły czynności śledczych).

Uzasadnienie wyroku SW liczy 1312 stron maszynopisu. Głębokiego namysłu warte jest zestawienie na s. 1–4 swobodnie ocenianych (art. 7 k.p.k.) źródeł wiedzy o przestępstwach i oskarżonych: 1) 141 tomów akt śledztwa oraz załączone doń związkowe akta wcześniejszych spraw karnych braci Marchwickich ich siostrzeńca Zdzisława F., 2) 25 taśm magnetofonowych, 6 filmów i 250 przeźroczy (fotografii) utrwalających czynności śledcze, 3) 20 tomów dokumentujących proces sądowy, 4) 260 taśm magnetofonowych i magnetowidowych ilustrujących przesłuchania na sali rozpraw (art. 147 § 1 k.p.k.), 5) ponad 100 różnych dowodów rzeczowych, 6) bezlik spostrzeżeń *ad hoc* poczynionych w realizowaniu zasady bezpośredniości (art. 92, art. 410 k.p.k.)²¹.

Nieprzypadkowo podkreślony druk informuje o setce dowodów rzeczowych. Niemały przecież zastęp mitycznie myślących z żelazną konsekwencją odnosi się do nich *per non sunt!*

W historię sądowego postępowania dowodowego wpisuje się również fundamentalnie ważny epizod aktywności Sądu Najwyższego. Otóż, w dniu 13 lipca 1976 r. w gmachu SW w Katowicach trzej ze składu SN delegowani Sędziowie, w tym przewodniczący składu dr Jerzy Bratoszewski, z udziałem autora tego tekstu, obrońców i biegłych psychiatrów

¹⁹ P. Jedlecki, Sprawa Marchwickiego. Wampir bez kasacji, Gazeta Wyborcza z dnia 6 marca 2003 r.

²⁰ N. Sołtan, Sędzia – „statystyk”, Gazeta Administracji i Policji Państwowej 1927, nr 8, s. 748.

²¹ Więcej zob. S. Waltoś, Naczelne zasady procesu karnego, Wydawnictwo Prawnicze Sp. z o.o., Warszawa 1999, s. 75–78.

przesłuchali Zdzisława Marchwickiego. Zanim będzie o tym więcej, napomknijmy, że odpowiadając na pytania Sędziów SN Zdzisław Marchwicki jednoznacznie przyznał się do popełnienia zarzuconych mu przestępstw. Rewizje obrońców od wyroku SW natomiast zostały rozpoznane w dniach 22–23 września 1976 r., a dwa dni potem SN ogłosił wyrok o sygn. IV KR 171/76, którego motywy liczą 231 stron maszynopisu. Wszystko więc działo się rozważnie i bez pośpiechu.

Na żadnym etapie procedowania nikt nie składał wniosku o sprostowanie protokołów SW lub SN (art. 152 k.p.k.), co świadczy o rzetelności zapisów w tychże dokumentach. Ta uwaga powinna ustrzec przed szumem informacyjnym wynikającym z lekceważenia faktu nieusuwalności brzmienia nazw czy bagatelizowania choćby okrucich słów prawidłowo utrwalonych w materiałach procesowych. Bezценne mogą być także przeróżne czynniki kontekstowe werbalnych i niewerbalnych wyrażeń. Artystyczne i związkowe przejawy indywidualności człowieka, zdarzeń, śladów, które jednocześnie łączą w całość niepowtarzalne kształty, odcinienie, pozy i układy²².

Do podstawowych ustaleń procesowych należą również te, które odczarowują i nadają właściwy sens szablonowemu hasłu „Sprawa Wampira” lub tylko – „Zdzisława Marchwickiego”, rzekomo osamotnionego, bezradnego, przez maszynierę procesową wręcz w ziemię wdeptanego.

Rzeczywistość jest zasadniczo nie taka. Zanim został głównym oskarżonym, Zdzisław Marchwicki współdziałał z najbliższymi w swoistym gangu, a wiadomo, że „razem można więcej”. Sąd Wojewódzki sformułował, wyraźnie przez Sąd Najwyższy akceptowany pogląd, że bracia Marchwiccy, siostra Halina F. z synem Zdzisławem F. tworzyli zgraną grupę, która (cyt.) „powiązana była wspólnymi więzami rodzinnymi, wyrastać mogła i wyrastała na tle ogólnej atmosfery panującej w rodzinie Marchwickich, atmosfery sprzyjającej popełnianiu przestępstw, od znęcania się fizycznego i moralnego nad członkami rodziny poprzez kradzieże do zbrodni zabójstwa” (wyrok SW, tom 1, s. 72). Tak samo w nawiasach dalej będą określane miejsca powoływanych faktów i poglądów.

²² Por. np. K. Nitsch, *O języku polskim*, Gebethner i Sp., Kraków 1921, s. 7 i *passim*; T. Kotarbiński, *Wybór pism. Myśli o myśleniu*, PWN, Warszawa 1958, s. 104, 105; A. Biela, *Informacja a decyzja*, PWN, Warszawa 1976, s. 28, 33; P. Jasienica, *Polska anarchia*, Wydawnictwo Literackie, Kraków 1988, s. 46; H. Krall, *Sublokatorka*, Iskry, Warszawa 1989, s. 17, 63 i inne; W. Szymborska, wiersz „Chmury” w tomie „Chwila”, Znak, Kraków 2002, s. 10; A. Grobler, *Metodologia nauk*, Wydawnictwo Aureus i Znak, Kraków 2006, s. 222; J. Gurgul, *Glosa do wyroku Sądu Apelacyjnego w Krakowie z dnia 24 września 2014 r., sygn. II AKa 97/15*, *Prokuratura i Prawo* 2017 nr 1, s. 137; J. Franczak, *Na dobry początek*, *Czas Literatury* 2018, nr 1, s. 70, 71.

Z tymże toksycznym układem przejściowo związał się Józef K., współmieszkaniec i seksualny partner Jana Marchwickiego. Spoistość tej szajki zdała egzamin zwłaszcza w poczynaniach związanych z zabójstwem w dniu 4 marca 1970 r. w Katowicach–Bytkowie adiunkta polonistyki Uniwersytetu Śląskiego, dr Jadwigi K.

Przypatrzmy się szkicowi życiorysów i kryminalnych dokonań sześcioro oskarżonych, dzięki któremu chcący wyrobi sobie wstępny pogląd na ich kwalifikacje moralne i zdolności obronne w śledztwie oraz w postępowaniu sądowym.

Zdzisław Marchwicki, jako szereg razy skazywany i odbywający karę więzienia był obeznany z realiami procesu karnego, z tzw. teatrem na sali rozpraw. Do świata kobiet pałał nienawiścią, twierdził, że „wszystkie kobiety to k...”, wobec czego, „gdyby miał władzę, to wszystkie by wystrzelał”. Dopuszczał się czynów kazirodczych i sodomii (z krową i innymi zwierzętami). Sąd Wojewódzki uznał go winnym tego, że od 7 listopada 1964 r. do listopada 1971 r. w Katowickiem:

- a) zabił 14 kobiet w celu zaspokojenia popędu seksualnego i niektórych zwłoki okradł,
- b) w tym samym celu usiłował zabić 5 kobiet i jednocześnie skradł im sporo drobiazgów,
- c) czynem ciągłym dokonał kradzieży mienia o wartości ponad 87.000 zł na szkodę pracodawcy,
- d) będąc nietrzeźwym, fizycznie i psychicznie znęcał się nad członkami rodziny.

Na podstawie amnestii z dnia 18 lipca 1974 r. SW umorzył postępowanie dotyczące występku z art. 236 k.k. (znieważenie funkcjonariusza).

Jana Marchwickiego, Kierownika Sekretariatu Zaocznego Wydziału Prawa i Administracji, w szczególności za przestępstwa korupcyjne wcześniej już karanego, SW skazał tym razem za:

- a) sprawstwo kierownicze zabójstwa dr Jadwigi K., zrealizowanego przez brata Zdzisława z pomocnikami Henrykiem Marchwickim i Józefem K.,
- b) podżeganie Józefa K. do zabójstwa będącej z nim w ciąży Henryki U.,
- c) czyn lubieżny z 14-letnim krewnym Markiem B.,
- d) podżeganie siostrzeńca F. do kradzieży części samochodowych,
- e) paserstwo,
- f) podżeganie tegoż siostrzeńca do zatajenia wiadomości, że 4 marca 1970 r. był świadkiem omawiania zabójstwa Jadwigi K. i dzielenia łupu przez braci Marchwickich,

g) podżeganie wiosną 1972 r. małżonków Donata i Henryki W. do zatajenia prawdy w zeznaniach składanych w sprawie II-2 Ds Prokuratury Wojewódzkiej w Katowicach o (m.in.) otrzymaniu od nich łapówki w kwocie 20.000 zł w zamian za pomoc w uzyskaniu odroczenia służby wojskowej i przyjęcie Donata W. na studia prawnicze w U. Śl.

Zdaniem Sądu Wojewódzkiego, osobowość Jana Marchwickiego była zwielokrotniona wrogością do Innych, a szczególnie do dr Jadwigi K. SW scharakteryzował go jako przestępcę mściwego, sadystycznego, demoralizującego oraz wypaczającego psychikę młodych ludzi, jawnie i skrycie oszukującego bliźnich. Nigdy „nie splamił sobie rąk uczciwą pracą”, do prostych ludzi odnosił się z pogardą, a z łapownictwa za przyjęcia na studia uzyskał około miliona złotych. Jadwigę K. znienawidził, ponieważ jako ortodoksyjna katoliczka zamierzała zdemaskować go przed duchowieństwem, z którym utrzymywał bliskie relacje i spowodować usunięcie z Uniwersytetu, aby dłużej młodzieży nie deprawował.

Z tego samego powodu, to jest z obawy o zdemoralizowanie kleryków, usunięto Jana Marchwickiego najpierw z Seminarium Duchownego w Krakowie, a następnie z zakonu w Częstochowie (wyrok SW, tom IV, s. 1033–1037, 1289–1294; wyrok SN, s. 151–155).

Henryk Marchwicki, karany, wielokrotny pensjonariusz zakładów karnych, według wyroku SW, oszust i złodziej, wulgarny i agresywny alkoholik do cna moralnie upadły, za wódkę przez brata Jana przyrzeczoną pomógł dokonać zabójstwa Jadwigi K. Działalność przestępczą kontynuował nawet po aresztowaniu brata Zdzisława.

W analizowanej sprawie SW skazał Henryka Marchwickiego za to, że:

- a) wspólnie z Józefem K. w dniu 4 marca 1970 r. bratu Zdzisławowi udzielił pomocy do zabójstwa Jadwigi K.,
- b) wspólnie z bratem Zdzisławem ukraść zegarek i torbę z zawartością m.in. pióra marki Chullima należącego do pozbawionej życia Jadwigi K.,
- c) od 1969 r. do maja 1972 r. jako nietrzeźwy znęcał się fizycznie i moralnie nad żoną i dziećmi,
- d) dopuścił się paserstwa, od siostrzeńca Zdzisława F. przyjmując skradzione części samochodowe o wartości około 3800 zł,
- e) wiosną 1972 r. od Mariana H. zakupił pochodzący z kradzieży zegarek marki Sława (paserstwo),
- f) w kwietniu 1972 r. kwotą 100 zł przekupił i nakłonił lekarza do wystawienia Halinie F. fałszywego zaświadczenia o niezdolności do pracy (wyrok SW, tom IV, s. 1297–1301; wyrok SN, s. 173, 211–215; tom I akt SW, k. 15, 27, 29, 31).

Dotąd niekaraną Halinę F. Sąd Wojewódzki uznał winną:

- a) paserstwa polegającego na tym, że w latach 1965–1970 w Dąbrowie Górniczej od brata Zdzisława przyjęła: złoty kolczyk z koralem, obrączki, tusz do rzęs, zegarki, parasolkę marki Juvel, pilniczek do paznokci, damską torebkę z różnymi drobiazgami wiedząc, że pochodzą z kradzieży,
- b) wręczeniem kwoty 250 zł nakłoniła brata Henryka do uzyskania od lekarza fałszywego zaświadczenia o jej stanie zdrowia.

W uzasadnieniu wyroku SW wymienia dowody przekonujące, że Halina F. jest wulgarna i zdeprawowana, nie szanuje ludzi, bratu Zdzisławowi udzielała psychicznego wsparcia, gdy skrwawiony pojawiał się w jej mieszkaniu. Przebywając w areszcie wysłała do niego gryps sugerujący gmatwanie postępowania (wyrok SW, tom II, s. 1305, 1306; wyrok SN, s. 219, 220).

Zdzisławowi F. urodzonemu w roku 1952, karaniem przez Sąd dla Nieletnich za kradzież, SW przypisał w wyroku:

- a) kradzież części samochodowych o wartości ponad 11.000 zł na szkodę Fabryki Fiat i, co niebywale istotne,
- b) niepowiadomienie organów ścigania o zabójstwie Jadwigi K., o sprawcach którego miał bogate, wiarygodne wiadomości.

Także przez środowisko rodzinne zepsuty Zdzisław F. z wujkiem Janem uprawiał odpłatny seks. Z uwagi na konteksty moralne należy wspomnieć o tatuażu półksiężyca między kciukiem i palcem wskazującym lewej ręki Zdzisława F., symbolizującym złodzieja nocnego²³. O jego etyce sporo świadczy kradzież zwitka banknotów i zegarka z kurtki Zdzisława Marchwickiego, które – w obecności tegoż wykolejonego młodocianego – przypadły mu (tzn. okradzionemu) jako „wynagrodzenie” za unicestwienie Jadwigi K. (wyrok SW, tom III, s. 880, 881; tom IV, s. 1004–1010, 1308–1310; wyrok SN, s. 189–192 i tamże powołane i prawidłowo ocenione karty z akt śledztwa).

Józef K. (niekarany) wreszcie został skazany na 12 lat pozbawienia wolności za udzielenie pomocy do zabójstwa Jadwigi K. W dniu 4 marca 1970 r. śledził jej ruchy w Uniwersytecie Śląskim i w trakcie powrotu tramwajem w domu, by następnie koło Ośrodka TV w Katowicach–Bytkowie wskazać ją Zdzisławowi Marchwickiemu celem wykonania zemsty Jana Marchwickiego (wyrok SW tom IV, s. 1004–1013, 1034–1038).

Zgubny wpływ na zachowania Józefa K. w dniu 4 marca 1970 r. wywarło bezsprzecznie jego materialne uzależnienie oraz seksualne partnerstwo z Janem Marchwickim.

²³ Por. K. Malinowski, *Tatuaże*, ZK KGMO, Warszawa 1973, s. 9, gdzie mowa o motywach tatuowania i osobowości tatuowanego.

Z kolei, ciągle na oku mając potrzeby dyskusji o wyrokach z przede wszystkim studenckim audytorium, stosowne jest zainteresowanie go nader aktualną tezą Sądu Najwyższego. Mianowicie, tenże postanowił, że „Dla wykazania obrazy art. 7 k.p.k. wskazać wszak trzeba (co mitycznie myślący zupełnie zignorowali! – dop. Autora) konkretne uchybienia w ocenie dokonanej przez sąd, biorąc pod uwagę konieczność kształtowania przez ten organ swego przekonania w oparciu o całokształt przeprowadzonych dowodów, z uwzględnieniem zasad prawidłowego rozumowania oraz wskazań wiedzy i doświadczenia życiowego. Nie jest zaś wystarczające samo przedstawienie odmiennego stanowiska niż sąd (jak całkiem dowolnie robią to mitomani – dop. Autora), zwłaszcza, gdy czyni się to w oparciu o inne dowody”²⁴.

Wypada również uwypuklić, łatwą do sprawdzenia, rzetelność procedowania w śledztwie i postępowaniu sądowym w rozumieniu zasad Kodeksu postępowania karnego i art. 6 Europejskiej Konwencji Praw Człowieka, wówczas przez Polskę jeszcze nieratyfikowanej²⁵. To samo można by powtórzyć z etycznego punktu widzenia, który uzmysławia prokuratorowi „co powinien robić, a czego robić nie wolno”. Z grubsza, *a priori* niczego nie wolno potwierdzać. Przed ferowaniem decyzji natomiast należy szukać inspiracji i naświetlenia rzeczywistości również z drugiej strony, a więc nie blokować przepływu wiadomości rozsianych w niejednym umyśle.

Rozprawy toczyły się pod kontrolą publiczności, gwarantującą uczciwość procesu. Pracy Sądu przysłuchiwało się co dzień setki górników, lekarzy, prawników, artystów i tzw. prostych ludzi. Wśród nich widziało się, na przykład, świetnego aktora Mieczysława Czechowicza, legendę polskiego sportu Włodzimierza Lubańskiego, autorytet moralny i zawodowy – Naczelnego Redaktora Palestry, adw. Stanisława Mikke’go, autochtona z Opolszczyzny, wyśmienitego dziennikarza Edmunda Osmańczyka...

²⁴ Postanowienie SN z dnia 20 września 2017 r., sygn. III KK 194/17, Prokuratura i Prawo – Orzecznictwo 2017, nr 12, poz. 8; por. nadto M. Całkiewicz, *Modus operandi sprawców zabójstw*, Wydawnictwo Poltext, Warszawa 2010, s. 291–335.

²⁵ T. Kotarbiński, *Drogi własnych dociekań*, PWN, Warszawa 1986, s. 392; B. Skar-ga, *Tego się nie robi*, (wywiad udzielony K. Doroszowi), *Jednota* 2002, nr 5, s. 7–10; M. P. Markowski, *Pragnienie i bałwochwalstwo*, *idem*, s. 120, 151; M. Dubois, M. Komar, *Adwokat. Rozmowa o życiu i ciekawych czasach*, PWN, Warszawa 2012, s. 175, 179, 247 i *passim*; por. też A. Głazek, *Profesor Jan Sehn i jego wizja roli biegłego w procesie karnym*, (w:) *Dowód z opinii biegłego w projekcie Kodeksu postępowania karnego*, IES, Kraków 1996, s. 7–12; J. Franczak, *Na dobry początek*, *Czas Literatury* 2018, nr 1, s. 70–72.

A propos rzekomych manipulacji Zdzisławem Marchwickim w śledztwie. Wobec publiczności reprezentującej wszystkie stany społeczeństwa i zakątki kraju, przed Sądem Wojewódzkim (podobnie również przed Sędziami SN) Zdzisław Marchwicki oświadczył: „W (...) śledztwie przesłuchiwało mnie kilku oficerów i wszyscy oni odnosili się do mnie grzecznie. Nie grożono mi zemstą, ani nie gwarantowano mi wolności, jak to wyjaśnił przed Sądem mój brat Henryk. Gdyby mi nawet coś takiego proponowano – nigdy bym na to nie poszedł” (protokół rozprawy z dnia 20 listopada 1974 r. w tomie II, s. 40).

Ba, z rozbijającą szczerością oznajmił nawet, że kulturalnie traktowany nieraz sam manipulował poczynaniami milicjantów. Protokoły przesłuchania podpisywał tylko po wcześniejszym przeczytaniu i po – w przypadkach takiej potrzeby – wprowadzeniu do nich żądanych poprawek. Każdorazowo też był informowany o utrwalaniu obrazu i (lub) dźwięku przesłuchania (protokoły rozpraw z dni 21 listopada 1974 r. i 20 grudnia 1974 r.; wyrok SW, tom I, s. 16–19). Identycznie przebiegały przesłuchania innych oskarżonych (wyrok SW, tom I, s. 29 i inne; wyrok SN, s. 35, 46).

SW i SN jednakowo stwierdziły, że śledztwo zrealizowano wielowersyjnie i wielokierunkowo. Dobitnym, choć nie wyłącznym tego dowodem jest przedstawienie zarzutów: Janowi M., Leonowi J., Bogusławowi Ł., Jackowi R., Albinowi Sz., Ezechielowi S., Aleksandrowi M., Brunonowi M., Stanisławowi B., Stanisławowi Ch. Niektórzy z nich nawet bezpodstawnie się samooskarżyli (wyrok SW, tom I, s. 64; wyrok SN, s. 26, 46). Wielość przyjętych i zbadanych wersji sama przez się ośmiesza urojenia, jakoby w śledztwie „chodzono na skróty, byleby tylko dopaść Zdzisława Marchwickiego”.

Wybornym do zarysowania rzeczy jest przykład wyjaśniania rodzinnej tragedii w Sosnowcu. Malarz pokojowy, Piotr O. nocą z 13 na 14 marca 1970 r. zabił żonę i dwoje dzieci, po czym popełnił samobójstwo. Zwaśnieni i konkurujący z Szefem Grupy Operacyjnej „Anna” milicjanci podnieśli, podchwyczone i powtarzane także przez postronnych larum, że właśnie Piotr O. popełnił serię zabójstw kobiet, niesłusznie inkryminowaną Zdzisławowi Marchwickiemu. O prawdziwości tej hipotezy miałyby stanowić koincydencja zdarzeń i dat. W szczególności, do ostatniego w zestawie zabójstwa Jadwigi K. doszło 4 marca 1970 r., czyli 10 dni przed nieszczęściem w Sosnowcu. Niebawem zaś Komendzie Wojewódzkiej MO doręczono nadany 11 marca 1970 r. na poczcie w Tarnowskich Górach anonim z oznajmieniem, że zabójstwo z dnia 4 marca 1970 r. było ostatnim z przezeń dokonanych. Wkrótce wszak popełnił zamach na własne życie. Wersja Piotra O. w roli mordercy wciąż jeszcze, od czasu do czasu, wybucha z różną siłą.

Clou zagadnienia zawiera okoliczność, że wieszczący ją (wersję O.) „przybijają pieczętki do jedynych prawd, wrzucając do niszczarek fakty niepotrzebne”²⁶. Zmyślający „wrzucają do niszczarki”, po pierwsze, dostarczony KWMO drugi anonim, także w Tarnowskich Górach nadany, ale dopiero 20 kwietnia 1970 r., ergo 38 dni po śmierci Piotra O. Po drugie, biegli (w tym językoznawca z UAM w Poznaniu, dr Marek Kornaszewski) zaopiniowali, że: a) ta sama osoba była autorem obu anonimów w sensie redakcyjnym i wykonawczym, przy czym b) autorstwo Piotra O. jest wykluczone (wyrok SN, s. 41, 42; tom 132, k. 20256, 20298, 20315).

W kontekście zasady rzetelności procedowania należy wspomnieć o stwierdzeniu Sądu Najwyższego, że w śledztwie dla każdego podejrzanego wyznaczono po dwóch obrońców z urzędu (w SW – po trzech). I (cyt.) „nie zdarzyło się w śledztwie (...), by obrońców nie dopuszczono do udziału w czynnościach lub aby nie powiadomiono ich o czynnościach” (wyrok SN, s. 29).

