



Prokuratura i Prawo

NR 3/marzec 2021



ISSN 1233-2577

Prokuratura Krajowa

RADA NAUKOWA

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

KOLEGIUM REDAKCYJNE

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

REDAKCJA

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

Współpraca: Justyna KRAKOWIAK

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

Projekt okładki
Studio Karandasz

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

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

ISSN 1233-2577 nakład 2000 egz.

Wersją podstawową (referencyjną) czasopisma jest wersja papierowa

Spis treści
Table of contents

Artykuły/*Articles*

dr n. med. Anna Smędra, adiunkt Katedry i Zakładu Medycyny Sądowej Uniwersytetu Medycznego w Łodzi, dr hab. n. praw. Rafał Kubiak, prof. Uniwersytetu Łódzkiego, kierownik Katedry Prawa Karnego Uniwersytetu Łódzkiego, prof. dr hab. n. med. Jarosław Berent, Katedra i Zakład Medycyny Sądowej Uniwersytetu Medycznego w Łodzi	
Rodzaje uszczerbków na zdrowiu	5
<i>Types of bodily harm</i>	11
dr Piotr Lewulis, adiunkt Uniwersytetu Warszawskiego	
O rozgraniczeniu definicyjnym pomiędzy przestępczością „cyber” i „komputerową” dla celów praktycznych i badawczych	12
<i>Differences in definitions between cybercrime and computers crime for practical and research purposes</i>	32
Łukasz Brzezowski, doktorant Uniwersytetu Łódzkiego, aplikant prokuratorski Krajowej Szkoły Sądownictwa i Prokuratury	
Udział prokuratora w rozprawie i posiedzeniu zdalnym	33
<i>Prosecutor's participation in a remote hearing</i>	48
dr Andrzej Dana, adiunkt Uniwersytetu Przyrodniczo-Humanistycznego w Siedlcach	
Prawo o czynnościach operacyjno-rozpoznawczych	49
<i>Operational reconnaissance law</i>	67
dr Krzysztof Wala, adiunkt Uniwersytetu Marii Curie-Skłodowskiej w Lublinie	
Ratio legis oraz analiza ustawowych znamion wykroczenia z art. 107a k.w.	68
<i>Ratio legis and analysis of statutory features of the petty offence under Article 107a of the Code on Petty Offences</i>	89
dr Janusz Kanarek, adwokat, Okręgowa Rada Adwokacka w Bydgoszczy	
Odpowiedzialność karna skarbową jako odpowiedzialność o charakterze w pełni homogenicznym w stosunku do odpowiedzialności opartej na zasadach Kodeksu karnego	90
<i>Full homogeneity between penal tax liability and liability under the Penal Code</i>	104

Marcin Borodziuk, asesor Sądu Rejonowego w Szczycinie

Doręczenie komornicze w praktyce sądowej po zmianach procedury cywilnej dokonanych 7 listopada 2019 roku 105

Service by a court enforcement officer in the practice of courts, following changes of 7 November 2019 to the civil procedure 125

Malwina Waksmańska, studentka w Kolegium Indywidualnych Studiów Międzyobszarowych Uniwersytetu Śląskiego w Katowicach

Sytuacja oskarżonego w procesie karnym w Zjednoczonych Emiratach Arabskich 126

Situation of criminal defendants in the United Arab Emirates 143

Materiały szkoleniowe/*Training material*

Bolesław Laszczak, prokurator Prokuratury Rejonowej w Krakowie-Podgórzu

Ekspresje mimiczne – podstawowy katalog do wykrywania kłamstwa i emocji (część 1) 144

Facial expressions: basic catalogue for detecting lies and emotions (Part 1) 161

Glosy/*Commentaries*

do wyroku Sądu Najwyższego z dnia 18 lutego 2020 r. sygn. V KK 433/19

(dot. imprezy masowej) – oprac. dr Bolesław Kurzępa 162

to the Supreme Court judgment of 18 February 2020, ref. no.

V KK 433/19 (concerns mass events) – by Bolesław Kurzępa, Ph.D. 166

ARTYKUŁY

Anna Smędra, Rafał Kubiak, Jarosław Berent

Rodzaje uszczerbków na zdrowiu¹

Streszczenie

W polskim piśmiennictwie od wielu lat nie pojawiło się zbiorcze i zwięzłe opracowanie dotyczące uszczerbków na zdrowiu. Takie opracowanie stało się elementem artykułu naszego autorstwa „Pojęcie «ciężkiego uszczerbku na zdrowiu» a obowiązek prawny zawiadomienia organów ścigania” opublikowanego w czasopiśmie „Anestezjologia Intensywna Terapia” 2020, vol. 52, nr 5, s. 424–430. Artykuły z tego czasopisma są dostępne w pełnej wersji na stronach internetowych Wydawcy (www.termedia.pl), jednakże z uwagi na wagę zagadnienia dla pracy praktyków wymiaru sprawiedliwości i organów ścigania uznaliśmy, że celowe będzie dokonanie przedruku fragmentu tamtego artykułu w czasopiśmie, które jest lekturą pierwszego rzutu dla tej grupy odbiorców. Stąd też, po uzyskaniu zgody właścicieli zarówno „Anestezjologii Intensywnej Terapii”, jak i „Prokuratury i Prawa”, przedstawiamy niniejszy tekst. Omawiamy w nim wszystkie rodzaje uszczerbków na zdrowiu, jakie wyróżnia Kodeks karny, oraz podajemy ich przykłady.

¹ Niniejszy tekst jest przedrukiem fragmentu artykułu A. Smędra, R. Kubiak, J. Berent, Pojęcie „ciężkiego uszczerbku na zdrowiu” a obowiązek prawny zawiadomienia organów ścigania, opublikowanego w czasopiśmie Anestezjologia Intensywna Terapia 2020, vol. 52, nr 5, s. 424–430 (wersja angielska: The notion of grievous bodily harm and the legal obligation to notify law enforcement authorities. Anaesthesiol Intensive Ther 2020, vol. 52, nr 5, s. 418–424. doi: <https://doi.org/10.5114/ait.2020.101511>). Na przedruk uzyskano zgodę właściciela tego czasopisma, którym jest Polskie Towarzystwo Anestezjologii i Intensywnej Terapii (decyzja Zarządu Głównego PTAiIT z dnia 18 stycznia 2021 r. zgodnie z informacją Prezesa PTAiIT prof. Krzysztofa Kuszy z dnia 21 stycznia 2021 r.).

Obowiązujący w Polsce Kodeks karny przyjmuje **trójstopniowy podział uszczerbków na zdrowiu** w zależności od przemijających i trwałych skutków doznanego urazu^{2,3,4}.

Wyróżnia się lekki, średni i ciężki uszczerbek na zdrowiu, przy czym należy podkreślić, że pojęcia te muszą być rozumiane zgodnie z rozumieniem języka prawniczego, a nie języka medycznego. Innymi słowy, pod pojęciem każdej z tych postaci uszczerbku należy rozumieć to, co wynika z odpowiedniego przepisu k.k., a nie to, co mogłoby się wydawać na podstawie wiedzy i doświadczenia lekarza klinicysty. Może to niekiedy rodzić wątpliwości, gdyż rozumienia prawnicze i medyczne są często dość odległe od siebie, a poza tym samo rozumienie prawnicze (czyli dokonujące interpretacji norm prawnych, a zatem będące tylko pewną nadbudową do języka tych norm) nie zawsze jest jednoznaczne.

Pod pojęciem **urazu** należy rozumieć działanie szkodliwego czynnika (mechanicznego, elektrycznego, termicznego, chemicznego, biologicznego i innych), którego końcowym następstwem jest uszkodzenie ciała, naruszenie czynności narządu ciała lub rozstrój zdrowia. Wymienione skutki urazu często współistnieją. Należy zwrócić uwagę, że nie tylko w języku potocznym, lecz także w języku medycznym słowo „uraz” jest często stosowane zamiennie ze sformułowaniem „uszkodzenie ciała”.