Sąd Najwyższy ustalił też, że proces „Wampira z Zagłębia” nie ma cech poszlakowego. „O procesie poszlakowym można by mówić, gdyby nie było dowodów bezpośrednich” (podkr. Autora), co bynajmniej nie oznacza – kontynuuje SN – że dowody pośrednie są bez znaczenia. Poza Janem Marchwickim, wszyscy oskarżeni, aczkolwiek „nie bez pewnych zastrzeżeń przyznali się do winy” i „te wyjaśnienia (...) stanowią dowody bezpośrednie” (wyrok SN, s. 27, 28). Analogiczne zapatrywanie, aprobowane zresztą przez Z. Dodę i A. Gaberle’go, wyrażał SN już we wcześniejszym wyroku: „wyjaśnienia współoskarżonych stwierdzających konkretne fakty o winie oskarżonego, nie są poszlakami, lecz dowodami bezpośrednimi i na taki ich charakter nie ma wpływu ocena ich wiarygodności”²⁷.

Celnie ponadto SN zauważył piętrzące się trudności w rozstrzygnięciu sprawy, której materiał dowodowy jest wyjątkowo obszerny i różnorodny. Prawidłowości wykonania zadania przez SW nie przeszkodziły kłopoty wynikające dodatkowo z mnogości i niejednakowości przestępstw oraz upływu 11 lat od daty pierwszego zabójstwa (7 listopada 1964 r.) do dnia wyrokowania w końcu lipca 1975 r. (wyrok SN, s. 25–27, 191). Sąd Wojewódzki poradził sobie z odnośnymi przeszkodami rozważniej procedując i należycie wykorzystując doświadczenie życiowe. Z pola widzenia nie umykało realistyczne myślenie, że w olbrzymich materiałach zostały

²⁶ Cytat z wiersza W. Szymborskiej: „Są tacy, którzy”, (w:) Wystarczy, Wydawnictwo a5, Kraków 2011, s. 5.

²⁷ Wyrok SN z dnia 24 kwietnia 1975, sygn. II KR 364/74, OSNKW 1975, nr 8, poz. 111; Z. Doda, A. Gaberle, Dowody w procesie karnym, Dom Wydawniczy ABC, Warszawa 1997, s. 34.

się pewne „niedomówienia”, co owocowało ostrożnością podchodzenia do każdego dowodu (wyrok SW, tom I, s. 4, 5 i *passim*).

SW zapewne korzystał z samowiedzy, że w relacjach świadka i oskarżonego przeszłość przeżyta, widziana, zapamiętana i odtwarzana są na ogół niezupełnie identyczne. Według filozofów i poetów w szczególności, ze znanych przyczyn, „przeszłość jest niedokładna”²⁸.

Z tych zwłaszcza przyczyn w pakiecie węzłowych wątków tegoż wyroku niepodobna nie zamarkować również – ważne w kontekście swobodnej oceny dowodów – spostrzeżenie, że język sporządzanych w śledztwie protokołów zeznań i wyjaśnień był zgodny z utwalonym na taśmach magnetofonowych i magnetowidowych (art. 147 § 1 k.p.k.). Znajdowało to, podkreślany przez oba Sądy, wyraz w zachowaniu choćby oryginalności języka „lokalnego”, niekiedy nieprzyzwoitego w wypowiedziach, na przykład, Haliny F. (wyrok SW tom II, s. 377, 344, 450, 451; tom IV, s. 1044, 1063, 1071; wyrok SN s. 180, 191). Tak więc, spełniano szanse bezpośredniego przeżywania nastroju czynności, wsłuchiwanie się w melodykę słów, obserwowania mówiącego. Dzięki temu zeznania i wyjaśnienia zachowały optymalny stopień swoich konturów, odcieni, ciężaru, treści²⁹.

Ten fragment rozważań domkniemy bardzo istotną, dającą do myślenia informacją. Otóż obrona Zdzisława Marchwickiego nie zaskarżyła wyroku Sądu Wojewódzkiego w części skazującej go za kradzież mienia oraz umorzenia postępowania o występki z art. 236 k.k. Co ważniejsze, nie rewidowano też skazania Józefa K. na 12 lat pozbawienia wolności za udzieloną pomoc do zabójstwa Jadwigi K. (wyrok SN s. 1–11). Tym oto sposobem już w I instancji sądowej nastąpiło uprawomocnienie orzeczenia w zakresie zabójstwa Jadwigi K., z którego rozmaite korzyści odnieśli wszyscy (może poza Haliną F.) oskarżeni.

²⁸ Z. Czeczot, Kryminalistyczna problematyka osobowych środków dowodowych, UW, Warszawa 1976, s. 110, 116; Cz. Miłosz, Kilka żywotów, Tygodnik Powszechny 1998, nr 4; R. H. Popkin, A. Stroll, Filozofia, Zysk i S-ka, Poznań 1994, s. 344 i in.; W. Stróżewski, Ontologia, Aureus i Znak, Kraków 2004, s. 31, 32; M. Wyrzykowski (red.), Rozumność rozumowań prawniczych, UW 2008, s. 213.

²⁹ J. Życiński, Język i metoda, Znak, Kraków 1983, s. 35, 40, 41; J. Parandowski, Alchemia słowa, Czytelnik, Warszawa 1986, s. 126, 128; P. Śpiewak, Elie Wiesel, Tygodnik Powszechny 2016, nr 29; T. G. Ash, Europa Europy, Przegląd Polityczny 2017, nr 144.

5. Wybrane wyjaśnienia, zeznania

Sąd Wojewódzki i Sąd Najwyższy roztrząsają je na kilkuset stronach wyroków. W wykładzie (artykule) na ten luksus nie można liczyć. Niemniej sporo uwagi poświęcimy depozycjom centralnej postaci procesu, to jest Zdzisława Marchwickiego. W salach obu Sądów analogicznie utrzymywał on, że nigdy i przez nikogo nie był zmuszany do składania wyjaśnień. Zawsze swobodnie relacjonował zdarzenia (wyrok SN, s. 35). Dobrowolnie w dniach 9, 10, 11, 16, 18 maja 1972 r. przyznawał się najpierw do dokonania kradzieży, a następnie – wszystkich zabójstw³⁰. Najobszerniej opisywał zbrodnie na osobach Jolanty Gierek i Jadwigi K. z tym, że wtedy jeszcze zataił fakt udziału w tych zamachach braci Jana i Henryka oraz Józefa K. (wyrok SW, tom I, s. 17; tom 61 śl. k. 8708, 7814; tom 128 k. 19548 i in., ujawnione na rozprawie).

W maju 1973 r. niejako w charakterze ilustracji wyjaśnień własnoręcznie sporządził dwa kompletne wykazy miejscowości, na terenie których nastawał na życie kobiet. Symptomatyczne jest to, że dla uściślenia przestrzeni akcji użył charakterystycznego, potocznego nazewnictwa, którego nie znali obcy przesłuchujący go (wyrok SW, tom II, s. 521, 637 i *passim*; wyrok SN s. 36).

W jego wyjaśnieniach, gdy o faktografię chodzi, mamy do czynienia ze skromniejszym nurtem przysłowiowego „wodzenia za nos” milicjantów i – rozbudowanym, obfitującym w przeważnie prawdziwe detale, zdadne do sprawdzenia. Przykładem brzemiennej w utrudnienia dezinformacją było stwierdzenie niezabrania J. Gierkównie pierścionka z niebieskim oczkiem jako prawie bezwartościowego. Problem miał dwa aspekty. Pierwszy brał się stąd, że ani z protokołu i fotografii zwłok oglądanych na miejscu zdarzenia, ani z dokumentacji sekcyjnej nie wynikało, iżby na palcu denatki znajdował się jakikolwiek pierścionek lub inna doń podobna ozdoba. Drugi stwarzał szansę dla dokopującego się do prawdy w swobodnej ocenie dowodów (art. 7 k.p.k.). Wszak tej relacji nikt Zdzisławowi Marchwickiemu nie mógł zasugerować. Dopiero po ekshumowaniu zwłok J. Gierkówny stwierdzono bowiem, że na jej palcu znajduje się taki sam pierścionek, jak opisany w protokole wyjaśnień (wyrok SW, tom II, s. 637).

Ilustracją szczegółów, które mógł znać i opisać tylko sprawca zbrodni, świadczących o autentyczności zaprotokołowanych wyjaśnień, w przypadku zabójstwa Jadwigi Z. w Sosnowcu 22 lipca 1965 r. są (między in-

³⁰ Wykraczające poza plan wykładu kwestie przeżywania winy przez Z. Marchwickiego pozostawimy na uboczu, choć to temat wart pogłębionej refleksji; por. B. Chyrowicz, O sytuacjach bez wyjścia w etyce, Znak, Kraków 2008, s. 216–230.

nymi) słowa, że zaatakował „tramwajarkę” (wracającą do domu po pracy w mundurze konduktorki), której „zwłoki pozostawił tam, gdzie upadła”. Wszystkie inne zwłoki przemieszczał (wyrok SW, tom I, s. 268–271; wyrok SN 82; tom 61, k. 8695). Pozbawiona życia 15 czerwca 1966 r. w Zagórzcu Maria G. „posiadała torbę, której – opowiadał Zdzisław Marchwicki – nie zabrałem, lecz wyrzuciłem” w pobliskim stogu słomy. Istotnie, tamże ją odnaleziono. W zgodzie z faktami przyznał także, że denatce nożem wyciął jedną wargę sromową (wyrok SN, s. 115). Zabitej 15 czerwca 1967 r. w Grodźcu Zofii K. natomiast skradł majtki koloru – jak trafnie określił – „różowego”.

Podczas przesłuchania 5 kwietnia 1974 r. Zdzisławowi Marchwickiemu zadano wprost pytanie, czy nie chciałby zmienić lub nawet odwołać wyjaśnienia składane zwłaszcza w maju 1972 r. Odpowiedział jednoznacznie, że przyznania nie odwołuje (wyrok SN, s. 37, tom 128, k. 19623). Niżej podpisany w dniu 26 kwietnia 1974 r. ogłosił temuż podejrzananemu postanowienie o zmianie zarzutów, a ten znowu na stosowne zapytania oświadczył, że zarzuty zrozumiał i „nie przyznaje się tylko do zarzutu opisanego w pkt XXI, to jest do przestępstwa znęcania się nad żoną”. Dalej cyt.: „tego jednego przestępstwa nie popełniłem”. W toku zapoznawania go z aktami z udziałem obrońcy również nie kwestionował wielokrotnego przyznawania się do inkryminowanych mu zbrodni (wyrok SW, tom II, s. 539, 544, 663; wyrok SN, s. 36; tom 128, k. 19623; tom 141, k. 21158).

Zresztą, jak już napomykano, w dniu 13 lipca 1976 r. przez trzech Sędziów SN publicznie przesłuchiwany – w obecności obrońców i prokuratora – Zdzisław Marchwicki bez ogródek oświadczył nie tylko, że popełnił inkryminowane mu przez prokuratora czyny, lecz także pochwalił śledztwo, w którym przez wszystkich był traktowany kulturalnie, a protokoły podpisywał po przeczytaniu i wniesieniu ewentualnych poprawek. W końcu, przed rozprawą rewizyjną dobrowolnie samooskarżył się w odręcznym piśmie do SN oraz w Pamiętniku z podpisem „Marchwicki Zdzisław Wampir z Zagłębia” (zob. protokół tejże czynności w aktach SN, sygn. II KR 171/76).

O tym, że gang oskarżonych pod każdym względem stanowił jedno, że niczego przed sobą nie ukrywali, pokażemy na przykładach nieusuwalnego przeplatania się ich wyjaśnień, których szczegóły rekonstruuja badane zbrodnie. Przesłuchiwany w dniu 13 maja 1974 r. Zdzisław F. relacjonował, że: „4 marca 1970 r. w mieszkaniu Jana Marchwickiego w Katowicach przy ul. Bankowej 31/143 słyszałem, jak Zdzisław, Henryk i Jan Marchwiccy rozmawiali o pobiciu jakiejś kobiety z Uniwersytetu

(czyli Jadwigi K. – dop. Autora), które zostało dokonane tego samego dnia”. Dwa dni potem podtrzymał opis tegoż spotkania. Wtedy pito alkohol i dzielono łup, a Zdzisław Marchwicki – po przeczytaniu mu odnośnego fragmentu wyjaśnień Zdzisława F. – oznajmił: „stwierdzam, że Zdzisław F. wyjaśnił prawdę do tego protokołu. Nie stwierdziłem, żeby Zdzisław F. tu w czymkolwiek pokłamał” (wyrok SW, tom III, s. 913, 914; tom 141, k. 21178, 21256).

I jeszcze jeden z wielu, spójny z resztą wyjaśnień oskarżonych obrazek z rodzinnego życia Marchwickich. Według Haliny F., przebywający w jej mieszkaniu Henryk Marchwicki powtarzał: „Jedna koza mniej”, „Zdzisiek pierdolnął kozę”, „Zdzisiek zabił kobietę”. Kiedy innego dnia obaj podpici pojawili się u niej w Dąbrowie Górniczej, między nimi wywiązała się sprzeczka. Brat Henryk groził Zdzisławowi: „pójdę na mentownię i będziesz leżał”. Zdzisław Marchwicki odparował: „jak ja to i ty”. Punktem odniesienia gróźb było niedawne zabójstwo Jadwigi K. (wyrok SW, tom III, s. 914, 915; tom IV, s. 1115; protokół rozprawy z dnia 16 października 1974 r.). Także tutaj zachowano oryginalne słownictwo, aby świadczyło o autentyczności i jędrności przebiegu zwady.

W sali rozpraw do tych scysji, pod wpływem precyzyjnych zeznań Wandy Dembińskiej niespodziewanie zostały dopisane dalsze odsłony. W dniu 4 marca 1970 r. po pracy w bufecie Ośrodka TVP w Katowicach–Bytkowie tuż po godz. 19 weszła na ul. Siemianowicką i na chodniku zobaczyła „oczekujących” na coś (na kogoś) dwóch mężczyzn. W śledztwie i na rozprawie portrety obu – jak się niebawem okazało – bezbłędnie opisała i stanowczo rozpoznała. Świadek Dembińska ponadto widziała sylwetkę trzeciego mężczyzny, przechadzającego się nieco w głębi placu TVP, wobec czego niewiele więcej mogła o nim zeznać.

Gdy Wanda Dembińska w wypełnionej publicznością sali SW potoczyście i wiernie odtwarzała tamte spostrzeżenia, zwykle oszczędny w słowach, jednocześnie zaprzeczający w jego mniemaniu niepomyślnym depozycjom, Henryk Marchwicki zaskoczył wtrącaniem w relację świadka takich fraz: „prawdę mówi”, „tak było”, „to się zgadza”, „czekaliśmy na Zdziśka” (czyli brata Zdzisława, który w tym czasie miał przybyć ku Ośrodkowi TVP, gdzie z Józefem K. mieli mu wskazać Jadwigę K. – dop. Autora), „tam był Janek” (to aluzja do relacji świadka Dembińskiej o widzianej „sylwetce trzeciego mężczyzny” – dopisek Autora).

Także Józef K. nie omieszkał wtrącić: „a pani miała długie włosy rozpuszczone na ramiona”, „...apaszkę koloru...” „kurtkę...”, co świadek potwierdziła krótko „tak”(wyrok SW, tom III, s. 893; wyrok SN, s. 156, 175, 176, 180).

Treściwą i dynamiczną sytuację można podsumować aforyzmem komediopisarza z Umbrii, Plauta: *sapienti sat*. Praktyka jednakowoż kusi do zrobienia dygresji ważnych dla osiągnięcia celu tegoż eseju. Relacja z przesłuchania spostrzegawczej W. Dembińskiej, posiadającej dobrą, usłużną pamięć, szkicuje fundamentalne znaczenie zasady bezpośredniości (art. 92, 174, 410 k.p.k.), dosadnie przez Sądy eksponowanej w motywach orzeczeń (wyrok SW, tom I, s. 3, 8, 19, 22, 25 i in.; wyrok SN, s. 176, 177, 180). A. Kępiński w lapidarnych słowach ujął sedno tej zasady, że nieważne, co się mówi, lecz jak się mówi. Środkami paralingwistycznymi, uczestniczącymi w przekazie informacji (w zeznaniach) są mimika, gest, puszczenie oka, ruchy brwi, milczenie, wyraz oczu, postawa ciała, tembr głosu etc., etc. A więc takie formy przekazywania wiadomości (stanów uczuciowych, pewności, niepewności), które nie mogą być utrwalone w protokole³¹.

Co więcej, w ekstremalnych przypadkach zeznanie (wyjaśnienie) może się ziszczać w ogóle bez słów. Szczególny przykład rzeczy zawdzięczamy geniuszowi aktorstwa, Ludwikowi Solskiemu. W roli Staro Wiarusy (premiera w lipcu 1901 r. w Teatrze Lwowa), wykonując rozkaz gen. Franciszka Żymirskiego, milczeniem, postawą ciała, gasnącymi oczami, krwawiącą raną, pobrużdżoną twarzą, zniszczonym mundurem – zameldował gen. Chłopickiemu, że klęską zakończyła się bitwa pod Olszynką Grochowską. Że on, Stary Wiarus jest ostatnim żołnierzem z do nogi wybitego, elitarnego pułku gen. Żymirskiego, który również poległ³².

Recenzujący wyrok przeto powinien mieć na oku, że oceniany przez Sąd „całokształt okoliczności” (por. art. 92, art. 410 k.p.k.), to coś znacznie więcej niż – mniej lub bardziej dokładnie – zapisano w protokole. Że niektórych pozasłownych komunikatów nie zdoła uchwycić nawet aparatura rejestrująca obraz i (lub) dźwięk.

³¹ A. Kępiński, *Poznanie chorego*, PZWL, Warszawa 1978, s. 32, 33, 41; wyrok SN z dnia 9 kwietnia 1997, sygn. IV KKN 10/96, Prokuratura i Prawo 1997, dodatek „Orzecznictwo”, nr 10, poz. 12; S. Waltoś, *Naczelne zasady procesu karnego*, Wydawnictwo Prawnicze Sp. z o.o., Warszawa 1999, s. 75–82; Z. Martyniuk, *Sędziowska ocena zeznań świadków w procesie karnym*, (w:) *Zasady procesu karnego wobec wyzwań współczesności. Księga ku czci profesora Stanisława Waltośa*, Wydawnictwa Prawnicze PWN, Warszawa 2000, s. 577–585; M. Grechowicz-Hausnerowa, *Chleb dziennikarski ma smak rozmaity...*, *Wspomnienia. Wstęp i opracowanie dr K. Grodziska*, Polska Akademia Umiejętności, Kraków 2017, s. 16, 17, 256.

³² S. Wyspiański, *Warszawianka. Pieśń z roku 1831*, oprac. J. Saloni, Instytut Wydawniczy „Biblioteka Polska”, Warszawa 1929, s. 17–22 z recenzją (m.in.) A. Grzymały-Siedleckiego, *O „Warszawiance” Wyspiańskiego*, *Nowy Przegląd Literatury i Sztuki* 1920 r. s. 205; por. też A. Boniecki, *Połączenie odebrane*, Znak, Kraków 2018, s. 115.

Wydarzenia podczas zeznawania W. Dembińskiej wnoszą (wartą zapamiętania) szczyptę zamętu w kanon myślenia kryminalistycznego, że pytania są nieusuwalnym sposobem wykrywania przestępcy i generalnie – solą każdego śledztwa³³. W świetle doświadczenia z sali Sądu Wojewódzkiego w Katowicach, niegdyś na herezję wyglądające stanowisko R. Grassbergera, że w czasie przesłuchania organ procesowy powinien się biernie zachowywać (*Psychologie des Strafverfahrens*, Wien 1950), brzmi dość interesująco. Tym bardziej, że zyskuje takiego sojusznika, jak wytrawny adwokat, dyplomata i pisarz Eduardo Mendoza, idący jeszcze o jeden krok dalej. Stwierdził, że naczelną zasadą śledztwa jest niezadawanie pytań. Człowiek bowiem nie lubi być nękanym pytaniami, ale – i tym uspokaja ich orędowników w śledztwie – w pewnej sytuacji nie wytrzymuje naporu myśli i zaczyna się spontanicznie ustosunkowywać do opowiadanej historii³⁴.

6. Biegli, ekspertyzy, konsultacje

Oczywiście tylko „wybrane”, co zawsze oznacza – powtórzmy – poczucie dyskomfortu, że czegoś się nie wybrało. W wyniku selekcji tematów nieprzypadkowo na pierwszym miejscu plasuje się stara i zarazem ciągle ewoluująca problematyka tworzenia składanego portretu pamięciowego i procesu profilowania fizycznych i psychicznych właściwości seryjnego zabójcy kobiet. Uściślijmy, że długo nie mówiło się o „profilowaniu”, lecz o opisywaniu, na przykład, „sylwetki psychofizycznej” domniemanego przestępcy. Różnice terminologiczne nie przeszkodziły, aby

³³ Por. M. Lipczyńska, Pytania w procesie karnym, *Problemy Kryminalistyki* 1964, nr 49; V. Kwiatkowska-Darul, Wspólny ogląd sprawy czyli biegły oczyma Doktora Józefa Gurgula widziany, (w:) J. Wójcickiewicz (red.), *lure et facto*. Księga jubileuszowa ofiarowana Doktorowi Józefowi Gurgulowi, Instytut Ekspertyz Sądowych, Kraków 2006, s. 42 i *passim*; E. Gruza, (w:) *Kryminalistyka – czyli rzecz o metodach śledczych*, Wydawnictwa Akademickie i Profesjonalne, Warszawa 2008, s. 114, 134; D. Wilk (red.), *Kryminalistyka*, Dom Organizatora, Toruń 2013, s. 26; J. Gurgul, Wpływ utworów artystycznych i poetyckich na efektywność, kulturę i etykę śledztwa, *Prokuratura i Prawo* 2018, nr 2, s. 101–132.

³⁴ E. Mendoza, *Tajemnice zaginionej ślicznotki*, Znak, Kraków 2016, s. 70; adwokata-literata „odkrycia” można by zbyć milczeniem, gdyby autor wykładu nie nabył pozytywnego doświadczenia w tym przedmiocie; niebywale zuchwały oszust, swoimi wyczynami chyba przerastający osławionego Kapitana z Koepenick, wcale niepytany ujawnił szereg przestępstw, bo – wydaje się przesłuchującemu – faktami (!) chciał wzbogacić życiorys, w kontekście tylko jednego przedstawionego mu zarzutu nie dość ekscytujący.

pod pojęciem rekonstruowania sylwetki rozumieć *de facto* późniejsze profilowanie³⁵.

Szlaki takiegoż profilowania z dużym powodzeniem przecierał zespół złożony z dziewięciu konsultantów, znawców 1) psychiatrii: prof. Tadeusza Bilikiewicza (Gdańsk), prof. Manfreda Ochernala (Uniwersytet Humboldta – Berlin, NRD), lek. med. Andrzeja Różyckiego (Szpital Psychiatrii Sądowej w Grodzisku Mazowieckim) i prof. Adama Szymusika (Kraków), 2) medycyny sądowej – prof. Jana Kobieli (Kraków), prof. Władysława Nasiłowskiego (Katowice), prof. Bolesława Popielskiego (Wrocław), prof. Tadeusza Pragłowskiego (Katowice), 3) kryminalistyki – prof. Tadeusza Hanauska (Kraków). Zdarzało się, że *ad hoc* powoływano jeszcze innych specjalistów (np. prof. Karola Spetta z Krakowa) do dyskusji nad konkretnym pytaniem. Nikt nie przewodniczył, nie głosowano, zespół funkcjonował na zasadzie burzy mózgów. Osobiste, częstokroć podzielane przez innych poglądy precyzowano w zapiskach, które znalazły się w aktach sygn. IV K 157/74 i przez Sąd zostały ocenione.

Na podstawie analizy oględzin miejsc zdarzeń oraz zwłok i ciał porzywdzonych, zeznań tych ostatnich oraz relacji innych świadków wymienieni przedstawiciele nauk sądowych wskazali łącznie około 40 cech, odpowiadających stanowi faktycznemu, wyróżniających domniemanego sprawcę zamachów na życie kobiet. Oto ważniejsze z tych znaków rozpoznawczych w pisemnych wywodach rzeczowo umotywowanych: 1) mężczyzna, w czasie pierwszego zabójstwa (1964 r.) liczący 30–35 lat; Zdzisław Marchwicki ur. 1927 r., 2) wzrost 160–170 cm, 3) sprawny fizycznie, niezwykle silny, 4) włosy ciemne, faliste, czesane do góry; wysokie czoło, ostre kości policzkowe, nos garbaty, długi, grecki, orli z ciemną plamką, 5) wada wzroku, „oczy dzikie” (potwierdzono oczopląs poziomy), 6) anatomiczna wada prącia (biegli: nieznaczące spodziewstwo), seksualnie niewydolny, 7) sprytny, przebiegły, sadysta, psychopata, nie-

³⁵ Szerzej o tym zob. B. Łukomski (red.), Służba śledcza i taktyka kryminalna wraz z najważniejszymi wiadomościami z medycyny sądowej, Księgarnia W. B o d k a, Lwów 1924, *passim*; K. Chodkiewicz, Reforma portretu pamięciowego, Gazeta Administracji i Policji Państwowej 1927, nr 8; J. K. Gierowski, T. Jaśkiewicz-Obydzińska (red.), Zabójcy i ich ofiary. Psychologiczne podstawy profilowania nieznanymi sprawców zabójstw, Instytut Ekspertyz Sądowych, Kraków 2002, s. 11–34; J. Gołębiowski, Profilowanie kryminalne, LOGOS, Wołomin 2008, *passim*; K. B o n d a, B. L a c h, Zbrodnia niedoskonała, Videograf II Sp. z o.o., Chorzów 2009, *passim*; J. K a b z i ń s k a, Portret pamięciowy. Zagadnienia psychologiczne i prawne, Stowarzyszenie Psychologia i Architektura, Poznań 2016, *passim*; por. też recenzję książki J. Kabzińskiej pióra J. Gurgula, opublikowaną w Problemach Kryminalistyki 2017, nr 296, s. 3–10.

nawidzący kobiet z powodu doznanej zdrady, porzucenia czy wyszydzenia, 8) ubrany w..., nosi teczkę, 9) poczytalny, 10) konie? Itd.

Nie bez kozery przywołujemy słowo „konie”! W związku z nim wszak uzmysławiamy, jak w praktyce, także w profilowaniu tajemniczego zabójcy „dochodzono od nitki do kłębka”. Na przykład, około godz. 20-tej w dniu 26 lipca 1965 r. w Łagiszy (wtedy) nieznany mężczyzna usiłował zabić Eleonorę G. Obok lub tuż za jej plecami podążał szosą i nawiązał lakoniczną rozmowę, w trakcie której jakby mimochodem wyrwało mu się, że „idzie w kierunku Brzozowic do koni” lub „po konie”. Po sprawdzeniu (bynajmniej nie prędko) tej informacji okazało się, że przed laty właśnie Zdzisław Marchwicki pracował „przy koniach” u zamożnego gospodarza M. w pobliskich Brzozowicach (wyrok SW, tom I, s. 164, 180–183; tom III, s. 370, 431, 705–707, 736 i in.; wyrok SN s. 44, 45, 79, 84, 93, 106, 107).

Znawcy więc nie szybowali w obłokach. Realistycznie przypatrywali się konkretnym stanom faktycznym i zeń wyciągali wnioski. Supłali drobiny i układali je w logiczną całość. Choćby podświadomie, nawiązywali do przestróg lwowskiego policjanta B. Łukomskiego i wykładowcy Centralnej Szkoły Żandarmerii K. Chodkiewicza, aby przesłuchujący utrwał w protokole zeznań świadka tylko wpadające w oko cechy pewne, najlepiej postrzegane i zapamiętywane, jak: inwalidztwo, znaki szczególne, wzrost, wiek itp.³⁶

W procesie rekonstruowania wyglądu poszukiwanego korzystano z rad również zagranicznych ekspertów. Przystudiowano – w zamiarze dokonywania porównań – szereg spraw seryjnych zabójstw kobiet o podłożu seksualnym³⁷, w tym popełnionych przez studenta weterynarii w Bukareszcie Jona Rymaru³⁸. Media jednakowoż informują (niekoniecznie zgodnie z faktami) opinię publiczną tylko o wizycie w Polsce dra med., psychiatry Jamesa Brussela z USA, znanego z racji celnego wyprofilowania czternastokrotnego „Dusiciela z Bostonu”, Włocha z pochodzenia, Alberto de Salvo³⁹. W czasie krótkiej wizyty z Małżonką, zamieszkującą w Hotelu „Bristol” dr Brussel podzielił się swoim doświadczeniem z mili-

³⁶ B. Łukomski (red.), Służba śledcza..., *idem*; K. Chodkiewicz, Reforma portretu..., *idem*.

³⁷ Więcej zob. J. Gurgul, Zabójstwo z lubieżności. Studium kryminalistyczno-procesowe, MSW, Warszawa 1981, s. 182, 183 i *passim*.

³⁸ J. Gruba, Casus Rymaru, Problemy Kryminalistyki 1975, nr 118.

³⁹ J. Brussel, Case book of crime psychiatrist, Geis Publ., New York 1980; przeczytanie tej pozycji jest *conditio sine qua non* wyrobienia sobie zdania o tym, czy w ogóle, a jeśli tak, to co dokładnie Gość z USA mógł wnieść do sprawy „Wampira z Zagłębia”? Zdaniem autora wykładu, czerpiącego wiedzę z ww. notatek ważnego milicjanta i z lektury „Case book...”, nic lub naprawdę niewiele.

cjantami (zob. notatki z dni 27 i 29 grudnia 1971 r. sporządzone przez nieżyjącego już płka Józefa Muniaka z Biura Kryminalnego KGMO).

Zważywszy na różnice kulturowe i w zakresie diagnostyki schizofrenii w Stanach Zjednoczonych i w Polsce, na przedyskutowanie zasługuje upowszechniane twierdzenie, że zabójca kobiet w Katowickim jest schizofrenikiem. Opatrzmy to trzema uwagami. Dr. Brussel nie widział i nie badał Zdzisława Marchwickiego, który został zatrzymany 6 stycznia 1972 r. Pytanie, czy zaznajomił się z obszernymi aktami, można pozostawić bez odpowiedzi. To po pierwsze. Po drugie, wśród schizofreników z reguły nie spotykamy zabójców, ponieważ wygasa ich (tzn. chorych psychicznie) życie emocjonalne, dynamika i prężność. Nie spotyka się ich zwłaszcza jako zabójców z lubieżności, działających z zamiarem zaspokojenia popędu seksualnego. Ci są poczytalnymi sadystami, psychopatami⁴⁰. Po trzecie, gdy dr Brussel zerwał z prokuratorem współpracę w sprawie Alberta de Salvo i został biegłym obrony, wydał opinię, że de Salvo jest niepoczytalnym schizofrenikiem paranoidalnym. Diametralnie przeciwną opinię wydali psychiatrzy, biegli sądowi.

Amerykański Sąd ocenił ich (a nie Brussel'a) opinię jako trafną.

Aby po raz n-ty w ważnej kwestii postawić kropkę nad „i”, należy powiedzieć, że po obserwacji trwającej od 30 lipca do 5 grudnia 1973 r. – biegli ze Szpitala Psychiatrii Sądowej zaopiniowali, że Zdzisław Marchwicki jest poczytalny. U badanego nie stwierdzili żadnej choroby psychicznej, ani niedorozwoju psychicznego. Ujawnili natomiast, że Zdzisław Marchwicki ma nieprawidłowe cechy osobowości typu psychopatycznego oraz sadystyczne dewiacje popędu seksualnego (wyrok SW, tom IV, s. 1196–1200; wyrok SN, s. 59–63). Podobne zapatrywania na stan psychiczny Zdzisława Marchwickiego prezentowali w Sądzie Wojewódzkim także inni biegli, w tym Manfred Ochernal (NRD) i Adam Szymusik (krakowska Klinika Psychiatryczna) (wyrok SW, tom IV, s. 1169, 1172, 1173).

Postanowieniem z dnia 5 października 1973 r. powołano w charakterze biegłych kryminalistów: Zbigniewa Bożyczkę (Uniwersytet Wrocławski), Tadeusza Hanauska (Uniwersytet Jagielloński) i Andrzeja Szwarca (Uniwersytet Adama Mickiewicza). W opinii z dnia 19 grudnia 1973 r., odpowiadając na postawione im pytania, rozwinęli i skomentowali zapatrywania wyżej wzmiankowanych znawców nauk sądowych. Zdaniem trzech kryminalistów, sprawca badanej serii zamachów od-

⁴⁰ K. Spett, Zabójstwo – pierwszy objaw choroby, *Prawo i Życie* 1956, nr 6; tenże, (w:) *Psychiatria w procesie karnym*, Wydawnictwo Prawnicze, Warszawa 1968, s. 180; Z. Lew-Starowicz, *Seksuologia sądowa*, Wydawnictwo Lekarskie PZWL, Warszawa 2000, s. 51, 59, 318–322; J. Gurgul, *Zabójstwo z lubieżności...*, *idem*, s. 42–46.

powiada kryteriom „zabójcy z lubieżności”⁴¹, którego czyny ściśle łączą się z życiem płciowym. W wyniku odpowiednich porównań stwierdzili również, że psychiczne i fizyczne właściwości Zdzisława Marchwickiego są w zasadzie koherentne z prognozowanymi przez naukowych konsultantów we wcześniejszej fazie śledztwa. Wreszcie, że inkryminowane mu zamachy na życie kobiet znamionuje i jednoczy znaczne podobieństwo *modus operandi* (wyrok SW, tom IV, s. 1176–1186; wyrok SN, s. 64–67).

Ten gatunek specjalistycznych ekspertyz, odnoszących się do profilowanej osobowości w różnych fazach śledztwa wzbogaciła dodatkowymi spostrzeżeniami opinia biegłych prof. Edmunda Chróścielewskiego (Poznań) i prof. Władysława Nasiłowskiego (Katowice), powołanych decyzją z 18 grudnia 1973 r. Na podstawie akt sprawy, ale przede wszystkim wyników przeprowadzonych badań Zdzisława Marchwickiego Uczni stwierdzili m.in.: a) uprawianie przezeń kazirodczych (z siostrą i córką – s. 9–11) i sodomicznych stosunków (s. 13), różne nieprawidłowości w realizowaniu popędu seksualnego (s. 17, 20), b) wadę członka – nieznaczne spodziectwo (s. 15) i generalnie wnioskowali, że Zdzisław Marchwicki „mógł być sprawcą seryjnych zabójstw kobiet (...) na tle realizowania nieprawidłowego popędu seksualnego o charakterze sadystycznym” (s.18 opinii; wyrok SW, tom IV, s.1186–1191; wyrok SN, s. 57, 63, 83, 121, 180).

Choćby marginalnie wypada jednak napomknąć o kielkowaniu w tym śledztwie także „profilowania geograficznego”⁴². Ze sporządzonej i przez Sąd analizowanej mapy czynów wytykanych Zdzisławowi Marchwickiemu wynika dający do myślenia fenomen, że wszystkie napaści na kobiety były dokonane poza (czasem tuż, tuż obok) granicami Dąbrowy Górniczej, która jest rodzinnym matecznikiem! Zastanawiano się zatem nad wymową owego nieprzekraczania granic tegoż miasta. Czyżby chodziło o odwrócenie uwagi MO od jego mieszkańców?

⁴¹ L. Wachholz, O morderstwie z lubieżności, Przegląd Lekarski 1900, nr 39–40; W. Gay, O. Steiner, Der Fall Kuerten, Kriminalistik Verlag, Hamburg 1957; K. Spett, Zabójstwo z lubieżności, Problemy Kryminalistyki 1966, nr 63; W. Wimmer, Triebverbrecher – Tiger im Schafspelz, Kriminalistik 1976, nr 6; to przykłady klasyki, od studiowania której powinno się zaczynać dyskurs wokół pasjonujących zagadnień (niem.) *Lustmord*.

⁴² A. Feluś, Czy Zdzisław Marchwicki był sprawcą zabójstw o podłożu seksualnym?, Problemy Współczesnej Kryminalistyki, (w:) E. Gr u z a, T. T o m a s z e w s k i (red.), tom V Uniwersytet Warszawski 2002, s. 53–61 z czterema mapkami terenów aktywności tegoż skazanego; ta dygresja ma na celu – po trosze *pro domo sua* – poszerzenie poglądu K. B o n d y, B. L a c h a, (w:) Zbrodnia niedoskonała..., *idem*, s. 19, że David Canter w roku 1981 rozpoczął profilowanie geograficzne. Jego załączki wszak zdawały się powstawać lata wcześniej w umyśle niejednego praktyka śledczego.

7. Trochę o dowodach rzeczowych i opiniowaniu o nich

Sąd Wojewódzki miał do dyspozycji ponad 100 (sto!) dowodów rzeczowych (wyrok SW, tom I, s. 2). Mitycznie rozumujący nie widzą w sprawie sygn. IV K 157/74 Sądu Wojewódzkiego w Katowicach jakiegokolwiek problemu „niemych dowodów”. W myśleniu o tej sprawie, w narracjach kompletnie oderwanych od rzeczywistości całkowicie przemilczają niewygodny wątek dowodów rzeczowych. Nie będziemy się zagłębiać w rozważania nad pytaniem, dlaczego? Zresztą, odpowie na nie *per se* kilka przykładów swobodnie przez Sąd ocenionych. Oto one.

1. Pejcz i metalowy przecinak. Znalezione je 3 sierpnia 1973 r. w jednym z pomieszczeń Zdzisława Marchwickiego. Fakt władania przezeń tymi przedmiotami poświadczają zeznania (między innymi) Mariana B., Czesława K., Janiny N. oraz samorzutne relacje tegoż oskarżonego chociażby w głośnym Pamiętniku, gdzie przyznaje, że danych narzędzi używał do zabijania kobiet (wyrok SN, s. 55).

Pejcz to przez rymarza skórą obsyty stalowy drut (wyrok SN, s. 54). Jeden jego koniec był zwieńczony owalnego kształtu rękojeścią, drugi natomiast – masywną nasadką z ciężkiego metalu. Oba przedmioty przekazano Zakładowi Medycyny Sądowej w Krakowie celem przeprowadzenia porównawczych badań lekarskich i mechanoskopijnych pod kątem pewności, albo „tylko” prawdopodobieństwa, że nimi zostały zadane obrażenia głowy pokrzywdzonym kobietom. W pisemnych opiniach udzielono pozytywnych odpowiedzi. Na rozprawie w Sądzie Wojewódzkim z ramienia Zakładu Medycyny Sądowej prof. Z. Marek (medyk sądowy) i mgr Z. Lisowski (kryminalistyk) ustnie zaprezentowali poszczególne opinie.

Wyniki badań specjalistycznych, zdaniem prof. Marka i mgra Lisowskiego, uzasadniają wniosek, że śmiertelne obrażenia głowy np. tramwajarki Jadwigi Z. zostały spowodowane rękojeścią pejcza (22 lipca 1965 r., Park Pogoń w Sosnowcu) „z bardzo wysokim prawdopodobieństwem, praktycznie rzecz biorąc – z pewnością”. Urazy zaś pozbawiające życia Marię B. w dniu 15 sierpnia 1965 r. w Czeladzi były zadane metalową końcówką pejcza. Tymże narzędziem i przecinakiem rażono głowy „większości” ofiar, a szczególnie Genowefy Ł. (25 sierpnia 1965 r. w Będzinie), Genowefy B. (11 maja 1966 r. w Łagiszy–Borach), Jolanty Gierek z podkreśleniem „wysokiego prawdopodobieństwa” (11 października 1966 r. w Będzinie), Zofii K. z uwagą, że praktycznie „indywidualnie” zidentyfikowano przecinak jako narzędzie zbrodni (15 czerwca 1967 r. w Grodźcu), Zofii G. (3 października 1967 r. w Wojkowicach Komornych) itd.

Wielce znaczący dla oceny naukowej rzetelności opinii krakowskiego Zakładu Medycyny Sądowej jest fakt, że wywodom prof. Marka i mgra Lisowskiego przysłuchiwali się profesorowie Tadeusz Pragłowski i Władysław Nasiłowski, będący liderami katowickiego (zabrzańskiego) Zakładu Medycyny Sądowej. Właśnie w nim przeprowadzono prawie wszystkie sekcje zwłok i oględzin ciał kobiet, którym z agresji udało się ująć z życiem. Na pytanie Sądu prof. Nasiłowski skonkludował: „zgadzam się z opinią doc. Marka” (akta SW, tom 159, k. 25553, 25571, 25582; wyrok SW, tom II, s. 364–366, 389, 437, 654; wyrok SN s. 52–54, 92). Niechybnie wypada powtórzyć, że Zdzisław Marchwicki w Pamiętniku i wyjaśnieniach w dniu 13 lipca 1976 r. *expressis verbis* „poparł” wypowiedzi biegłych spod Wawelu (por. akta SN, sygn. II KR 171/76).

2. Koral – złoty kolczyk Genowefy B. W toku oględzin zwłok Genowefy B. w Łagiszy–Borach stwierdzono, że w jednym uchu denatki brakuje złotego kolczyka. Mimo iście benedyktyńskiego przeszperania trasy przemieszczania pokrzywdzonej z punktu zamachu na nią do punktu porzucenia zwłok, drugiego kolczyka nie odnaleziono. Na ręce zmarłej nie było też zegarka marki „Moskwa”. Trafnie więc przyjęto wersję kradzieży tych przedmiotów (wyrok SW, tom II, s. 484–487). Przeszukania domu pokątnego złotnika, wujka Marchwickich Karola S. kończyły się niepowodzeniem. Dopiero pod koniec lata 1973 r. powzięto decyzję ponowienia tej czynności z nastawieniem, że złoty koszyczek zapewne został przetworzony, ale mógł się ostać (zawieruszyć) naturalny koral osadzony i umocowany w tymże koszyczku. Istotnie, z przyniesionego przez Jana Marchwickiego do Karola S. kolczyka tenże wyprodukował pierścionek zaręczynowy dla dziewczyny Zdzisława F. Ale dnia 18 września 1973 r. w znajdującej się w kredensie szkatułce odnaleziono pozostałość w postaci korala.

Badania porównawcze zabezpieczonego korala luzem i kolczyka (w tym tkwiącego w koszyczku naturalnego korala) wykonali eksperci Urzędu Probiernego i Zakładu Kryminalistyki KGMO. Ich opinie miały charakter komplementarny, przy czym tematyka drugiej była oczywiście obszerniejsza. Na piśmie sformułował ją i Sądowi Wojewódzkiemu ustnie przedstawił dr chemii Czesław Szulc. Porównywał, między innymi, kolor i stopień zużycia koralu, druczki mocujące je w koszyczkach, wykryte mikroślady złota oraz widma lepszczu czyli ciemnej, smolistej substancji pokrywającej oba korale. W rezultacie tych zabiegów dr Szulc stwierdził identyczność koralu. Godzi się nadmienić, że pewne ułatwienia i inspiracje w te badania wносиły zeznania matki pokrzywdzonej o nabyciu kolczyków przed 1939 rokiem od handlarza domokrądcy (tom 159, k. 25516–25525).

Z eksperckimi spostrzeżeniami dra Szulca korelowały wypowiedzi świadków Karola S. i Katarzyny W. oraz oskarżonych, w tym Haliny F., jej syna Zdzisława F. oraz przez Zdzisława Marchwickiego składane w śledztwie, w Sądzie Wojewódzkim i przed delegowanymi Sędziami Sądu Najwyższego (wyrok SW, tom II, s. 478–508; wyrok SN, s. 110–112; akta SN, sygn. II KR 171/76; tom 104, k. 15644; tom 144, k. 17301–17307; tom 156, k. 24911; tom 159, k. 25469, 25472). Nie słychać, aby poza procesem ktokolwiek podważał te opinie.

3. Zegarek Jolanty Gierek marki Wiesna, nr fabryczny 85319. Zbieg kilku okoliczności sprawił, że zrabowany jej 11 października 1966 r. zegarek bez większego trudu odzyskano i indywidualnie zidentyfikowano. Dobrym początkiem było oddanie milicji przez matkę Jolanty Karty Gwarancyjnej oraz dwóch ogniwek odciętych od bransolety w celu skrócenia jej jako przydługiej. Z kolei na prasowy apel KWMO o informacje dotyczące handlu skradzionymi rzeczami dnia 2 listopada 1966 r. zareagowała kierownik „Jubilera” w Będzinie, Renata Z. Dokładnie tego dnia przyniosła przyjęty do naprawy zegarek marki Wiesna nr 85319 wraz z kopią pisemnego potwierdzenia przyjęcia go do naprawy od (jak się rychło okazało górnik, rencysty) Aleksandra M.

Jako świadek zeznał, że 2 listopada 1966 r. na Bazarze w Będzinie rzecz zakupił od mężczyzny, którego rysopis dość szczegółowo i (co po latach potwierdzono) trafnie odzwierciedlił. Aleksander M. ponadto, też niemylnie, nakreślił sylwetkę mężczyzny towarzyszącego sprzedawcy i zabierającego głos w sprawie dokonywanej transakcji. Z tymi samymi mężczyznami niefortunny kupiec spotkał się na Bazarze w Będzinie dnia 9 listopada 1966 r. i znowu opisywał ich portrety⁴³. I te zeznania Aleksandra M. znalazły potwierdzenie w relacjach innych świadków.

W procesie identyfikacyjnym niebagatelne znaczenie miały dane uzyskane od producenta zegarków „Wiesna” w Penzie, w dawnym ZSRR. Producent dokumentami potwierdził w szczególności fakt wyeksportowania do Polski zegarka o znamionach ściśle odpowiadających cechom tegoż dowodu rzeczowego. Z ekspertyz metalograficznych i mechanoskopijnych natomiast wynikało, że odcięte i przekazane przez matkę Jolanty

⁴³ *Nota bene*, te i doń podobne szczegóły postępowania Z. Marchwickiego i współoskarżonych potwierdzają racjonalność teorii wzorców przestępczych. Sprawca dokonuje czynów w miejscach znanych sobie z działalności zarówno kryminalnej, jak i niekryminalnej. Już gdzie indziej wspomniane mapki zbrodni objętych śledztwem kryptonim „Anna” są też ilustracją rzeczowej teorii behawioralnej. Por. M. G ó r s k i, Przewidywanie powiązanych ze sobą włamań na podstawie spójności behawioralnej, przestrzennej i czasowej, Z Zagadnień Nauk Sądowych, vol. 109, Kraków 2017, s. 18–25.

ogniwa kiedyś stanowiły niewątpliwie integralną część bransolety zegarka oddanego do „Jubilera” przez Aleksandra M. Koło dowodzenia zostało definitywnie domknięte (wyrok SW, tom II, s. 603–627; wyrok SN, s. 119–130; tom 126, k. 19206).

4. Fotografia rozmawiających 9 listopada 1966 r. na Bazarze w Będzinie Aleksandra M., Ferdynanda K., Zdzisława i Henryka Marchwickich. Tym źródłem kapitałnej wiedzy zajmiemy się bliżej za chwilę. Tutaj należało go tylko zapowiedzieć.

5. Obrączka z białego metalu Zofii G. (Wojkowice, 9 października 1967 r.). Przepiłowaną obrączkę wykryto w mieszkaniu Haliny F. w wyniku przeszukania. Oskarżona Halina F. przyznała, że otrzymała ją w prezencie od brata Zdzisława Marchwickiego. Obrączka jednakże była za ciasna, wobec czego pilnikiem została przepiłowana w celu zwiększenia obwodu przez rozchylenie końcówek. Ów pilnik zabezpieczono do badań porównawczych. Zdzisław Marchwicki potwierdził relację siostry Haliny, że podarował jej ściągniętą z palca Zofii G. obrączkę, która była zrobiona z „byle jakiego” materiału. Istotnie, był on „byle jaki”, tj. niewiele wart. Mąż denatki ocenił okazaną mu obrączkę jako taką samą, jak w krytycznym dniu noszona przez żonę Zofię.

Badania metalograficzne opiłków zebranych ze znalezionej pilnika dowiodły, że pochodzą z przepiłowywanej obrączki, stanowiącej dowód rzeczowy (wyrok SW, tom II, s. 687, 690–694; wyrok SN, s. 134; tom 91, k. 8796; tom 103, k. 15473, 15480).

6. Dr Jadwigi K. pióro wieczne marki Chullima. W chwili agresji na nią 4 marca 1970 r. miała je w zrabowanej torbie, zawierającej przeróżne damskie drobiazgi. Znowu w związku z medialnym apelem o pomoc prowadząca punkt skupu złomu w Dąbrowie Górniczej Janina K. zgłosiła się do KWMO z piórem marki Chullima, „wiosną” 1970 r. zakupionym za 50 zł od osobiście znanego jej Zdzisława Marchwickiego. Do transakcji doszło w punkcie skupu, dokąd tenże przybył bez wcześniejszego umawiania.

Zdzisław Marchwicki przyznał ten fakt również wtedy, kiedy (13 lipca 1976 r.) był przesłuchiwany przez delegowanych Sędziów SN w katowickim Sądzie Wojewódzkim. Stanowiące dowód rzeczowy nr 66, odzyskane dzięki Janinie K. pióro Chullima rozpoznali rodzice Jadwigi K., Józef i Paulina K. Po okazaniu im tegoż dowodu stwierdzili zwłaszcza, że jest ono takie samo, jak posiadane przez córkę i opisane w dokumencie zakupu (wyrok SW, tom III, s. 879; akta SN, sygn. II KR 171/76; tom 79, k. 11218, 1120; tom 158, k. 25197).

7. Mała encyklopedia powszechna PWN z odręcną dedykacją Jana Marchwickiego dla lekarza chirurga Mieczysława M. z podziękowaniem

za opiekę i leczenie w siemianowickim szpitalu nogi po złamaniu jej w listopadzie 1969 r. Mieczysław M. i inni podobnie obdarowani lekarze oceniali dość jednakowo w śledztwie i przed Sądem, że leczenie przebiegało bez zakłóceń. Dlatego dnia 4 marca 1970 r. – zapewne już po zdjęciu gipsu – Jan Marchwicki mógł przybyć i o własnych siłach poruszać się obok Ośrodka TV Katowice-Bytków.

Odpierając pomówienia przede wszystkim swojego partnera życiowego Józefa K., Jan Marchwicki dowodził, że data na wręczanych lekarzom upominkach odpowiada dacie zdejmowania opatrunku gipsowego i zastąpienia go elastyczną opaską. I, co najważniejsze, stało się to po 4 marca 1970 r. Sęk w tym, że na odzyskanych egzemplarzach Encyklopedii, obok własnoręcznego podpisu Jana Marchwickiego widnieje zapis: Katowice, 18 stycznia 1970 r. W ten sposób walenie przyczynił się do jednoznacznego podważenia własnego alibi na czas zabójstwa, które miało kluczowe znaczenie dla ustalenia przez Sąd kryminalnej działalności rodzinnego gangu.

Celem zobrazowania tezy, że w śledztwie i postępowaniu sądowym nic nie działa się „na skróty”, że do każdego nośnika informacji odnoszono się z należytą estymą, poza przykładowo opisanymi dowodami rzeczowymi indywidualnie lub prawie indywidualnie na sprawstwo zwłaszcza Zdzisława Marchwickiego wskazuje także szereg ekspertyz, które umownie można by określić „poszlakowymi”. Potwierdzają one respektowanie doświadczenia, że prawda jest najczęściej rozdrobniona w bezliku szczegółów. Profesjonalista zatem setką oczu patrzy na przeszłość i z okruszków prawdy odtwarza rzeczywistość. Tylko w swym całokształcie detale mogą trafnie przemawiać do jego wyobraźni oraz świadomości, że również metody przesłuchań i opiniowania „mówią” wieloma językami. W przypadku zabójstw ich konteksty motywacyjne, instynktowe, zwyczajowe bywają ekstremalnie poplątane⁴⁴.

Dlatego nie brakowało gotowości do wydobywania na światło szczegółików pozornie nieistotnych, ale zdalnych do tworzenia dowodu poszlakowego po połączeniu z masą pokrewnych. Widomym znakiem tej

⁴⁴ Por. M. P. Markowski, Pragnienie i bałwochwalstwo, *idem*, s. I 19, 120; C. Tavis, C. Wade, Psychologia..., *idem*, s. 291 i *passim*; E. Fromm, Autonomia ludzkiej destrukcyjności, REBIS, Poznań 2014, s. XVI, 12, 292, 301; A. Boniecki, Pięć pokus synodalnych, Tygodnik Powszechny 2014, nr 43; T. Hanausek, Zarys taktyki kryminalnej, Dom Wydawniczy ABC, Warszawa 1994, s. 25–27; J. Wójcikiewicz, Temida pod mikroskopem. Judykatura wobec dowodu rzeczowego 1993–2008, Dom Organizatora, Toruń 2009, s. 17–47, 121 i *passim*; P. Marcinkiewicz, Diagnoza procesów motywacyjnych sprawcy czynu zabronionego w praktyce wymiaru sprawiedliwości, Z Zagadnień Nauk Sądowych 2010, vol. LXXXIII, s. 263–268.

determinacji było poszukiwanie na ubraniach Zdzisława Marchwickiego i jego ofiar choćby – naprzemiennie przenoszonych – włókien wełny i wiskozy. Wysiłek nie był daremny. Biegli stwierdzili, że właściwości włókien zdjętych z odzieży oskarżonego odpowiadały zabezpieczonym z ubrań (adekwatnie) Zofii G., Jadwigi S. czy Jadwigi K. Na miejscu znalezienia zwłok Jadwigi S. (3 października 1968 r. w Cieślach) zabezpieczony niedopałek papierosa „Sport” przekazano biegłym medykom sądowym, którzy na fragmencie jego ślinienia wykryli obecność aglutynogenu „A”. Krew Zdzisława Marchwickiego należy do układu „AB”, przy czym w praktyce eksperckiej niejednokrotnie udaje się wykryć tylko jeden z tychże aglutynogenów. Stąd w drodze interpretacji konkretnego wyniku opiniujący sformułował wniosek, że ujawniona na bibułce niedopałka ślina może pochodzić od Zdzisława Marchwickiego lub od każdej innej osoby wydzielającej do śliny aglutynogen A.

Oskarżony wyjaśnił, że faktycznie palił papierosy „Sport”, niekiedy także podczas czajenia się na ofiarę. Sąd Wojewódzki niezwykle dociekliwie rozpatrywał te odcienie poznawcze różnorodnych śladów. Analizował osobno i w powiązaniu z dowodami bezpośrednimi oraz pośrednimi, konfrontował je również z orzecznictwem sądowym i piśmiennictwem naukowym. Z aprobatą zauważył to Sąd Najwyższy w wyroku, sygn. II KR 171/76⁴⁵.

8. Grupa Operacyjno-Śledcza „ANNA” – wylęgarnia sukcesów, upadków i mitów

Bez zarysowania (m.in.) personaliów stopniowo w poszczególnych latach przepoczwarczającej się Grupy nie ma mowy, jak widać, o zrozumieniu emocji, nierównomierności dynamiki procesowej i wyniku postępowania oraz zjawiska okresowych erupcji wspomnianych już mamideł. Choć mogłoby się wydawać, że ich odradzanie zakończy stanowcza decyzja Rzecznika Praw Obywatelskich o niewnoszeniu kasacji od skazującego wyroku wobec niestwierdzenia w sprawie nieprawidłowości.

⁴⁵ Więcej zob. J. Nelken, Dowód poszlakowy w procesie karnym, Wydawnictwo Prawnicze, Warszawa 1970, s. 8–17; M. Cieślak, Z. Doda, Kierunki orzecznictwa Sądu Najwyższego w zakresie postępowania karnego, Palestra 1984, nr 10, s. 38, 39; Z. Marek, (w:) Opiniowanie sądowo-lekarskie i toksykologiczne, Kantor Wydawniczy „Zakamycze”, Kraków 2001, s. 190–200 i *passim*; E. Gruza, D. Mańkowski, Ewolucja dowodu poszlakowego w polskim procesie karnym, (w:) J. Wójcikiewicz, V. Kwiatkowska-Wójcikiewicz (red.), Paradygmaty kryminalistyki, Wydawnictwo UJ, Kraków 2016, s. 119–129.

Grupę powołano do życia po zamachu w Czeladzi na dziesiątą już ofiarę, to jest Irenę Sz. w dniu 12 grudnia 1965 r. Funkcjonowała nawet po postanowieniu z dnia 29 czerwca 1974 r. o zamknięciu śledztwa. Przynależność do niej funkcjonariusza MO – co stale należy mieć na oku – uchodziła za *quasi* nobilitację, a w każdym razie przyspieszała ścieżki awansu również materialnego. Atypowa jednostka liczyła chwilowo znacznie ponad 2000 milicjantów. W latach 1973–1974 ustabilizowała się na poziomie około osiemdziesięciu. Jest tajemnicą poliszynela, że o składzie osobowym *teamu* rozstrzygał jego Szef.

Wiosną 1973 r. Prokurator Generalny delegował niżej podpisanego do Katowic z krótkim i kategorycznym poleceniem „sporządzenia aktu oskarżenia i skierowania go do Sądu w ciągu 30-stu dni”. Ani słowem nie wspomniał, skąd ma – jak się należało domyślać – taką wiedzę, że dowody winy są już zebrane. Po miesiącu niebywale intensywnej pracy w Katowicach delegowany poinformował Zwierzchnika o stwierdzeniu wielu zasadniczych, a przy tym rzucających się w oczy luk dowodowych, których usuwanie musi potrwać co najmniej rok. Wiadomość została przyjęta bez komentarza, ale z widocznym uczuciem zawodu, żeby nie powiedzieć – niezadowolonia.

Wtedy skład osobowy Grupy sprawiał wrażenie już zintegrowanego. Zastani oficerowie demonstracyjnie okazywali lojalność wobec Szefa. Wcześniej odeszli (dobrowolnie? przymuszeni do odejścia ze względu na uchybienia służbowe?) przeróżnie z nim skonfliktowani. W ocenie autora wykładu sam Szef był funkcjonariuszem odczytanym, inteligentnym, zawodowo uzdolnionym, jednocześnie niedialogicznym, egocentrycznym. Egocentrycy zdarzali się też wśród odchodzących, wobec czego dawne urazy tym bardziej nie przemijają. Z rozmów wynikało, że niechętni sobie nieugięcie obstawali przy własnych wizjach śledztwa, czemu towarzyszyły takie zjawiska, jak: rozmywanie odpowiedzialności, atrofia koleżeńskich więzi, kultury pracy zespołowej oraz jednoczącego *team* poczucia wspólnoty celu, tj. prawdy „najprawdziwszej”. Niestety, ukonstytuowały się dwie opcje, po wsze czasy odgradzone od siebie nieusuwalnym murem. To pęknięcie w milicyjnym garnizonie doraźnie przeszkadzało śledztwu, a poniekąd również postępowaniu sądowemu, co dalej się unaoczni. Gorzej, różnice poglądów po dziś dzień owocują stygmatyzowaniem tego procesu niedorzecznymi widziadłami⁴⁶.

⁴⁶ S. M. Kosslyn, R. S. Rosenberg, *Psychologia*, Znak, Kraków 2006, s. 750–755; P. Sztompka, *Socjologia*, Znak, Kraków 2002, s. 195–225; A. Schopenhauer, *Erytyka*, Alma-Press, Warszawa 2014, s. 26–28; L. Kołakowski, *Cywilizacja na ławie oskarżonych*, Res Publica, Warszawa 1990, s. 89–100; por. też J. Gurgul, *Wpływ*

Grono funkcjonariuszy skupione pod władztwem Szefa Grupy, szczerze wierzyło, że: 1) aresztowany Zdzisław Marchwicki jest seryjnym zabójcą, ale 2) nie potrafiło zdefiniować, co dokładnie i jak można i trzeba by jeszcze zrobić, aby w tej sprawie uzyskać pewność (także w ocenie Sądu), jak rzeczywiście było. Co jeszcze powinno się wykonać, aby wniesienie aktu oskarżenia było zasadne? O tym rozmawiano z nowo przybyłym prokuratorem.

Mentalnie i (lub) organizacyjnie powiązani z Wydziałem Dochodzeniowo-Śledczym KWMO natomiast utożsamiali się ze stanowiskiem wyrażanym, między innymi, w notatce z lutego 1973 r. przez odchodzącego ze służby prokuratora. Można je streścić w trzech punktach: 1) wyczerpano już wszystkie szanse gromadzenia dowodów, a znajdujące się w aktach 2) nie uzasadniają oskarżenia rodziny Marchwickich o zarzucone im czyny, a więc 3) sprawcy zabójstw nie znamy!

Autor wykładu (artykułu) – po zapoznaniu się z linearnym porządkiem śledztwa – fundamentalnie nie zgodził się z tezą o wyczerpaniu możliwości dowodowych. Przeciwnie, takie szanse były oczywiste! I tak dalece wyraziste, że ślepiec też by je zobaczył. Żeby się o tym przekonać, zwróćmy uwagę na daty i efekty kluczowych czynności z okresu od roku 1973 do czerwca 1974 roku.

Intencji, podłoża, przyczyn i skutków danych wyborów (opcji) nie zgłębi się zadowolająco w jednym wykładzie. Słuchacz (czytelnik) wszelako sam może je sobie, choćby fragmentarycznie, odtwarzać oczami wyobraźni. Pomocne w rekonstruowaniu problemów śledztwa mogą być, na przykład, samorzutne wypowiedzi Jana Marchwickiego utrwalone w pierwszym tomie protokołów rozprawy w SW. W związku ze skargą do Prokuratora Generalnego z dnia 21 czerwca 1973 r. (k. 16539) wyjaśniał, że „dotyczyła ona moich kontaktów z S. B. – pracownikiem Komendy Wojewódzkiej MO i Komendy Miejskiej MO w Katowicach (...). Dla mnie wiadomości (o „Wampirze” – autor) były autorytatywne kiedy w (...) sekretariacie ZSA (którego był on kierownikiem – autor), gdzie w samorządzie studenckim byli również pracownicy MO prowadzili między sobą rozmowy na te tematy (...). Tam padały same hipotezy, przypuszczenia (...)”. O wersji homoseksualistów „dowiedziałem się w 1965 r. od pracownika Komendy MO, Mirka G., również homoseksualisty. Dowiedziałem się o tym od tego funkcjonariusza w prywatnej rozmowie, będąc w kawiarni”. W powiązaniu z pewnym anonimem „milicja mi sama mówiła

utworów artystycznych i poetyckich na efektywność, kulturę i etykę śledztwa, *Prokuratura i Prawo* 2018, nr 2, s. 101–132.

bądź spokojny, bo my wiemy, że to napisała Janina K...” (cytaty z protokołu rozprawy z dnia 18 października 1974 r., s. 9, 31, 32).

Wiele znaczy poufały i kordialny styl rozmowy, w której pojawiają się słowa – „bądź spokojny...” itp. Ujawnienie obciążających go zeznań Janiny K. jako sprawcy kierowniczego zabójstwa Jadwigi K. sprawie ponadto szkodziło.

Po odczytaniu pisma do Prokuratury Generalnej Jan Marchwicki oznajmił jeszcze: „W piśmie tym pisałem to, co słyszałem i nie są to rzeczy zmyślane ani fikcyjne. Tak powiedział mi porucznik Jan X (...) i powiedział mi, że organa ścigania mają prawo prowokować oskarżonego” (protokół rozprawy z dnia 23 października 1974 r., s. 14). Wyżej wymieniony oficer S. B. zaś „powiedział mi, że bracia będą napuszczani, aby i jego aresztować”. Dalej – „było i takie stwierdzenie S. B., że będą nas sukcesywnie aresztować na podstawie wzajemnego napuszczania”. Po ujawnieniu przez SW protokołu ze śledztwa, k. 17119, Jan Marchwicki złożył bodaj najbardziej niepokojące oświadczenie: „Prawdą jest, że wyjaśniłem do tego protokołu, że przez cały czas śledztwa postępowałem zgodnie z zaleceniami S. B. (tj. oficera MO – autor) – ale ponieważ było już za dużo tego „preparowania” ujawniłem S. B. w swoich skargach (...)” (protokół rozprawy z dnia 24 października 1974 r., s. 14, 15).

Po ważnym dniu 4 marca 1970 r., po zabójstwie dr Jadwigi K., Jan Marchwicki w swoim mieszkaniu przy ul. Bankowej koniakiem i kawą częstował tegoż funkcjonariusza. Na krótko odeń odszedł, aby niespodziewanym oficerom G. i T. w kuchni udzielić wyjaśnień na temat własnego alibi w związku z ostatnią zbrodnią. Wtedy też należący do pionu dochodzeniowego S. B. ostrzegął Jana Marchwickiego przed skutkami ewentualnego rozstania się z Józefem K., że (cyt.) „mogą mnie wpakować do więzienia” (por. protokół rozprawy z dnia 6 listopada 1974 r., s. 24). Korci, żeby za Plautem znowu rzec: *sapienti sat* (albo *dictum sapienti sat est*).

9. Co determinuje „sięganie do mamideł i uciszanie jakiegoś robaka”?

Nieprzypadkowo z relacji Antoniego Czechowa nt. procesu A. Dreyfusa został zapożyczony podtytuł pkt 9. Powinien pobudzać wyobraźnię Słuchaczy wokół trzech incydentów w wieloletnim śledztwie o kryptonimie „Anna”, ciągle starymi mitami nań rzutujących. Przypomnimy przeto owe zdarzenia, aby każdy na swój sposób mógł przemyśleć ich edukacyjne aspekty.

W związku z kazusem pierwszym: w jednej z mów sądowych Cynceron (106–43 p.n.e.) nazwał sędziego Lucjusza Kasjusza najsumienniejszym

w Rzymie. Najsumienniejszym dzięki temu, że w każdej sprawie wyciągał logiczne wnioski z pytania, *cui bono*? Sprawcą jest ten, komu dane przestępstwo przyniosło korzyść. Doświadczenie zawodowe poucza nadto, że morderstwo bywa prymitywnym sposobem znalezienia wyjścia z jakiegoś dylematu, z jakiegoś zatargu przez osobnika o dwóch twarzach.

Od niepamiętnych czasów również kryminaliści głosili zasadę, że alibi zawsze jest niepewne⁴⁷. Stąd w praktyce należy je sprawdzać z ponadstandardową skrupulatnością, ustawicznie mając na oku prawdopodobieństwo, że teza podejrzanego o niebytności *tempore criminis* w miejscu X może mieć tzw. drugie dno⁴⁸.

Pozbawiona życia 7 listopada 1964 r. w Dąbrówce Małej na nasypie kolejowym Anna M. zamieszkiwała w tym samym „familoku”, w którym wówczas bytował także mocarny Zdzisław Marchwicki z rodziną tj. z żoną Marią, dziećmi i teściami K. Otyłe zwłoki przeniósł z miejsca ataku pod nasyp na odległość około 100 m. Powszechnie wiadomo, że pomiędzy Anną M. i Zdzisławem Marchwickim trwały zażarte spory, fizyczne oraz słowne utarczki. Denatka denerwowała go przezwiskiem „ślepecok” (od wady – oczopląsu poziomego). Ponieważ rewanzował się rękoczynami, z oskarżenia pokrzywdzonej był nawet skazany przez Sąd Powiatowy w Szopienicach. Karę odbywał. Zachodziły więc ewidentne wskazania do ukierunkowania wykrywania podług rzymskiej *paremii*, że zabił zapewne ten, kto miał w tym interes. Profesjonalne, to jest odpowiadające przewidzianym w monografii T. Tomaszewskiego rygorom

⁴⁷ W. Wimmer, *Triebverbrecher – Tiger im Schafspelz*, *Kriminalistik* 1976, nr 6; J. Leszczyński, *Zabójstwa na tle seksualnym w Polsce*, Wydawnictwo Prawnicze, Warszawa 1992, s. 95; H. von Hentig, *Zur Psychologie der Einzeldelikte*, II Band Mord, Tuebingen 1956, s. 44; wypowiedź kilkakrotnego zabójcy, Joachima Knychały, (w:) J. Władcki, *Zabójca z motywów seksualnych*, Oficyna Wydawnicza AFM, Kraków 2006, s. 186–196; warto spojrzeć, jako na swoistą ciekawostkę, na fakt używania przez J. Knychałę oraz przez policjantów w protokołach terminów zaadaptowanych już w sprawie „Anna”.

⁴⁸ Więcej zob. E. Locard, *Dochodzenie przestępstw...*, *idem*, s. 116; T. Tomaszewski, *Alibi. Problematyka kryminalistyczna*, Wydawnictwo Prawnicze, Warszawa 1996, s. 47 i *passim*; G. Bauer, *Moderne Verbrechensbekämpfung*, Luebeck 1970, s. 52, 53; J. Woleński, *Siedem złotych pytań w świetle filozofii nauki*, (w:) J. Błachut, M. Szewczyk, J. Wójcikiewicz (red.), *Nauka wobec przestępczości. Księga ku czci Profesora Tadeusza Hanauska*, Instytut Ekspertyz Sądowych, Kraków 2001, s. 9–15; S. Waltoś, „Teatr” w sądzie, (w:) K. Grodziska, G. Nieć (red.), *Studia Lodomeriana. Historia–Kultura–Prawo*, Kraków 2007, s. 198; List S. Lema do J. Wróblewskiego z dnia 23 października 1953 r., cytowany za W. Orlińskim, *Lem. Życie nie z tej ziemi*, Wydawnictwo Czarne, Wydawnictwo Agora, Wołowiec 2017, s. 144 i inne.

sprawdzenie alibi Zdzisława Marchwickiego, było bezdyskusyjnym imperatywem.

Faktycznie zaś wystarczyło, że jego teściowa K. na zapytanie milicjanta, „gdzie jest Maryna”, odrzekła, że „z chłopem wyjechała do Lęborka”. Do tamtejszej Komendy Powiatowej MO wysłano wprawdzie lakoniczny szyfrogram z żądaniem zweryfikowania tegoż alibi, lecz i nad Bałtykiem zakończyło się ono zapewnieniem Marii Marchwickiej, że w dniach 6–7 listopada 1964 r. „chłop pracował na budowie” i z Lęborka nie wyjeżdżał. Zdzisława Marchwickiego zatem wyeliminowano z kręgu podejrzewanych.

Sęk w tym, że Maria Marchwicka wyjechała do Lęborka ze swoim partnerem, murarzem z Chełma – Janem B. Zdzisław Marchwicki zaś cały czas przebywał w miejscu zamieszkania i okolicy. Temu zaniedbaniu towarzyszyły inne, jak chociażby niezabezpieczenie z odzieży i zwłok denatki oraz z ubrania podejrzanego kontaktowych śladów krwi oraz włókien i (lub) włosów, których to śladów nie sposób się ustrzec, zwłaszcza przy przenoszeniu ważącej blisko 100 kg pokrzywdzonej. Nadwyżkowe dowody przecież nie szkodzą (*superflua non nocent*). W świadomości śledczych nie zagościł pogląd o nieskończeniu wielu postaciach dowodu poszlakowego⁴⁹.

Pointa: gdyby w listopadzie 1964 r. na serio wzięto pod uwagę kandydy, że 1) ten zabił, komu zbrodnia mogła przysporzyć korzyści, 2) alibi zawsze jest niepewne oraz 3) nadmiar dowodów (poszlak) nie szkodzi, zabójstwo Anny M. mogłoby być pierwszym i ostatnim w życiorysie Zdzisława Marchwickiego. Mogłoby być...

Drugi kazus, który mógł być ostatnim. Dnia 11 października 1966 r. dwudziestoletniej fryzjerce, zatrudnionej w Będzinie, Jolancie Gierk skradziono zegarek marki „Wiesna” nr fabryczny 85319. Wiadomo już, że oficjalnie przez Aleksandra M. oddany do reperacji w sklepie „Jubilera” został odzyskany 2 listopada 1966 r. Dnia 9 listopada 1966 r. tenże M. z Ferdynandem K. (niedoszłym nabywcą zegarka) zostali wysłani przez MO na będziński Bazar w celu ewentualnego spotkania ze sprzedawcami „Wiesny”. Udało się. Rzeczywiście, nawet nawiązali rozmowę z braćmi (jak po latach ustalono) Zdzisławem i Henrykiem Marchwickimi.

⁴⁹E. Locard, Dochodzenie przestępstw..., *idem*, s. 14, 117; K. Jaegermann, Opiniowanie sądowo-lekarskie. Eseje o teorii, Wydawnictwo Prawnicze, Warszawa 1991, s. 20, 82, 120 i *passim*; W. Kędziński (red.), Technika kryminalistyczna, tom III, WSPol., Szczytno 1995, s. 387, 388; V. Kwiatkowska-Wójcikiewicz, Oględziny miejsca..., *idem*, s. 111, 112; G. Kędzińska, Badania identyfikacyjne śladów w postaci wyrobów włókienniczych – kilkanaście lat później, (w:) H. Kołeccki (red.), Kryminalistyka i nauki penalne wobec przestępczości, Wydawnictwo Poznańskie, Poznań 2008, s. 319–325.

Gdzieś na przełomie wiosny i lata 1973 r. autora niniejszego artykułu zaintrygował brak w aktach śledztwa jakiegokolwiek śladu operacyjnej kontroli nad misją Aleksandra M. i Ferdynanda K. Naciskany Szef Grupy „Anna” przyznał wreszcie, że tajną kamerą zrobiono film z obserwacji Bazaru w dniu 9 listopada 1966 r., ale „zawieruszył się” po oddaniu go – według właściwości – Naczelnikowi Wydziału Dochodzeniowo-Śledczego KWMO. Na polecenie prokuratora wszczęte poszukiwanie doprowadziło do odnalezienia filmu w pełnej szpargałów szafie Naczelnika. Z negatywu natychmiast wykonano odbitki. Na jednej widoczni byli rozmawiający ze sobą Aleksander M., Ferdynand K., Zdzisław i Henryk Marchwiccy. Choć nawet na oko ich tożsamość nie budziła wątpliwości, potwierdzono ją opinią, między innymi, antropologiczną (wyrok SW, tom II, s. 600–627; wyrok SN, s. 126–130). Zrozumiałe, że prokurator osobiście przesłuchał oficera Mariana G., tajnie filmującego Bazar w Będzinie, aby tym samym zamknąć łańcuch dowodów (wyrok SW, tom II, s. 612, 613; tom 132, k. 20262, 20263 i in.).

Świadczący dobitnie o prawdziwości zeznań nieumyślnego „pasera” Aleksandra M. zapomniany film przeleżał w szafie prawie siedem (!) lat. Nie tu miejsce na zastanawianie, kto imiennie ponosi odpowiedzialność za ową bez troskę. Dość powiedzieć, że każdy milicjant, bez względu na przydział organizacyjny, powinien był zrobić wszystko, co mógł, aby śledztwo przybliżyć do prawdy jako dobra wspólnego. Z zasad prawa i etyki wynikają dwoiste powinności. J. Tischner trafnie rozumuje, że w etyce nie chodzi o to, żeby zrobić coś, co zawsze wszyscy robią, lecz by podjąć i zrobić to, co tu i teraz powinno być wykonane. Bez ogródek mówiąc, wina dosięgnie każdego, kto w interesie ogółu mógł zrealizować coś dobrego, lecz tkwił w beczynności i bez stawiania pytań o jej następstwa⁵⁰. Niewzruszenie bowiem po swojemu pojmował jedyną prawdę.

Trzecia zmarnowana sposobność przerwania serii. Może mniej spektakularna od dwóch poprzednich, niemniej warta namysłu. Na początku 1970 r. od Urzędu Miejskiego w Czeladzi uzyskano osobiście przez Zdzisława Marchwickiego nagryzmołoną skargę na porzucenie i wiarołomstwo żony. Barwa donosu była czymś w rodzaju echa opinii konsultantów o cechach, jakie może (powinien) mieć domniemany zabójca. Mimo to bez gruntownego sprawdzenia, zdaje się decyzją Zastępcy Komendanta KWMO, podejrzeń wobec Zdzisława Marchwickiego znowu nie powzięto.

⁵⁰ J. Tischner, *Myślenie według wartości*, Znak, Kraków 2011, *passim*; L. Petrażycki, *Teoria prawa i państwa*, PWN, Warszawa 1959, s. 70–75; A. Boniecki, *Połączenie odebrane*, Znak, Kraków 2018, s. 29 i *passim*.

Dnia 4 marca 1970 r. dr Jadwiga K. straciła życie. Dlatego nie od rzeczy będzie pytanie, co by było, gdyby w lutym 1970 r. ktoś ze zwaśnionych kół należycie skojarzył odnośne pismo Zdzisława Marchwickiego z: a) sugestiami uczonych konsultantów, b) ongiś rachitycznym podejrzeniem, że „ślepcok” zabił Annę M., w przypiływie jakiegoś olśnienia c) zainteresował się tajemniczym filmem z Bazaru w szafie Naczelnika KWMO⁵¹?

Stawiane znaki zapytania pośrednio mogą wyjaśniać, dlaczego niejednych „gryzie robak”. A jeśli gryzie, to – bez oglądania się na zapatrywania Sądu Wojewódzkiego, Sądu Najwyższego i Rzecznika Praw Obywatelskich — nękanym wyrzutami sumienia jedynym lekiem wydaje się być tworzenie znanych mamideł. Trudno komuś przychodzi wyzbycie się niepewności, czy w swoim czasie postąpił tak, jak prof. Józef Tischner by mu radził.

10. Zakończenie pisane z myślą o adeptach sztuki prawniczej

Nie ma ono na celu ucinania dyskusji. Na odwrót, na oścież dla niej pragnie otworzyć okno, aby mogła się toczyć. Dlatego w kanonie niezniszczalnych zasad prawniczego zawodowstwa poczesne miejsce stanowi opowieść Platona w „Obronie Sokratesa”, którego był jednym z największych uczniów. Sławny Ateńczyk (470–399 r. p.n.e.) zapytany, czy czuje się mądrzejszy od swojego interlokutora, skromnie odrzekł: może o tyle tylko, że jeśli czegoś nie wiem, to przynajmniej nie mówię, że wiem.

Jeżeli wiemy, czego nie wiemy, to tym samym wiemy, czego – ze zrozumieniem rzeczy – nauczyć się powinniśmy. Katalog pożądanej wiedzy nigdy nie jest zamknięty. Na przykład, w XVI wieku król Stefan Batory w Zamościu miał wypowiedzieć do ucznia tamtejszej szkoły pamiętne słowa: „ucz się, chłopcze, łaciny, a zrobię cię panem”. Cytowana w podręczniku „Elementa latina” obietnica Batorego zachęcała nasze pokolenie w tajnym nauczaniu do uczenia się języka, który jest kluczem do kultur rzymskiej i greckiej, niezbywalnych w zawodach prawniczych, jak chociażby Horacego przestroga, że są granice wszystkiego, których nie wolno przekroczyć.

Prof. Tadeusz Gadacz przekonywał, że kształcenie prawnika (cyt.) „Musi dokonywać się poprzez przekaz (także! – dop. autora) kulturowy, gdyż wielkie dzieła kultury europejskiej, wielkie wzorce moralne odsłania-

⁵¹ Por. rozważania M. Górskiego, Przewidywanie powiązanych ze sobą ..., *idem*; B. Chyrowicz, O sytuacjach bez wyjścia w etyce, Znak, Kraków 2008, s. 27, 28.

ją sens człowieczeństwa i sens życia. Dlatego L. M. Seneka napisał kiedyś do swego ucznia prokuratora Lucyliusza «Wiesz co jest potrzebne by być dobrym prokuratorem, ponieważ kształciłeś się u mnie: *littere*» (literatura, sztuka, filozofia). Bez nich nie można być człowiekiem kulturalnym, a bez kultury nie można być dobrym prokuratorem⁵².

To, po pierwsze, podsumujemy uwagą, że zwłaszcza prawnik permanentnie ma się uczyć. Po drugie, najczęściej w nieprawniczych komunikatach poświęconych tzw. sprawie Wampira pełno sygnalizowanych już, niczym nieudokumentowanych rewelacji. Ciśnie się pytanie o przyczyny, dla których polemiki nie zabierają głosu na temat konkretnych dowodów osobowych i rzeczowych, ekspertyz znawców oraz poglądów obu Sądów, o Rzeczniku Praw Obywatelskich nawet nie wspominając. Otóż wydaje się, że toczenie niemerytorycznych debat wynika z niedostatków atrybutu odpowiedzialności w sensie etycznym (!), a nie restrykcyjnym. Zdolność do ponoszenia odpowiedzialności etycznej za słowa i czyny posiada – powtarzajmy to – tylko ten, kto rozumie ich sensy i wyniki. Ten, kto przestrzega fundamentalne kryterium etycznego postępowania, w którym coś uchodzi, albo robić nie uchodzi⁵³.

Tak pojmowaną odpowiedzialnością powinni się legitymować: sędzia, prokurator, adwokat (i inny obrońca). Po to, żeby mógł się porozumiewać – *in concreto* – np. z opiniującymi profesorami Chróścielewskim, Hanauskim, Markiem, Nasiłowskim, Ochernalem, drem Szulcem czy mgrem Lisowskim. Nawet najbardziej uczonych ekspertyz nie wolno akceptować (dyskwalifikować) na ślepo, niczym tabu, nad którym się nie dyskutuje. Żeby jednak móc poważnie – czytaj, odpowiedzialnie – oceniać poznawczą wartość opinii Chróścietewskiego, Nasiłowskiego, Ochernala czy Hanauska i współautorów trzeba by wpieryw koniecznie ze zrozumieniem przestudiować choćby cytowane już pozycje Wachholza „Morderstwo z lubieżności”, Lwa-Starowicza „Seksuologię sądową”, Spetta „Zabójstwo z lubieżności” itd.

Z kolei, żeby w ferworze krytyki „odpowiedzialnie” odsądzać od czci i wiary wyrok oparty na twardym dowodzie z opinii dra Szulca identyfikującej korale z kolczyków Genowefy B., przyzwoitość nakazywałaby

⁵² T. Gadacz, wykład inauguracyjny pt. „Uniwersytet w czasach bezmyślności”, wygłoszony 5 października 2016 r. w Akademii Górniczo-Hutniczej w Krakowie; por. też J. Kleiner, Zarys dziejów literatury polskiej, tom I, Wydawnictwo Ossolińskich, Wrocław 1958, s. 6.

⁵³ T. Dostatni, Przekraczać mury, Wydawnictwo UMCS, Lublin 2007, s. 80, 83; B. Skarga, O odpowiedzialności, Gazeta Wyborcza 2009, nr 15; J. Bogusz, Lekarz i jego choroby, PZWL, Warszawa 1984, s. 98, 99; P. Szompka, Socjologia. Analiza społeczeństwa, Znak, Kraków 2002, s. 258, 259, 271.

wcześniejsze przeczytanie monograficznych prac, na przykład, Z. Ruszkowskiego⁵⁴, Z. Zięby-Palus⁵⁵ czy G. Zadory⁵⁶.

Wreszcie, od (zwłaszcza bez umiaru krytycznie) wartościującego stan wiedzy w sprawie tzw. Wampira należałoby – w związku z opiniami referowanymi na rozprawie przez Z. Marka i Z. Lisowskiego, a dotyczącymi identyfikacji pejcza i łomu – oczekiwać argumentacji pochodzącej z przyjemnej lektury przynajmniej J. S. Olbrychta⁵⁷ i (lub) W. Wacha⁵⁸.

Z dużą dozą prawdopodobieństwa można przypuszczać, że przyczyną ciszy, jaka wokół dowodów rzeczowych i specjalistycznych ekspertyz panuje w mitycznych wypowiedziach, może być niedostatek pracowitości (!) studiów nie tylko akt i wyroków, lecz także fachowego piśmiennictwa.

Po trzecie, *timbre* dyskursu uzmysławia deficyty odczytania w mającej wychowawcze i kulturowe cechy problematyce współzależnych zasad: bezpośredniości i swobodnej oceny całokształtu okoliczności ujawnionych w postępowaniu (por. art. 92 k.p.k.). Sąd Wojewódzki wielorako i wyraziście przekonuje czytelnika wyroku, że stanowiący podstawę orzekania o winie i karze całokształt okoliczności, to rzeczywiście coś więcej aniżeli ogół przeprowadzonych dowodów⁵⁹. SW oceniał – oprócz „normalnych” zeznań względnie wyjaśnień – również brzydotę spontanicznych odzywek Haliny F., grubiańskie powiedzenia Henryka Marchwickiego i brutalność zapiekłych ataków Jana Marchwickiego na świadków i biegłych, których depozycje – w jego pojęciu – wydawały się być niepomysłne. W ciągu 125 dni pojawiali się przed Sądem ludzie przeróżnego pokroju, którzy barwą i melodią głosu, mimiką, lokalnością

⁵⁴ Z. Ruszkowski, Fizykochemia kryminalistyczna, Wydawnictwo Problemów Kryminalistyki CLK KGP, Warszawa 1993, *passim*.

⁵⁵ Z. Zięba-Palus i współ., Ekspertyza fizykochemiczna, (w:) M. Kała, D. Wilk, J. Wójcikiewicz (red.), Ekspertyza sądowa. Zagadnienia wybrane, Wolters Kluwer, Warszawa 2017, s. 276–317.

⁵⁶ G. Zadory, Metody chemometryczne i statystyczne a ocena materiału dowodowego, (w:) J. Wójcikiewicz (red.), Rozprawy z Jałowcowej Góry, Instytut Ekspertyz Sądowych, Kraków 2004, s. 251–256.

⁵⁷ J. S. Olbrycht, Medycyna sądowa w procesie karnym, PZWL, Warszawa 1964, s. 282–320; inspirującym źródłem wiedzy w tym względzie są zgromadzone w Muzeum krakowskiego ZMS czaszki uszkodzone różnymi narzędziami; prof. Olbrycht używał tych eksponatów jako pomocy naukowych podczas wykładów dla studentów Wydziału Prawa UJ w roku 1949/1950.

⁵⁸ W. Wach, Elementy ekspertyzy biomechanicznej, (w:) Ekspertyza sądowa. Zagadnienia wybrane..., *idem*, s. 347–384.

⁵⁹ Autor wykładu bez reszty przyłącza się do definicji rzeczzonego całokształtu, wymyślonej przez sędziego apelacyjnego Adama Bergera (w artykule): Przyznanie się, Gazeta Sądowa Warszawska 1931, nr 29–30.

środków przekazu itp. niepoliczalnymi ekwiwalentami słów komunikowali się z Sądem, stronami i publicznością.

Sedno rzeczy wyłożył E. Locard w lapidarnym zdaniu, że „zeznanie spisane staje się tylko trupem z mumifikowanym, z którego całkowicie znikło to, co w nim było żywotne i szczere”⁶⁰. Niemniej plastycznie wybrzmiewa opinia Jamesa Borga, że „miłe słowa nie znaczą nic, jeśli ciało zdaje się mówić co innego”⁶¹. Wobec przykładu niedościgłej roli Starego Wiarusa w „Warszawianie” S. Wyspiańskiego tym bardziej truizmem pachnie pogląd, że nie wystarczy wysłuchanie samego słownictwa (prze-czytanie protokołu) opisującego zabójstwo np. dr Jadwigi K., żeby wiedzieć, „co się działo 4 marca 1970 r. w pobliżu Ośrodka TV w Katowicach-Bytkowie”. Zasadę bezpośredniości wszak wymyślono po to, aby dzięki odczuwaniu (w naszym przypadku w ciągu 125 dni, nie licząc kilku dni pracy Sądu Najwyższego) „oddechu i rytmu, ciszy i krzyku” sali rozpraw powstawały optymalne warunki stwierdzenia „winny” lub „niewinny”⁶². Wniosek tak oczywisty, że aż nie uchodzi dalsze uzasadnianie go.

Niby tak, ale po czwarte, doświadczenie poucza, że w historii zawsze „najłatwiej osądzają ci, których tu nie było”⁶³, wobec czego pewnych zdarzeń nigdy nie rozumieją. Nie pojmą niczego, jeśli sami – jak Karolina Lanckorońska pisała we „Wspomnieniach wojennych” – tego czegoś nie przeżyli przynajmniej w minimalnym zakresie.

I, po piąte, w referacie nie mało było o kardynalnych błędach. Wypunktowano ich przykłady, aby uwiarygodnić relację zwłaszcza nt. śledztwa. Błądzenie wszak jest rzeczą ludzką. W każdym śledztwie popełnia się pomyłki. Niektóre są nieuniknione. Problem sprowadza się do chęci i stylu (sposobu) naprawiania skutków niewłaściwego postępków natychmiast po wykryciu go.

Rzekę zagadnień, z których każde z osobna mogłoby stanowić kanwę monografii, sfinalizujemy – z uwagi na studenckie grono Słuchaczy UR – wnioskiem, że czegokolwiek byśmy w tym wykładzie nie dotknęli, wszę-

⁶⁰ E. Locard, Dochodzenie przestępstw..., *idem*, s. 44, 70; zob. też Z. Czeczot, T. Tomaszewski, Kryminalistyka ogólna, Comer, Toruń 1996, s. 113–131.

⁶¹ Cytat za: L. Młodinow, Nieświadomy mózg, Prószyński i S-ka, Warszawa 2016, s. 159.

⁶² E. Gruba, Ocena wiarygodności zeznań świadków w procesie karnym. Problematyka kryminalistyczna, Kantor Wydawniczy „Zakamycze”, Kraków 2003, s. 392–431; T. Jaśkiewicz-Obydzińska, E. Wach, (w:) E. Habzda-Siwiek, J. Kabzińska (red.), Psychologia i Prawo. Między teorią a praktyką, Gdańskie Wydawnictwo Psychologiczne Sp. z o.o., Sopot 2014, s. 263–275.

⁶³ J. Hen, Dziennik na nowy wiek, Wydawnictwo A.A.B., Warszawa 2009, s. 169; cytowane słowa są aluzją do moralizatorskich tendencji tych, których w dniach grozy w warszawskim Getcie nie było, a mimo to oni „lepiej wiedzą” niż ich naoczni świadkowie.

dzie pojawi się problem przez (między innymi) Barbarę Skargę zdefiniowanej odpowiedzialności, świadczącej o posiadaniu przez prawnika (i chyba nie tylko prazeń) należytych kompetencji zawodowych.

Issues of truth and fabrication (in the background of cases that have large social resonance)

Abstract

Multi-dimensional opposition between truth and fabrication in criminal proceedings, including specifically investigative proceedings, made the commentator reconsider several fundamental aspects that are determinants in the fruitfulness of court proceedings. Presented opinions are confronted with judicial decisions, opinions of legal academics and commentators, as well as with literature on law, ethics, philosophy, culture and history.

GLOSY

Stanisław Łagodziński

Glosa do wyroku Sądu Najwyższego z dnia 28 czerwca 2017 r., sygn. III KK 137/17¹

Streszczenie

Glosowany wyrok Sądu Najwyższego jest reakcją na błędne rozstrzygnięcie sądu okręgowego jako sądu odwoławczego, który ukrywania pojazdów mechanicznych pochodzących z przestępstwa nie zaliczył do znamion paserstwa. Zasluguje on na szczególną uwagę, albowiem odcina się od błędnej praktyki ścigania karnego i wymiaru sprawiedliwości rozumienia istoty paserstwa oraz związanego z tym wadliwego opisu zarzuconego i przypisanego czynu zabronionego. Wymaga to więc nieco bliższego przedstawienia motywów i okoliczności stypizowania znamion sposobu działania pasera, a zwłaszcza znamienia „przyjmuje”, pomijanego w bliższej analizie, w piśmiennictwie i najczęściej też błędnie rozumianego. Jest to istotne zwłaszcza na tle zorganizowanej przestępczości kradzieży pojazdów mechanicznych i funkcjonujących w jej ramach, powiązanych „omertą”, jej organizacyjnych części – tzw. dziupli, służących do czasowego przechowywania skradzionych pojazdów bądź też ich demontażu na części.

Przyjęcie rzeczy pochodzącej z kradzieży (art.291§1 k.k.) to objęcie jej przez sprawcę w posiadanie, jednakże nie po to, by władać nią

¹ OSNKW 2017, nr 11, poz. 66.

**jak właściciel, ale w innym, uzgodnionym z osobą przekazującą ce-
lu, także wówczas, gdy polega na ukryciu takiej rzeczy.**

Procedowanie przez Sąd Najwyższy o ustawowych znamionach paserstwa jako przestępstwa powszechnie występującego w praktyce ścigania karnego rodzi pytanie, co jest powodem jego wątpliwości interpretacyjnych. Jest ono przecież najczęściej stosowanym oraz skanalizowanym sposobem wymiany na środki pieniężne zysku osiąganego przez sprawców wszelkich typów przestępstw zaboru, przywłaszczenia i wyłudzenia cudzego mienia bądź mienia osiąganego z innych typów czynów zabronionych. Dysponentem mienia pochodzącego z czynu zabronionego jest w pierwszej kolejności sprawca jego popełnienia, a następnie jego dysponentem, posiadaczem zależnym lub jedynie czasowym dzierżycielem – paser, stosownie do przewidzianych ustawą form jego popełnienia. Przewidziane normą prawną postacie paserstwa to: nabywa, przyjmuje, pomaga do jego zbycia lub ukrycia, co w połączeniu ze sprawcą przestępstwa pierwotnego tudzież instytucją przestępstw współkaranych powoduje, że spośród tej grupy pięciu osób, w sposób wysoce zróżnicowany będzie kształtować się ich odpowiedzialność karna, a nawet jej brak, za dysponowanie przedmiotem paserstwa, w tym również czas jego popełnienia. Prawidłowe określenie zasad ich odpowiedzialności karnej wymaga więc retrospektywnego spojrzenia na kształtowanie się istoty tego przestępstwa, celu jego wprowadzenia do porządku prawnego dla zapewnienia bezpieczeństwa obrotu gospodarczego, a także na istotę poszczególnych form sprawczych zachowań. Jako imperatyw konieczny musimy też przyjąć, że celem penalizacji zachowań paserskich jest ochrona okradzionego, a nie kradnącego i dalszych dysponentów skradzionym mieniem, co nie zawsze jest postrzegane w wykładni prawa prowadzonej nierzadko *ad usum crimini*.

Starsze ustawodawstwa karne, w myśl ówczesnych konstrukcji niewłaściwego uczestnictwa, traktowały paserstwo jako formę współudziału w przestępstwie z którego pochodzi dane mienie, a nie jako przestępstwo samoistne. Ten sposób pojmowania istoty paserstwa spotykamy w Ustawie Karnej Austriackiej z 1852 r. (obowiązującej na terenie b. zaboru austriackiego do czasu wejścia w życie Kodeksu Karnego z 1932 r.), która w § 185 stanowi, iż: „Uczestnictwa w kradzieży lub sprzeniewierzeniu staje się winny, kto rzecz skradzioną lub sprzeniewierzoną ukrywa, nabywa lub pozbywa”. Pozostałe ustawodawstwa rozbiorowe, a to *Strafgesetzbuch* z 1871 r. w § 259 oraz Kodeks Karny z dnia 22 marca 1903 r. (obowiązujący na ziemiach b. zaboru rosyjskiego) w art. 616, traktowały

paserstwo jako przestępstwo samoistne i niepozostające w związku z innym przestępstwem.

Przygotowywany projekt jednolitego kodeksu karnego dla całego państwa, odrzucił starą konstrukcję traktowania paserstwa jako formy współudziału w przestępstwie pierwotnym. Uznał, że paserstwo nie jest działaniem pomocniczym, bowiem jego sprawca nie popiera ani też nie ukrywa cudzego przestępstwa lecz popełnia przestępstwo własne. Przestępstwo własne polegające na wprowadzeniu do legalnego obrotu towarowego rzeczy pochodzących z przestępstwa, a przeto wyłączonych z obrotu handlowego – *rei extra commercium*, rzeczy skażonych – *vitium rei inherens* – tkwiącą w nich niedoskonałością przestępczego pochodzenia. Motywy ustawodawcze do k.k. z 1932 r. eksponowały jednoznacznie, że podstawą karania paserstwa jest społeczna szkodliwość obrotu przedmiotami uzyskanymi drogą przestępstwa. „Wprowadzeniem w obrót będzie nie tylko pomoc przy zbyciu rzeczy, przy jej sprzedaży, albo wprost handel rzeczami, uzyskanymi drogą przestępną, będzie nim także nabycie rzeczy dla siebie, przechowywanie jej, ukrycie, przewóz, słowem każda czynność, która jest niejako legalizacją w obrocie prawnym rzeczy, zdyskwalifikowanych wskutek przestępnego pochodzenia, albo ułatwieniem lub współdziałaniem takiej legalizacji (...)” i dalej „(...) Tę różnorodność form działania Projekt starał się ująć możliwie syntetycznie, jako nabycie, przyjęcie w jakimkolwiek celu, albo pomoc w zbyciu lub ukryciu rzeczy, uzyskanej za pomocą przestępstwa”².

Ten *quadrimodus* zachowań paserskich, obejmuje więc wszystko, co może stanowić wprowadzenie do legalnego obrotu gospodarczego rzeczy pochodzącej z przestępstwa i nic też ponad wymienione sposoby działania nie wyczerpuje znamion paserstwa. Dla podkreślenia zaś możliwie szerokiego rozumienia przedmiotowego znamienia przyjmuje, jako aktu objęcia rzeczy we władztwo fizyczne, dookreślono je zwrotem werbalnym „w jakimkolwiek celu”. Podnoszono też, że jest niezbędnym odróżnianie czynności jednorazowych od wytworzenia trwałego stanu ukrywania rzeczy (*delictum continuatum*), jakim będzie kontynuowanie w czasie rozpoczętego przez siebie stanu ukrywania rzeczy pochodzącej z przestępstwa. Takie rozumienie znamion sposobu działania w przestępstwie paserstwa, pozostające w zgodności z motywami ustawodawczymi do k.k. z 1932 r., dominowało we wszystkich ówczesnych komentarzach, a również i orzecznictwie sądowym, eksponującym jako zacho-

² Komisja Kodyfikacyjna Rzeczypospolitej Polskiej, Sekcja Prawa Karnego, Uzasadnienie części szczególnej, Warszawa 1930, Tom V, zeszyt 4, s. 86–87.

wania paserskie ukrywanie i przechowywanie rzeczy pochodzących z przestępstwa³.

Jeżeli sofistycznie ograniczamy treść bądź izolujemy którykolwiek z tych czterech zwrotów normatywnych sposobu działania wprowadzenia rzeczy do obrotu gospodarczego, a zwłaszcza znamię „przyjmuje”, to świadomie bądź nieświadomie poszerzamy zakres bezkarności zachowań sprawcy paserstwa i stajemy się jego jurystycznym poplecznikiem, poprzez wykładnię prawa *ad usum crimini*.

Kolejne kodyfikacje polskiego prawa karnego, a to kodeksy karne z 1969 i 1997 roku, nie wprowadziły istotnych zmian w zdefiniowaniu przestępstwa paserstwa. Kodeks karny z 1969 r. usunął ze znamienia „przyjmuje” dookreślający zwrot „w jakimkolwiek celu” oraz uzupełnił je, a również znamię „pomaga do jej ukrycia”, celem działania w postaci osiągnięcia korzyści majątkowej. Zmiany te uzasadniono potrzebą wyraźnego rozgraniczenia przestępstw paserstwa i poplecznictwa⁴. Aktualnie obowiązujący kodeks usunął z definicji paserstwa wszelkie zwroty dookreślające, a w jego treści pozostawił tylko znamiona sposobu działania: „nabywa, przyjmuje oraz pomaga do jej zbycia lub ukrycia”. Zmian tych nie uzasadniono. Przy braku określenia w Uzasadnieniu rządowego projektu kodeksu karnego rozumienia pojęcia wprowadzenia do obrotu gospodarczego rzeczy pochodzącej z przestępstwa, a również podstawy karalności paserstwa – co w tym zakresie było największym ich błędem – poszerzyło to możliwości dowolnego interpretowania jego ustawowych znamion. Jest rzeczą oczywistą, że w typizacji przestępstwa paserstwa – tożsamo jak każdego innego czynu zabronionego – określenie jego ustawowych znamion sposobu działania musi następować w zgodności z ogólnymi zasadami odpowiedzialności karnej, w tym również z wypracowaną w nauce prawa konstrukcją czynów współukaranych. Paserstwo swój prawny byt, poprzez wyczerpanie któregośkolwiek ze znamion sposobu działania, rozpoczyna dopiero po „popelnieniu” czynu uprzedniego, z którego pochodzi przedmiot przestępstwa i z tego względu nie jest możliwe jego przyczynowe oddziaływanie na przestępstwo uprzednie. Dysponentem rozporządzającym przedmiotem paserstwa może być za-

³ J. Nisenson, M. Siewierski, Kodeks Karny i Prawo o wykroczeniach z Komentarzem, Warszawa 1933, s. 88; S. Glaser, A. Mogilnicki, Kodeks Karny Komentarz, Kraków 1934, s. 534–544; L. Peiper, Komentarz do Kodeksu Karnego i Prawa o wykroczeniach, wyd. 2, Kraków 1936, s. 340–346; W. Makowski, Kodeks Karny Komentarz, wyd. 3, Warszawa 1937, s. 505–511; J. Makarewicz, Kodeks Karny z Komentarzem, wyd. 5, Lwów 1938, s. 419–426.

⁴ Projekt Kodeksu Karnego oraz przepisów wprowadzających kodeks karny, Warszawa 1968, s. 150.

równy sprawca przestępstwa uprzedniego, jak też paser nabywający od niego skradziony przedmiot, ze świadomością jego przestępnego pochodzenia. W ich możliwości nieograniczonego rozporządzania mieniem pochodzącym z przestępstwa, do którego nie przysługuje im prawo własności, znajduje się cała gama zachowań składająca się na korzystanie z owoców już popełnionego przestępstwa, które to zachowania mogą wyczerpywać znamiona czynu zabronionego. Czyny te, popełnione po czynie uprzednim – i stąd ich nazwa współukarane czyny następne – jako każda postać rozdysponowania przedmiotem kradzieży lub paserstwa, nie mogą stanowić odrębnego przestępstwa. Dlatego też powszechnie przyjmuje się, że ich „skwitowanie” następuje poprzez wymiar kary za przestępstwo główne⁵, bądź też, jak przyjmują inni, że jest to w myśl art.17 § 1 pkt. 11 k.p.k. inna okoliczność wyłączająca ściganie⁶.

Te właśnie powody, nie tracąc na uwadze celu karalności paserstwa, zadecydowały o tym, aby owe „syntetyczne określenie znamion paserstwa” nie obejmowało sprawcy przestępstwa uprzedniego bądź sprawcy już popełnionego paserstwa. Dlatego właśnie wśród znamion sposobu działania pasera występują znamiona „nabywa i pomaga do zbycia”, lecz nie występuje znamie „zbywa”. Tożsamo też występuje znamie „przyjmuje i pomaga do ukrycia”, a nie występuje „ukrywa bądź przechowuje”, chociaż przechowywanie i ukrywanie są immanentną cechą przyjęcia, gdy przyjęcie nastąpiło w tym celu, mając charakter *delictum continuatum*. Są to podstawowe zasady „jurystycznej wiedzy i sztuki”, których znajomość i przestrzeganie jest niezbędne w pełnieniu czynności zawodowych sędziego lub prokuratora. Ich naruszenie to ewidentny „błąd w sztuce” mogący skutkować odpowiedzialnością zawodową. Skoro wobec innych zawodów postulujemy pełnienie ich zgodnie z aktualną wiedzą i sztuką, to z powinności tej nie możemy wyłączać prawników.

Analizą znamion sposobu działania pasera, w postaci nabywa i pomaga do zbycia, zajmę się bliżej w glosie do uchwały SN z dnia 18 listopada 1998 r., postulując przy tym, aby w wykładni znamienia „pomaga do zbycia” rzeczy pochodzącej z czynu zabronionego uwzględniano kryterium działania w interesie pokrzywdzonego⁷. Cel takiego działania, jako cel wyłączny oraz zmierzający do likwidacji pokrzywdzenia, będąc swoim zaprzeczeniem przestępstwa pierwotnego, powinien mieć istotny

⁵ A. Marek, P. Gensikowski, Konstrukcja czynów współukaranych i jej komplikacje prawnicze, Prokuratura i Prawo 2004, nr 10.

⁶ M. Rogalski, *Res iudicata* jako przesłanka procesu karnego, Rzeszów 2004, s. 265.

⁷ S. Łagodziński, Glosa do Uchwały SN z dnia 18 listopada 1998 r., sygn. I KZP 17/98, Prokuratura i Prawo 2000, nr 2.

wpływ na ocenę wyłączającą przestępnosć takiego zachowania. Uwzględniając, iż zamieszczone tam wywody wyczerpały rozumienie znamion „nabywa i udziela pomocy do zbycia” rzeczy pochodzącej z czynu zabronionego oraz że nie straciły swej aktualności, ponowne ich analizowanie byłoby bezprzedmiotowe.

W świetle głosowanego wyroku bardziej istotnym jest rozumienie znamienia „przyjmuje rzecz pochodzącą z czynu zabronionego”, a w kontekście tego pojęcia, przechowywanie oraz ukrywanie danej rzeczy jako wyraz zachowań paserskich uniemożliwiających jej odzyskanie przez właściciela i stwierdzenie jej przestępczego posiadania. Zwrot werbalny „przyjmuje”, niczym niedookreślony, to w znaczeniu jurystycznym *nul*, nie oddający żadnej treści społecznej i nienadający się do żadnego prawnego wartościowania. Można przyjąć wyrazy uznania, szacunku, przyjaciół przy kawie, wypożyczoną nam książkę, lekarstwo, a nawet transport skradzionego towaru, lecz w każdym z tych zdarzeń jego treść i znaczenie wynika z owego dookreślenia. Takie też rozumienie *verbum* „przyjmuje” spotykamy w słownikach języka polskiego, gdzie zwrot normatywny „przyjąć” jest uzupełniany o dopełniające go dookreślenie, w następstwie czego uzyskujemy różnorodność społecznych zachowań, w tym także o zróżnicowanym czasie ich trwania⁸. W przestępstwie paserstwa owo dookreślenie przyjęcia znajduje się na wstępie ustawy (art. 291 § 1 k.k.) i jest nim rzecz pochodząca z czynu zabronionego. Jednocześnie też to dookreślenie dla ziszczenia się w swej treści i wymowie, musi przejść przez etap przyjęcia, *ergo* być poprzedzone owym przyjęciem, dla łącznego oddania w pełni ich społecznego rozumienia. Jeżeli treść owego przyjęcia realizująca się jednym czynem, polega na wytworzeniu i utrzymaniu się w czasie stanu sprzecznego z prawem, to dane zachowanie paserskie aż do czasu jego ustania, spełnia wszelkie cechy przestępstwa trwałego⁹.

W pewnym stopniu zakres treści pojęciowej „przyjmuje rzecz pochodzącą z czynu zabronionego”, ogranicza nam znamię „nabywa rzecz pochodzącą z czynu zabronionego”, poprzez porównanie zakresu uprawnień przysługujących obu tym dysponentom rzeczy. O ile faktyczne uprawnienia nabywcy są porównywalne z prawem własności, to zakres

⁸ Słownik Języka Polskiego, pod red. W. Doroszewskiego, T. VII, Warszawa 1965, s. 532–539; Słownik Języka Polskiego, pod red. M. Szymczaka, T II, Warszawa 1979, s. 1039–1040.

⁹ S. Śliwiński, Polskie prawo karne materialne, Warszawa 1946, s. 402–403; J. Makarewicz, Kodeks..., s. 151; W. Wolter, Nauka o przestępstwie, Warszawa 1973, s. 330; M. Rogalski..., *Res iudicata*..., s. 259.

faktycznych uprawnień przyjmującego – obejmującego rzecz w fizyczne jej władanie, wyznacza treść: ustaleń, uzgodnień, zlecenia, między przekazującym a przyjmującym oraz cel tegoż przekazania¹⁰. Niekiedy może to być również cywilnoprawna umowa określająca cel powierzenia oraz zakres i sposób postępowania z nią, a więc władania rzeczą. To przyjęcie rzeczy pochodzącej z czynu zabronionego i sposób władania nią nie mogą być prawnokarnie obojętne, lecz muszą bezwarunkowo wyczerpywać się w szerokim rozumieniu wprowadzenia jej do obrotu gospodarczego, słowem chodzi o każdy sposób będący niejako jej legalizacją w obrocie prawnym, albo ułatwieniem lub współdziałaniem takiej legalizacji, dzisiaj, jutro, a nawet w odległej przyszłości. Czy zachowanie przyjmującego rzecz spełnia te warunki wprowadzenia jej do obrotu gospodarczego, to wyłącznie kwestia ustaleń faktycznych konkretnego zdarzenia będącego przedmiotem osądu i swobodnej oceny sądu zebranych dowodów.

Na tle przyjęcia rzeczy pochodzącej z przestępstwa, którą w konkretnej sprawie było 8 pojazdów mechanicznych, w tym: 3 samochody i 5 motocykli, nasuwa się refleksja, że przy takiej liczbie skradzionych pojazdów był to efekt działania zorganizowanej grupy przestępczej, a prowadzący „dziupłę” jako jej członek był powiązany z nią „omertą” – złąką milczenia. Prowadzenie takich postępowań przygotowawczych wymaga szczególnej wnikliwości, bowiem działanie grupy przestępczej na każdym jej etapie jest logistycznie dopracowane i zabezpieczone, nie wyłączając przy tym nawet udziału obrońcy w postępowaniu karnym. Dowodem takiej oceny niech będzie zdarzenie z własnej praktyki zawodowej, z początku lat dziewięćdziesiątych ubiegłego wieku. Samochód skradziony na terenie Lubelszczyzny był przeprowadzany przez miejscowego „kuriera” do Obwodu Kaliningradzkiego. Nocą, na przejściu granicznym w B., kierowca został zatrzymany wraz z samochodem, a po upływie kilku godzin zgłosił się w Komendzie Powiatowej Policji w B. do jego obrony miejscowy adwokat. W swoich notatkach „namiary” na tego adwokata posiadał także kierowca konwojujący skradziony pojazd. Informacji o przestępstwie nie posiadał jeszcze prokurator.

W piśmiennictwie jako przykłady paserskiego przyjęcia rzeczy pochodzącej z przestępstwa, przyjęcia ograniczonego konkretnym celem porozumienia kontrahentów, wymienia się zazwyczaj takie zachowania jak: przerobienie, naprawa, przekazanie innej osobie, ukrycie i przechowy-

¹⁰E. Pływaczewski, *Przestępstwo paserstwa w ustawodawstwie polskim*, Toruń 1986, s. 87–91; K. Indecki, *Przestępstwo paserstwa w kodeksie karnym z 1969 r.*, Łódź 1991, s. 65–69; A. Marek, E. Pływaczewski, A. Peczeniuk, *Kradzież i paserstwo mienia prywatnego*, Warszawa 1985, s. 175–177.

wanie rzeczy, komis, zastaw, dzierżawa, użytkowanie, korzystanie z rzeczy, popisywanie się jej posiadaniem, spożycie, przyjęcie dowodów składowych, papierów na okaziciela itp.¹¹ W judykaturze natomiast, nie kwestionując przedstawionego wyżej rozumienia znamienia „przyjmuje rzecz pochodzącą z czynu zabronionego”, eksponowano bardziej kwestię zgodności opisu czynu zarzucanego ze sformułowanymi ustawą znamionami paserstwa. Podkreślano wielokrotnie i jednoznacznie, że obowiązująca procedura karna nie wprowadza wymogu, aby w opisie czynu zarzucanego przytoczono dosłownie wszystkie określone ustawowo jego znamiona. Jest wystarczające przy konstruowaniu opisu przestępstwa użycie wyrażenia znaczeniowo równorzędnego bądź zastąpienie go takim określeniem, które wypełnia znaczenie znamienia ustawy¹².

Logiczne określenie sprawstwa ostatniego ze znamion sposobu działania paserstwa, to jest „pomaga do ukrycia rzeczy pochodzącej z czynu zabronionego”, sytuuje go w pozycji innej niż sprawca nabycia, przyjęcia, bądź udzielenia pomocy do zbycia. Jego zachowanie to wycinek zachowań paserskich mający wyłącznie postać pomocy w ukryciu, pomocy podjętej z własnej woli lub podszeptu innych oraz świadczonej na rzecz innych osób będących dysponentem tegoż mienia.

W kwestii zgodności opisu czynu zarzucanego ze znamionami ustawy karnej zajmuję nieco inne stanowisko niż wyrażone w powołanych wyżej judykatach Sądu Najwyższego. Ustawy stanowiące są po to, aby je przestrzegać, zwłaszcza przez jurystów, a w tym przestrzeganiu zapewnić w miarę jednolite rozumienie znamion czynu zabronionego i dostępne w tym rozumieniu ogółowi społeczeństwa. Z tej dostępnej *omnes* jednolitości rozumienia znamion czynu zabronionego wyprowadzam dla organów ścigania karnego oraz wymiaru sprawiedliwości powinność posługiwania się znamionami ustawy dla wyrażenia określonych normą prawa zachowań paserskich. Jest również obligatoryjną powinnością tych organów konkretyzacja w języku potocznym owych znamion paserstwa w postaci nabycia, przyjęcia, pomocy do zbycia i ukrycia, gdyż właśnie ta konkretyzacja czyni najbardziej zrozumiałym społeczne niebezpieczeń-

¹¹ L. Peiper, Komentarz..., s. 342; E. Pływaczewski, Przepisy..., s. 87–91; K. Indecky..., Przepisy..., s. 65–69; Prawo karne Część szczególna, pod red. W. Świdy, Wrocław–Warszawa 1971, s. 285; I. Andrejew, W. Świda, W. Wolter, Kodeks Karny z Komentarzem, Warszawa 1973, s. 660.

¹² Postanowienie SN z dnia 12 grudnia 2012 r., sygn. V KK 82/12, OSNKW 2013, nr 3, poz. 23; wyrok SN z dnia 26 listopada 2014 r., sygn. II KK 141/14, OSNKW 2015, nr 5, poz. 42; wyrok SN z dnia 1 września 2015 r., sygn. V KK 212/15, LEX nr 1794322; wyrok SN z dnia 4 listopada 2016 r., sygn. II KK 246/16, LEX 2152390.

stwo wprowadzenia do obrotu mienia skażonego jego przestępczym pochodzeniem.

Jeżeli w ocenie wyrokującego sądu opis zarzuczonego czynu został wadliwie sformułowany, to sąd rozpoznając sprawę w granicach tożsamości zarzuczonego czynu określa jego poprawne ustawowo sformułowanie i nie jest władny uniewinnić oskarżonego. Są to jednak zagadnienia pozostające poza zakresem wykładni znamienia „przyjmuje rzecz pochodzącą z czynu zabronionego”.

Commentary to the Supreme Court judgment of 28 June 2017, ref. no. III KK 137/17

Abstract

Commented herein, the Supreme Court judgment is a response to an erroneous decision of the circuit appellate court, which failed to recognize that concealing motor vehicles obtained by crime is actually a criterion describing a crime of receiving. The judgment deserves special attention as it distances itself not only from misconceptions law enforcement agencies and judicial authorities have about the said crime, but also from the resulting errors in describing a relevant prohibited act, whether alleged or attributed. More detailed presentation of a receiver's method of acting is thus required, including the criterion "receives" that is not only often ignored in in-depth studies or literature, but also often misunderstood. This is particularly valid given organized crime in motor vehicle theft, as well as chop shops tied to organized crime syndicates and bound by Omertà.

Mariusz Nawrocki

Glosa do wyroku Sądu Najwyższego z dnia 14 listopada 2016 r., sygn. III KK 273/16¹

Streszczenie

Glosa dotyczy problematyki czynu ciągłego i trudności interpretacyjnych, jakie się z nim wiążą na gruncie prawa karnego. Poruszono w niej zagadnienie ustalania jego ram temporalnych oraz wynikających z tego konsekwencji. Glosa jest zasadniczo krytyczna.

W razie zmiany ustawy w trakcie realizacji czynu ciągłego w sytuacji, gdy pierwsze zachowanie objęte tym czynem popełnione zostało w trakcie obowiązywania ustawy starej, a ostatnie zachowanie popełnione zostało po zmianie ustawy, należy uznać, że cały czyn ciągły popełniony został pod rządami ustawy nowej.

W komentowanym orzeczeniu Sąd Najwyższy wyraził pogląd, zgodnie z którym czas popełnienia przestępstwa dokonanego w warunkach ciągłości wyznacza okres od chwili pierwszego zachowania do chwili zakończenia ostatniego zachowania składającego się na czyn ciągły. Sąd Najwyższy wskazał przy tym, że w razie zmiany ustawy w trakcie realizacji czynu ciągłego w sytuacji, gdy pierwsze zachowanie objęte tym czynem popełnione zostało w trakcie obowiązywania ustawy starej, a ostatnie zachowanie popełnione zostało po zmianie ustawy, należy uznać, że cały czyn ciągły popełniony został pod rządami ustawy nowej².

Dla zrozumienia przedstawionego przez Sąd Najwyższy poglądu prawnego należy przytoczyć stan faktyczny, który legł u jego podstaw. Otóż wyrokiem Sądu Rejonowego w G. z dnia 7 października 2014 r. Ł. D. został uznany za winnego tego, że działając w nieustalonych datach w okresie od dnia 1 stycznia 2005 r. do 4 grudnia 2007 r., w krótkich

¹ Wyrok wraz z uzasadnieniem znajduje się w bazie orzeczeń Sądu Najwyższego pod adresem: <http://www.sn.pl/sites/orzecznictwo/orzeczenia3/iii%20kk%20273-16.pdf> (dostęp w dniu 27 stycznia 2018 r.).

² Sąd Najwyższy powtórzył ten pogląd w wyroku z dnia 21 czerwca 2017 r. w sprawie o sygn. II KK 92/17, Legalis nr 1651448.

odstępach czasu, w wykonaniu z góry powziętego zamiaru, wielokrotnie, w tym również grożąc pokrzywdzonej pozbawieniem życia jej matki, doprowadził małoletnią A. D., która nie ukończyła wówczas 15 lat, do wielokrotnego poddania się innej czynności seksualnej oraz do wykonania innej czynności seksualnej, czym spowodował u niej rozstrój zdrowia psychicznego na czas trwający powyżej 7 dni, tj. popełnienia przestępstwa z art. 197 § 2 k.k. w zb. z art. 200 § 1 k.k. w zb. z art. 157 § 1 k.k. w zw. z art. 11 § 2 k.k. w zw. z art. 12 k.k. Za popełnienie tego przestępstwa oskarżony został skazany na karę 2 lat pozbawienia wolności. Tym samym wyrokiem oskarżony został uniewinniony od zarzutu popełnienia czynu polegającego na tym, że w maju 2005 r. w miejscowości G. doprowadził małoletniego poniżej lat 15 D. K. (lat 3) do poddania się innej czynności seksualnej przez dotykanie jego narządów płciowych, wyczerpującego dyspozycję art. 200 § 1 k.k. Orzeczenie to zostało zaskarżone apelacją obrońcy oskarżonego, który zarzucił rozstrzygnięciu naruszenie szeregu przepisów postępowania oraz błąd w ustaleniach faktycznych. W dniu 27 stycznia 2015 r. Sąd Okręgowy w G. wydał orzeczenie w przedmiocie apelacji, na mocy którego poprawił kwalifikację prawną przypisanego czynu, eliminując z jego opisu uznanie o spowodowaniu przez oskarżonego rozstroju zdrowia psychicznego pokrzywdzonej i art. 157 § 2 k.k. z tej kwalifikacji, a w pozostałym zakresie zaskarżony wyrok utrzymał w mocy, uznając apelację za oczywiście bezzasadną. Orzeczenie to zostało zaskarżone kasacją wniesioną przez obrońcę oskarżonego. W wyniku rozpoznania kasacji, mocą wyroku Sądu Najwyższego z dnia 27 października 2015 r. wyrok Sądu odwoławczego został uchylony i sprawę przekazano temu Sądowi do ponownego rozpoznania w postępowaniu odwoławczym. Procedując ponownie w zakresie wniesionej apelacji Sąd Okręgowy w G. wyrokiem z dnia 3 lutego 2016 r. zmienił zaskarżony wyrok w ten sposób, że wyeliminował z opisu czynu przypisanego oskarżonemu ustalenie odnośnie do spowodowania u pokrzywdzonej rozstroju zdrowia na okres przekraczający 7 dni, czyn przypisany oskarżonemu zakwalifikował jako przestępstwo z art. 197 § 2 k.k. w zb. z art. 200 § 1 k.k. w zw. z art. 11 § 2 k.k. i art. 12 k.k. i te przepisy przyjął jako podstawę skazania oskarżonego, zaś za podstawę wymiaru kary – przy zastosowaniu art. 11 § 3 k.k. – przyjął art. 200 § 1 k.k. i w miejsce orzeczonej kary 2 lat pozbawienia wolności orzekł wobec oskarżonego karę roku i 10 miesięcy pozbawienia wolności, zaś w pozostałej części wyrok utrzymał w mocy. Wyrok ten został zaskarżony kasacją Ministra Sprawiedliwości – Prokuratora Generalnego na niekorzyść skazanego w części dotyczącej orzeczenia o karze. Skarżący zarzucił rażące i ma-

jące wpływ na treść rozstrzygnięcia naruszenie przepisu prawa karnego materialnego, a mianowicie art. 200 § 1 k.k. przez wymierzenie oskarżonemu na jego podstawie kary pozbawienia wolności w wymiarze roku i 10 miesięcy pozbawienia wolności, a zatem poniżej dolnej granicy ustawowego zagrożenia przewidzianego w tym przepisie.

Sąd Najwyższy przychylił się do kasacji i uchylił zaskarżony wyrok w części dotyczącej rozstrzygnięcia o karze i sprawę w tym zakresie przekazał Sądowi Okręgowemu w G. do ponownego rozpoznania. Sąd Najwyższy wskazał na zmiany brzmienia przepisu art. 200 § 1 k.k. oraz uregulowanego w nim zagrożenia karą. Sąd Najwyższy podkreślił, że do dnia 25 września 2005 r. za popełnienie przestępstwa opisanego w art. 200 § 1 k.k. groziła kara pozbawienia wolności w wymiarze od roku do lat 10, zaś od 26 września 2005 r. – kara pozbawienia wolności w wymiarze od 2 do 12 lat. Przyjmując przywołany powyżej pogląd prawny, Sąd Najwyższy uznał, że wobec oskarżonego należało zastosować przepis art. 200 § 1 k.k. w jego ostatnio znowelizowanym brzmieniu, także w zakresie wymiaru kary. Wobec tego wymierzenie oskarżonemu kary roku i 10 miesięcy pozbawienia wolności uznał za wymiar kary poniżej dolnej granicy ustawowego zagrożenia za przypisany sprawcy czyn, co skutkowało rażąco obrażającą prawą materialnego – art. 200 § 1 k.k., która z oczywistych powodów miała istotny wpływ na treść wyroku.

Zaprezentowane przez Sąd Najwyższy stanowisko nie jest nowatorskie, choć w pewnym sensie może uchodzić za kontrowersyjne³.

Stanowisko Sądu Najwyższego nie jest nowatorskie, albowiem już od lat w orzecznictwie trwa dyskusja nad wyznaczaniem czasu popełnienia czynu niejednochwilowego. Można bowiem spotkać pogląd, zgodnie z którym czasem popełnienia takiego czynu jest cały okres realizacji znamion, tj. czas od pierwszego do ostatniego zachowania składającego się na omawianą konstrukcję⁴. W judykaturze obecny jest również po-

³ Sąd Najwyższy w jednym ze swoich orzeczeń poszedł o krok dalej, wskazując że instytucja czynu ciągłego z art. 12 k.k. jest w ogóle kontrowersyjna i trudna w stosowaniu – zob. postanowienie SN z dnia 5 listopada 2014 r., sygn. V KK 145/14, Legalis nr 1180516.

⁴ Tak m.in. w wyroku SN z dnia 15 listopada 1976 r., sygn. III KR 162/76, OSNKW 1977, nr 3, poz. 19; uchwałę SN z dnia 21 listopada 2001 r., sygn. I KZP 29/01, OSNKW 2002, nr 1–2, poz. 2; wyroku SN z dnia 15 września 2005 r., sygn. II KK 15/05, LEX nr 157549; wyroku SN z dnia 15 listopada 2005 r., sygn. IV KK 258/05, OSNwSK 2005, nr 1, poz. 2057; wyroku SN z dnia 29 września 2009 r., sygn. III KK 105/09, OSNKW 2009, nr 12, poz. 10; wyroku SN z dnia 25 października 2012 r., sygn. IV KK 213/12, LEX nr 1232841; wyroku SN z dnia 2 lipca 2015 r., sygn. V KK 45/15, LEX nr 1755925; wyroku SA w Katowicach z dnia 28 lipca 2011 r., sygn. II AKa 244/11, LEX nr 1001368; wyroku SA we Wrocławiu z dnia 1 lutego 2012 r., sygn. II AKa 364/11, LEX nr 1113049;

gląd, że czas popełnienia czynu niejednochwilowego wyznaczany jest przez moment realizacji ostatniej czynności składającej się na ów czyn⁵. Niestety w orzecznictwie można natknąć się również na poglądy niekonsekwentne czy wręcz błędne⁶.

Dyskusyjna, a wręcz kontrowersyjna, jest kwestia sposobu ustalania momentu temporalnego, od którego zależą konsekwencje materialno-prawne czynu rozciągniętego w czasie. Oczywiście nie sposób tego spojrzeć na przykładzie orzecznictwa Sądu Najwyższego, który w tym względzie zadowala się rozwiązaniem najprostszym, ale niekoniecznie najlepiej uzasadnionym, a tym samym nie do końca prawidłowym. Otóż w orzecznictwie Sądu Najwyższego przyjmuje się, tak jak zresztą wynika to z uzasadnienia komentowanego wyroku, że materialno-prawne konsekwencje czynu rozciągniętego w czasie ustala się przez pryzmat brzmienia ustawy z chwili ostatniego zachowania składającego się na omawianą konstrukcję.

Z takim punktem widzenia można zgodzić się jedynie w odniesieniu do sposobu ustalania początku biegu przedawnienia karalności przestępstwa. Termin przedawnienia może rozpocząć swój bieg tylko, gdy przestępstwo zostanie dokonane (popełnione). Zgodnie bowiem z art. 101 § 1 k.k. „Karalność przestępstwa ustaje, jeżeli od czasu jego popełnienia upłynęło...”. Musi to oznaczać położenie akcentu na ukończenie realizacji znamion danego przestępstwa. Przestępstwo przedawnia się bowiem w całości po upływie wyznaczonego przez ustawę terminu⁷.

wyroku SA w Poznaniu z dnia 13 listopada 2012 r., sygn. II AKA 178/12, LEX nr 1289558; wyroku SA w Łodzi z dnia 11 lipca 2013 r., sygn. II AKa 73/13, LEX nr 1383469.

⁵ Tak m.in. w wyroku SN z dnia 7 maja 1976 r., sygn. II KR 69/76, OSNPG 1976, nr 11, poz. 95; wyroku SN z dnia 15 kwietnia 2002 r., sygn. II KKN 387/01, LEX nr 52943; postanowieniu SN z dnia 27 września 2011 r., sygn. III KK 89/11, OSNKW 2012, nr 2, poz. 12; wyroku SA w Krakowie z dnia 19 grudnia 2003 r., sygn. II AKa 257/03, KZS 2004, nr 4, poz. 37, wyroku SA w Gdańsku z dnia 4 września 2012 r., sygn. II AKa 264/12, LEX nr 1239859.

⁶ Przykładem takiej sytuacji jest postanowienie Sądu Najwyższego z dnia 8 grudnia 2015 r. (sygn. III KK 300/15, LEX nr 1943848, Legalis nr 1378828), w treści uzasadnienia którego Sąd Najwyższy – powołując się na pogląd A. Marka – najpierw wskazuje, że „czasem popełnienia przestępstwa ciągłego jest okres obejmujący powtarzające się zachowania”, aby w następnym zdaniu wskazać, iż „reguła, że zmiana ustawodawstwa karnego nie może działać na niekorzyść sprawcy (art. 4 § 1 k.k.) nie dotyczy zmiany ustawy w trakcie popełnienia przestępstwa ciągłego (art. 12), przestępstwa trwałego (np. art. 189) lub o zbiorowo oznaczonym czasie (np. art. 207), których czas popełnienia określa ostatnie zachowanie lub moment przerwania stanu bezprawnego”.

⁷ Zob. wyrok SN z dnia 6 lutego 2017 r., sygn. WA 19/16, Legalis nr 1587472; wyrok SN z dnia 29 października 2015 r., sygn. WA 13/15, Legalis nr 1358771; postanowienie SN

Przywołanego poglądu nie sposób jednak podzielić w przypadku innych materialno-prawnych konsekwencji czynu rozciągniętego w czasie. Z perspektywy komentowanego wyroku na pierwszy plan wysuwa się problematyka zmiany ustawy i ocena jej względności dla sprawcy. Otóż należy mieć na uwadze – jak słusznie zauważa J. Majewski – że obowiązujący polski kodeks karny określa konsekwencje zmiany ustawy karnej po popełnieniu czynu zabronionego (ale jeszcze przed momentem orzekania o nim), ale nie rozstrzyga kwestii intertemporalnych, które może rodzić zmiana ustawy karnej w czasie popełniania (realizacji znamion) czynu zabronionego⁸. Tę właśnie lukę dość powszechnie zapełnia się przywołanym powyżej poglądem o istotności tylko ostatniej chwili, w której realizowane były znamiona niejednochwilowego czynu zabronionego.

W pierwszym rzędzie wskazać należy, że nie jest takie oczywiste – jak chciałby tego Sąd Najwyższy – iż czasem popełnienia czynu ciągłego (ale także każdego innego czynu rozciągniętego w czasie) jest końcowy moment realizacji jego znamion. Otóż w doktrynie dokonano już analizy sposobów wyznaczania czasu popełnienia czynu niejednochwilowego i w tym względzie J. Majewski wskazał na 5 potencjalnie możliwych wariantów:

- 1) czasem popełnienia czynu rozciągniętego w czasie jest chwila rozpoczęcia realizacji jego znamion;
- 2) czasem popełnienia czynu rozciągniętego w czasie jest dowolna chwila między początkiem a końcem realizacji jego znamion;
- 3) czasem popełnienia czynu rozciągniętego w czasie jest ostatni moment realizacji jego znamion;
- 4) czasem popełnienia czynu rozciągniętego w czasie jest okres od pierwszego do ostatniego zachowania składającego się na ten czyn;
- 5) czasem popełnienia czynu rozciągniętego w czasie jest czas wystąpienia skutku tego czynu⁹.

Warianty od 1 do 4 są przejawem funkcjonowania w polskim prawie karnym teorii działania (teorii aktywności), która zakłada, że czas popełnienia czynu zabronionego określa się zgodnie z ramami temporalnymi

z dnia 29 października 2015 r., sygn. II KK 288/15, Legalis nr 1360068; wyrok SN z dnia 14 stycznia 2010 r., sygn. V KK 235/09, OSNKW 2010, nr 6, poz. 50. Zob. również M. Nawrocki, Glosa do postanowienia składu siedmiu sędziów Sądu Najwyższego z dnia 26 kwietnia 2017 r., sygn. I KZP 1/17, Prawo w Działaniu 2016, nr 28, s. 252–253.

⁸ J. Majewski, Zmiana ustawy karnej w czasie popełnienia czynu zabronionego, *Palestra* 2003, nr 9–10, s. 22.

⁹ J. Majewski, Czas popełnienia przestępstwa. Wybrane zagadnienia definicyjne, (w:) J. Warylewski (red.), *Czas i jego znaczenie w prawie karnym*, Gdańsk 2010, s. 233–235. Zob. również M. Nawrocki, *Czas popełnienia czynu zabronionego w polskim prawie karnym*. Podstawowe zagadnienia materialno-prawne, Szczecin 2014, s. 71–83, 107–160.

zachowania się (działania/zaniechania) sprawcy¹⁰. Teoria ta znajduje obecnie odzwierciedlenie pod postacią przepisu art. 6 § 1 k.k., zgodnie z którym czyn zabroniony uważa się za popełniony w czasie, w którym sprawca działał lub zaniechał działania, do którego był obowiązany. Podstawą dla wyodrębnienia wariantu 5 jest tzw. teoria długiej ręki. Jej istotą jest określanie miejsca i czasu popełnienia czynu zabronionego poprzez miejsce i czas wystąpienia skutku¹¹.

Wobec wyraźnej treści przepisu art. 6 § 1 k.k. określenie czasu popełnienia jakiegokolwiek czynu zabronionego (w tym niejednochwilowego) nie może zasadzać się na czasie wystąpienia skutku (wariant 5), albowiem pozostaje on poza ramami wyznaczonymi przez ten przepis. Wypada jednak zaznaczyć, że w przeszłości wariantu tego nie można było odrzucić z uwagi na brzmienie ówczesnego art. 105 § 3 k.k. z 1969 r., zgodnie z którym, jeżeli dokonanie zależy od nastąpienia określonego w ustawie skutku, czas popełnienia przestępstwa ustala się według czasu, gdy skutek nastąpił. Aktualnie odpowiednikiem przywołanego przepisu jest art. 101 § 3 k.k. Przepis ten stanowi, że „W wypadkach przewidzianych w § 1 lub 2, jeżeli dokonanie przestępstwa zależy od nastąpienia określonego w ustawie skutku, bieg przedawnienia rozpoczyna się od czasu, gdy skutek nastąpił”. Wyznacza moment początkowy biegu terminu przedawnienia przestępstw skutkowych, a tym samym nie jest on modyfikatorem art. 6 § 1 k.k. i nie wpływa w jakikolwiek sposób na określenie czasu popełnienia czynu zabronionego¹².

W swoich rozważaniach J. Majewski podniósł, że czasu popełnienia czynu niejednochwilowego nie można wyznaczać ani przez pryzmat „środkowej” (wariant 2) ani ostatniej chwili, w której sprawca realizował znamiona tego czynu (wariant 3), albowiem prowadziłoby to do pogwałcenia zakazu *lex severior retro non agit*¹³. Z sytuacją tego rodzaju mamy do czynienia w przypadku wprowadzenia albo zaostrzenia karalności już po tej „środkowej” chwili, jak też w przypadku, gdy czas popełnienia czynu niejednochwilowego wyznaczany jest wprost jako czas ostatniego zachowania się składającego się na ten czyn. W obu przypadkach ignoro-

¹⁰ Szerzej nt. teorii działania zob. M. Byczyk, O wątpliwościach związanych z teorią działania jako podstawą wyznaczania czasu popełnienia czynu zabronionego, Przegląd Sądowy 2015, nr 10, s. 103–114.

¹¹ Zob. K. Czajkowski, Problematyka czasu popełnienia przestępstwa, Palestra 1966, nr 12, s. 98–99. Zob. również M. Nawrocki, Czas popełnienia czynu zabronionego..., s. 25–26.

¹² M. Nawrocki, Czas popełnienia czynu zabronionego..., s. 30–31, 81–83.

¹³ Zob. szerzej J. Majewski, Czas popełnienia przestępstwa. Wybrane zagadnienia definicyjne..., s. 233–234, jak również J. Majewski, Zmiana ustawy karnej..., s. 26.

wana jest bowiem okoliczność, że w czasie realizacji znamion czynu zabronionego dochodzi do zmiany stanu prawnego na niekorzyść sprawcy, a używając terminologii zaczerpniętej z art. 4 § 1 k.k. – do zmiany stanu prawnego, który nie jest względniejszy dla sprawcy (jest mniej względny od obowiązującego poprzednio).

Mimo tych wykluczeń potencjalnie możliwe są jeszcze 2 warianty – istnieje bowiem wybór pomiędzy początkową chwilą zachowania się sprawcy (wariant 1) a całym okresem, w którym zachowanie to miało miejsce (wariant 4). Wariant 1 został jednak przez J. Majewskiego wykluczony z uwagi na okoliczność, że ujmowanie czasu popełnienia niejednochwilowego czynu zabronionego jedynie z perspektywy początku realizacji jego znamion pomija wszystko to, co może wydarzyć się w trakcie realizacji tych znamion, ale już po owym początkowym momencie. W szczególności chodzi tutaj o sytuacje, gdy w trakcie realizacji znamion wchodzi w życie ustawa wprowadzająca albo zaostrzająca karalność zachowań się określonego typu¹⁴. W tym względzie J. Majewski dodaje, że „patrząc z perspektywy konstytucyjnoprawnej, ewentualne przepisy ustawowe, które by w razie wprowadzenia penalizacji jakiegoś zachowania się już po jego rozpoczęciu, ale przed zakończeniem, nakazywały do całości tego zachowania się stosować ustawę dotychczasową jako względniejszą, należałoby uznać za niezgodne z konstytucyjną zasadą równości wobec prawa (art. 2 i 32 Konstytucji)”¹⁵.

Wszystkich przedstawionych mankamentów pozbawiony jest wariant 4, zgodnie z którym czasem popełnienia czynu rozciągniętego w czasie jest okres od pierwszego do ostatniego zachowania składającego się na ten czyn. Wariant ten wymusza bowiem wzięcie pod uwagę wszelkich okoliczności, w tym zmian stanu prawnego, które ziszcza się między pierwszym a ostatnim „członem” rozciągniętego w czasie czynu. Unika się tym sposobem zarzutu naruszenia zakazu wynikającego z *lex severior retro non agit*, jak też nieuzasadnionego premiowania sprawcy, o czym pisał powyżej J. Majewski w kontekście naruszenia konstytucyjnej zasady równości wobec prawa. Nie mniejsze znaczenie ma również ta okoliczność, że przepis art. 6 § 1 k.k. jest definicją legalną „czasu popełnienia czynu zabronionego”¹⁶.

¹⁴ J. Majewski, Czas popełnienia przestępstwa. Wybrane zagadnienia definicyjne..., s. 234.

¹⁵ Tamże, s. 235.

¹⁶ Zob. J. Majewski, (w:) W. Wróbel, A. Zoll (red.), Kodeks karny. Część ogólna. Komentarz, Tom I, Komentarz do art. 53–116, Warszawa 2016, s. 941. Szerzej o cha-

Poczynione uwagi należy odnieść do zaprezentowanego w komentowanym wyroku poglądu prawnego Sądu Najwyższego oraz zestawień z konsekwencjami materialno-prawnymi, jakie z niego wynikły.

W pierwszej kolejności należy wyraźnie zaznaczyć, że opowiedzenie się przez Sąd Najwyższy za stanowiskiem, zgodnie z którym w razie zmiany ustawy w trakcie realizacji czynu ciągłego w sytuacji, gdy pierwsze zachowanie objęte tym czynem popełnione zostało w trakcie obowiązywania ustawy starej, a ostatnie zachowanie popełnione zostało po zmianie ustawy, należy uznać, że cały czyn ciągły popełniony został pod rządami ustawy nowej, nie jest uprawnione. Otóż – jak starano się wykazać – ani przepis art. 4 § 1 k.k. ani przepis art. 6 § 1 k.k. nie daje uzasadnionych podstaw do wyprowadzenia wniosku, że czas popełnienia niejednochwilowego czynu zabronionego należy określać przez pryzmat ostatniego zachowania, które się na ten czyn składa, jak również, że ze względu na tę cezurę należy kwalifikować wszelkie materialno-prawne konsekwencje czynu sprawcy. Można zaryzykować stwierdzenie, że Sąd Najwyższy dokonuje w tym zakresie wykładni kreatywnej przepisów statujących czas popełnienia czynu ciągłego (art. 6 § 1 k.k., art. 12 k.k.). W dodatku jest to wykładnia bardzo pobieżna, bo odwołująca się tylko do jednego z możliwych stanowisk i to nawet bez bliższego przytoczenia przemawiającej za takim stanowiskiem argumentacji¹⁷. Nadto – jak już to wskazano – jest to wykładnia pozbawiona podbudowy uzasadnionej merytorycznie.

Z uzasadnienia komentowanego wyroku wynika jeszcze jedna wywołująca niepokój okoliczność. Otóż Sąd Najwyższy krytykowany w niniejszej publikacji pogląd prawny przedstawia w taki sposób, jakby był on oczywisty i w żadnej mierze dyskusyjny, odwołując się tylko do jednego orzeczenia i jednej pozycji literatury. Co warte podkreślenia, Sąd Najwyższy, odwołując się do swojego wyroku z dnia 7 maja 1976 r., wydanego w sprawie o sygn. II KR 69/76, zupełnie przemilcza najnowszą, choć już dostatecznie utrwaloną, linię orzeczniczą odnośnie do pojmowania zakresu odpowiedzialności sprawcy, który dopuszcza się czynu ciągłego, którego początek przypada na okres, gdy sprawca nie ma jeszcze ukończonych 17 lat, a koniec, gdy sprawca wiek ten już osiągnął.

rakterze definicyjnym art. 6 § 1 k.k. – zob. M. Nawrocki, Czas popełnienia czynu zabronionego..., s. 33–63.

¹⁷ Niestety takie postępowania stają się coraz powszechniejszą praktyką w działalności Sądu Najwyższego – zob. uzasadnienia wyroków SN: z dnia 21 czerwca 2017 r., sygn. II KK 92/17, Legalis nr 1651448 oraz z dnia 16 listopada 2017 r., sygn. II KK 315/17, Legalis nr 1695399.

Przypomnijmy że zgodnie z tą linią orzecniczą: 1) czasem popełnienia czynu ciągłego jest okres od pierwszego zachowania składającego się na ten czyn do zakończenia ostatniego z nich; 2) jeżeli sprawca czynu zabronionego, niewymienionego w art. 10 § 2 k.k., część zachowań składających się na czyn ciągły zrealizował jako nieletni, a pozostałe zachowania po ukończeniu 17 lat, to ponosi odpowiedzialność karną tylko za te zachowania, których dopuścił się po osiągnięciu tego wieku¹⁸. W orzecznictwie Sądu Najwyższego nie brak zatem innego spojrzenia na problematykę czasu popełnienia czynu ciągłego oraz wynikających z tego konsekwencji, tym bardziej że w zaprezentowanej linii orzecniczej Sąd Najwyższy stanął na stanowisku, iż materialno-prawne skutki przestępstwa rozciągniętego w czasie nie są wyznaczone przez pryzmat ostatniego zachowania składającego się na ten czyn, ale są one wyznaczone z uwzględnieniem wszystkich okoliczności, jakie zachodzą między pierwszą a ostatnią czynnością sprawcy takiego przestępstwa. Dla porządku należy wskazać, że krytykowany w niniejszej publikacji pogląd prawny był w przeszłości prezentowany także w odniesieniu do problematyki zakresu odpowiedzialności sprawcy czynu ciągłego, który dopiero w jego trakcie uzyskiwał wiek odpowiedzialności karnej¹⁹. Czas pokazał, że Sąd Najwyższy był w stanie zrewidować swoje stanowisko.

Prezentowany przez Sąd Najwyższy w komentowanym wyroku pogląd prawny niesie daleko idące konsekwencje dla sprawcy. Jak bowiem wynika z uzasadnienia tego wyroku Sąd Najwyższy stanął na stanowisku, że wobec sprawcy nie znajduje zastosowania przepis art. 4 § 1 k.k. i w rezultacie kara, jaką ma ponieść za popełnione przestępstwo, powinna zostać wymierzona na podstawie ustawy przewidującej surowsze ustawowe zagrożenie. W rezultacie materializuje się to, na co wskazywał J. Majewski, a mianowicie, że dochodzi w takiej sytuacji do naruszenia zakazu *lex severior retro non agit*.

¹⁸ Zob. wyrok SN z dnia 19 grudnia 2002 r., sygn. III KK 449/02, LEX nr 74425; wyrok SN z dnia 29 września 2009 r., sygn. III KK 105/09, OSNKW 2009, nr 12, poz. 10; wyrok SN z dnia 25 listopada 2010 r., sygn. V KK 353/10, OSNwSK 2010, nr 1, poz. 2364; wyrok SN z dnia 17 czerwca 2014 r., sygn. II KK 24/14, LEX nr 1511264. Zob. również M. Nawrocki, Znaczenie wieku sprawcy niejednochwilowego czynu zabronionego (uwagi w związku z orzecznictwem Sądu Najwyższego i sądów apelacyjnych), *Paestra* 2016, nr 4, s. 77–84.

¹⁹ Uchwała SN z dnia 16 stycznia 1976 r., sygn. VI KZP 35/75, OSNKW 1976, nr 3, poz. 39; wyrok SN z dnia 30 października 1980 r., sygn. IV KR 191/80, OSPiKA 1983, nr 5, poz. 124; wyrok z dnia 3 grudnia 1984 r., sygn. V KRN 350/84, OSNPG 1985, nr 8, poz. 107; uchwała 7 sędziów SN z dnia 27 września 1985 r., sygn. VI KZP 12/85, OSNKW 1986, nr 3–4, poz. 14; wyrok SN z dnia 3 kwietnia 1986 r., sygn. II KR 59/86, OSNPG 1986, nr 12, poz. 159.

Przed laty miałem sposobność dokonywać analizy stanu faktycznego o bliźniaczym (choć wymyślonym na potrzeby dyskursu naukowego) kształcie do tego, który stanowił przedmiot rozpoznania Sądu Najwyższego w komentowanym wyroku. „Otóż nietrudno wyobrazić sobie scenariusz, zgodnie z którym podmiot X kilkunastokrotnie obcuje płciowo z małoletnim poniżej lat 15 na przełomie kilkunastu tygodni. Załóżmy, że obcowanie to miało miejsce w okresie od 1 lipca 2005 r. do 10 października 2005 r. Na potrzeby niniejszego scenariusza przyjmijmy, że czyn podmiotu X wyczerpuje znamiona z art. 200 § 1 k.k. w zw. z art. 12 k.k., a wyrok skazujący zapada w styczniu 2006 r. Pojawia się pytanie: w jakim brzmieniu należy zastosować Kodeks karny do nakreślonego stanu faktycznego? Przyjmując koncepcję wyznaczającą czas popełnienia niejednochwilowego czynu zabronionego jako moment, w którym zrealizowane zostało ostatnie zachowanie składające się na ten czyn, musielibyśmy zastosować przepisy Kodeksu karnego w brzmieniu z dnia 10 października 2005 r., w którym miało miejsce ostatnie obcowanie płciowe składające się na czyn ciągły. W rezultacie musielibyśmy zastosować Kodeks karny w brzmieniu nadanym przez ustawę z dnia 27 lipca 2005 r. o zmianie ustawy – Kodeks karny, ustawy – Kodeks postępowania karnego i ustawy – Kodeks karny wykonawczy, która weszła w życie 26 września 2005 r., a która mocą art. 1 pkt 20 zmieniła art. 200 k.k. w ten sposób, że dotychczasową treść oznaczono jako § 1 i podwyższono zagrożenie karą pozbawienia wolności z wymiaru tej kary od roku do lat 10 na karę w wymiarze od 2 do 12 lat. Zastosowanie Kodeksu karnego we wskazanym brzmieniu wynika z faktu, że tak w chwili popełnienia przestępstwa, jak i w chwili orzekania, obowiązuje ta sama ustawa, tj. Kodeks karny w brzmieniu nadanym ustawą z dnia 27 lipca 2005 r. Nie zachodzi sytuacja opisana w art. 4 § 1 k.k., ponieważ w czasie orzekania nie obowiązuje ustawa inna niż w czasie popełnienia przestępstwa, a więc nie ma sposobności sięgnięcia po ustawę względniejszą dla sprawcy, choć niewątpliwie w trakcie realizacji znamion (od 1 lipca 2005 r. do 25 września 2005 r. włącznie) obowiązywała ustawa przewidująca niższe zagrożenie karą, tj. od roku do lat 10. Odpowiedzialność karna podmiotu X kreuje się inaczej, gdy jego czyn podlega ocenie całościowej, tj. gdy o czasie jego popełnienia – zgodnie z art. 6 § 1 k.k. – decydują wszystkie zachowania sprawcy. Na gruncie niniejszego scenariusza musielibyśmy przyjąć, że czasem popełnienia czynu ciągłego podmiotu X jest okres od 1 lipca 2005 r. do 10 października 2005 r. W konsekwencji, mając na uwadze, że orzekanie następuje w styczniu 2006 r., a więc pod rządami Kodeksu karnego w brzmieniu nadanym ustawą z dnia 27 lipca

2005 r., a czyn ciągły podmiotu X został popełniony zarówno pod rządami Kodeksu karnego w brzmieniu przed, jak i po wejściu w życie ustawy z dnia 27 lipca 2005 r., aktualizują się przesłanki zastosowania art. 4 § 1 k.k. Mamy bowiem do czynienia z »konkurowaniem« do przedstawionego stanu faktycznego dwóch ustaw, tj. Kodeksu karnego sprzed wejścia w życie ustawy z dnia 27 lipca 2005 r., który w art. 200 przewidywał karę od roku do 10 lat pozbawienia wolności (»ustawy obowiązującej poprzednio«) oraz Kodeksu karnego w brzmieniu nadanym przez ustawę z dnia 27 lipca 2005 r., który w art. 200 § 1 przewiduje karę od 2 do 12 lat pozbawienia wolności (»ustawy nowiej«). Mamy więc przypadek, o którym mowa w art. 4 § 1 k.k., tj. ustawa obowiązująca poprzednio – Kodeks karny sprzed wejścia w życie ustawy z dnia 27 lipca 2005 r., jest ustawą względniejszą dla sprawcy (ze względu na ustawowy wymiar kary) i jako taka powinna być zastosowana wobec podmiotu X do popełnionego przezeń czynu²⁰.

Z rzetelności naukowej należy wskazać, że również w takiej sytuacji jak powyżej nakreślona (tak hipotetycznie, jak i w sprawie rozpoznawanej przez Sąd Najwyższy) możliwe są różne warianty postępowania. Jak bowiem wskazuje J. Majewski rysują się tu co najmniej trzy konkurencyjne rozwiązania:

- 1) zastosowanie do całego czynu ustawy obowiązującej poprzednio jako względniejszej dla sprawcy;
- 2) zastosowanie ustawy nowiej do tego fragmentu czynu, który został popełniony pod rządami tylko nowiej ustawy;
- 3) „rozbicie” czynu na dwie części, tj. część sprzed nowelizacji i część po nowelizacji oraz zastosowanie do pierwszej z nich ustawy obowiązującej poprzednio, zaś do drugiej – ustawy nowiej²¹.

Warto podkreślić, że J. Majewski nie udzielił wyraźnej (pozytywnej) odpowiedzi, który z powyższych wariantów jest najbardziej adekwatny. Ograniczył się do stwierdzenia, że nie sposób „*in abstracto*” udzielić konkluzywnej odpowiedzi na pytanie, czy w razie zaostżenia penalizacji w czasie popełniania czynu zabronionego bardziej uzasadnione jest stosowanie do tego czynu stanu prawnego właściwego ze względu na chwilę jego rozpoczęcia, czy też raczej stanu prawnego właściwego ze względu na chwilę jego zakończenia. Kwestia ta nie ma jednego, uniwer-

²⁰ M. Nawrocki, Czas popełnienia niejednochwilowego czynu zabronionego a zasada *nullum crimen sine lege*, (w:) I. Sepiolo (red.), *Nullum crimen sine lege*, Warszawa 2013, s. 89–91.

²¹ J. Majewski, *Zmiana ustawy karnej...*, s. 29.

salnego rozstrzygnięcia”²². Wykluczył natomiast wariant przewidujący „rozbicie” czynu na pomniejsze części. Podkreślił bowiem, że pomijając wszystko inne, w tym brak jakiegokolwiek merytorycznego uzasadnienia dla takiego na poły sukcesywnego, na poły łącznego stosowania kolejnych ustaw karnych do tego samego zachowania się (zespołu zachowań się), wystarczy wskazać, że jego stosowanie prowadziłoby do wielce przypadkowych, a często całkowicie nieintuicyjnych rozstrzygnięć. Rozbijając w taki sposób niejednoznaczny czyn sprawcy, raz bylibyśmy świadkami całkiem sztucznej multiplikacji i musielibyśmy pociągnąć owego sprawcę do odpowiedzialności za dwa przestępstwa, pozostające w zbiegu (przypuszczalnie realnym), jeżeliby każdy z obu fragmentów rozpatrywanych z osobna sam realizował znamiona czynu zabronionego. Innym razem moglibyśmy mieć do czynienia ze zjawiskiem zupełnie odwrotnym, kiedy to musielibyśmy uwolnić sprawcę od wszelkiej odpowiedzialności karnej, jeżeliby żadna z dwóch części przedmiotowego czynu osobno sama znamion czynu zabronionego nie wypełniała²³.

Przywołanie stanowiska J. Majewskiego, poza potrzebą zadośćuczynienia rzetelności i uczciwości naukowej, było konieczne również i z tej perspektywy, aby podjąć z nim częściową polemikę. Otóż o ile można zaakceptować pogląd autora, że w wielu sytuacjach zachodzi poważna trudność w określeniu stanu prawnego, który należy zastosować do rozpoznawanego (rozciągniętego w czasie) stanu faktycznego, o tyle nie wydaje się zasadne tak kategoryczne odrzucenie wariantu przewidującego w razie zmiany stanu prawnego „rozbicia” czynu niejednoznacznego na czyny „pomniejsze” (częstkowe). Wypada bowiem pamiętać, że w odniesieniu do czynu ciągłego (art. 12 k.k.) wariantu takiego wykluczyć nie sposób. Czyn ciągły jest bowiem jedynie konstrukcją prawną, istniejącą tylko dlatego, że istnieje przepis, który go statuuje. Bez obowiązywania art. 12 k.k. dwa lub więcej zachowań, podjętych w krótkich odstępach czasu w wykonaniu z góry powziętego zamiaru, w zdecydowanej większości przypadków nadal stanowiłyby realizację znamion czynu zabronionego, tyle że kwalifikowanych jako pojedyncze wykroczenia lub przestępstwa pozostające w zbiegu realnym²⁴. Czyn ciągły nie jest bowiem

²² Tamże, s. 31.

²³ Tamże, s. 29.

²⁴ Zaprezentowane stanowisko zdaje się podzielać Sąd Apelacyjny w Lublinie, który w uzasadnieniu wyroku z dnia 8 lutego 2011 r. (sygn. II AKa 1/11, LEX nr 852290) napisał, że „W przypadku uznania przez Sąd, iż każde z zachowań zarzucanych oskarżonemu, które w akcie oskarżenia składały się na jego czyny ciągłe, winny być traktowane jako odrębne czyny, a więc zakwestionowania konstrukcji przestępstwa ciągłego (art. 12 k.k.), winien on w wyroku objąć swym rozstrzygnięciem wszystkie te zachowa-

jednością ontologiczną (naturalną), lecz jednością prawną. Trafnie ujął to A. Marek, podnosząc że konstrukcja czynu ciągłego jest tworem sztucznym, bo opartym na swoistej fikcji prawnej, zakładającej istnienie jedności tam, gdzie jest naturalna wielość czynów²⁵. Dopuszczając zatem możliwość podzielenia czynu ciągłego na pomniejszych czyny, należałoby zastanowić się, czy w każdej sytuacji byłoby to postępowanie na niekorzyść sprawcy, bo wprowadzające w miejsce jednego przestępstwa jego – jak to określił J. Majewski – multiplikację. Wydaje się, że wariant tego rodzaju może zachodzić dość często, ale nie można wykluczyć sytuacji odmiennej. Jak podkreślił Sąd Apelacyjny we Wrocławiu, nie można uznać, że przyjęcie działania w ramach czynu ciągłego jest zawsze dla sprawcy korzystniejsze niż uznanie wielości jego zachowań jako czynów popełnionych w zbiegu realnym. Zanim wyciągnie się taki wniosek konieczne jest bowiem zbadanie i ocena niepowtarzalnych okoliczności każdej indywidualnej sprawy²⁶. Może się przecież okazać, że któryś z wydzielonych czynów ulegnie przedawnieniu albo – odwołując się do prezentowanej powyżej ewolucji poglądów Sądu Najwyższego – zostanie uznany za popełniony w okresie nieletniości, a tym samym nie będzie mógł stanowić podstawy do przypisania odpowiedzialności karnej.

Podsumowując, wskazać należy, że w przedstawionym Sądowi Najwyższemu do rozpoznania stanie faktycznym zogniskowały się podstawowe instytucje materialnego prawa karnego: *lex severior retro non agit*, czas popełnienia czynu zabronionego oraz czyn ciągły. Choć instytucje te należą do najbardziej elementarnych w prawie karnym, a tym samym chciałoby się przyjąć, że są niekontrowersyjne, to występując w koniunkcji mogą powodować istotne problemy interpretacyjne. Sąd Najwyższy, przyjmując najprostszy z wariantów, tj. wyznaczanie konsekwencji przestępstwa niejednoznaczowego przez pryzmat ostatniego zachowania się składającego się na tę konstrukcję, wybrał opcję nieposiadającą dostatecznego uzasadnienia merytorycznego, popadając jednocześnie w niekonsekwencję. Wszak przyjął na wstępie, że czas popełnienia przestępstwa dokonanego w warunkach ciągłości wyznacza okres od chwili pierwszego zachowania do chwili zakończenia ostatniego zachowania

nia (czyny), a tylko w przypadku utrzymania konstrukcji przestępstwa ciągłego może poszczególne zachowanie wchodzące w jego skład eliminować z jego opisu”.

²⁵ A. Marek, Czas popełnienia przestępstwa a konstrukcja tzw. czynu ciągłego, (w:) J. Warylewski (red.), Czas i jego znaczenie w prawie karnym, Gdańsk 2010, s. 243 oraz A. Marek, O fikcji jednoczynowości przestępstwa ciągłego i jej konsekwencjach raz jeszcze, Prokuratura i Prawo 2010, nr 1–2, s. 126.

²⁶ Wyrok SA we Wrocławiu z dnia 22 grudnia 2016 r., sygn. II AKa 317/16, LEX nr 2196237.

składającego się na czyn ciągły, po czym, ignorując właściwą interpretację przepisów art. 4 § 1 k.k., art. 6 § 1 k.k. i art. 12 k.k., uznał – z pogwałceniem rudymenarnych zasad prawa karnego (*lex severior retro non agit, nullum crimen sine lege stricta* – zakaz wykładni rozszerzającej na niekorzyść sprawcy) – że na gruncie wymiaru kary nie musi uwzględniać faktu, iż doszło do niekorzystnej w tym zakresie zmiany stanu prawnego.

Commentary to the Supreme Court judgment of 14 November 2016, ref. no. III k.k. 273/16

Abstract

This commentary explores with issues pertinent to a continuing act and associated interpretative difficulties in criminal law. It tackles the problem of determining a temporal framework for the act, and of consequences resulting therefrom. Overall, this commentary is criticizing.

Wiadomości dla Autorów i Czytelników

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

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

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

Informacje w tym zakresie można znaleźć pod adresem:
<http://www.nauka.gov.pl/ujednolicony-wykaz-czasopism-naukowych/wykaz-czasopism-naukowych-zawierajacy-historie-czasopisma-z-publikowanych-wykazow-za-lata-2013-2016.html>

Czasopismo „Prokuratura i Prawo” przeszło ponadto pozytywnie proces ewaluacji ICI Journals Master List 2014, której wynikiem jest przyznanie wskaźnika ICV (*Index Copernicus Value*) w wysokości **35.56 pkt**.

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

Warunki publikacji

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

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

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

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

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