Naruszenie czynności narządu ciała lub rozstrój zdrowia to wywołanie w narządzie, układzie bądź całym organizmie takich zmian, które zakłócają w realnym, a nie tylko śladowym stopniu jego normalne czynności. Naruszenie lub rozstrój mogą wynikać ze spowodowanych danym urazem uszkodzeń ciała, mogą też być bezpośrednimi skutkami samego urazu (zmiany czynnościowe bez uchwytnych zmian anatomicznych). W praktyce rozróżnienie między naruszeniem czynności narządu ciała a rozstrojem zdrowia nie ma większego znaczenia.

Pojęcia **lekkiego i średniego uszczerbku na zdrowiu** nie występują dosłownie w k.k., ale przyjmuje się, że jest to grupa stanów opisanych w art. 157 k.k. stanowiącym: „§ 1. Kto powoduje naruszenie czynności narządu ciała lub rozstrój zdrowia, inny niż określony w art. 156 § 1, podlega karze pozbawienia wolności od 3 miesięcy do lat 5. § 2. Kto powoduje naruszenie czynności narządu ciała lub rozstrój zdrowia trwający nie dłużej niż 7 dni podlega grzywnie, karze ograniczenia wolności albo pozbawienia wolności

² B. Popielski, J. Walczyński, Ocena sądowo-lekarska uszkodzeń ciała i rozstrojów zdrowia w postępowaniu karnym, (w:) B. Popielski, J. Kobiela (red.), Medycyna sądowa, PZW, Warszawa 1972, s. 185–207.

³ J. Berent, K. Śliwka, Ewolucja pojęcia „naruszenia nietykalności cielesnej” w kolejnych kodeksach karnych, Arch Med Sądowej Kryminol 1997, nr 47, s. 209–216.

⁴ J. Berent, K. Śliwka, Ewolucja pojęcia „choroby zagrażającej życiu” w kolejnych kodeksach karnych, Arch Med Sądowej Kryminol 1997, nr 47, s. 283–292.

do lat 2. § 3. Jeżeli sprawca czynu określonego w § 1 lub 2 działa nieumyślnie, podlega grzywnie, karze ograniczenia wolności albo pozbawienia wolności do roku. § 4. Ściganie przestępstwa określonego w § 2 lub 3, jeżeli naruszenie czynności narządu ciała lub rozstrój zdrowia nie trwały dłużej niż 7 dni, odbywa się z oskarżenia prywatnego, chyba że pokrzywdzonym jest osoba najbliższa zamieszkująca wspólnie ze sprawcą. § 5. Jeżeli pokrzywdzonym jest osoba najbliższa, ściganie przestępstwa określonego w § 3 następuje na jej wniosek”. Jak wynika z konstrukcji tego artykułu, lekkim i średnim uszczerbkiem na zdrowiu będą wszelkie te stany, gdzie pojawiło się naruszenie czynności narządu ciała lub rozstrój zdrowia, ale nie doszło do wystąpienia żadnej postaci ciężkiego uszczerbku na zdrowiu. Czynnikiem ograniczającym lekki i średni uszczerbek jest czas trwania naruszenia czynności narządu ciała lub rozstroju zdrowia. Żadne inne okoliczności nie mogą być brane pod uwagę w tej kwestii. W szczególności nieistotny jest czas gojenia się uszkodzeń ciała, czas trwania dolegliwości bólowych, czas przebywania w szpitalu lub czas niezdolności do pracy.

Przykładem obrażeń prowadzących do lekkiego uszczerbku na zdrowiu są np. otarcia naskórka, sińce, rany gojące się w sposób prawidłowy, a przykładem obrażeń prowadzących do średniego uszczerbku na zdrowiu – np. stłuczenia dużych stawów uniemożliwiające prawidłowe funkcjonowanie kończyny przez ponad tydzień, pęknięcie błony bębenkowej, głuchota jednostronna, utrata jednego jądra, utrata funkcjonalnego zdrowego zęba bądź też rany okolic o fizjologicznie dużej ruchomości gojące się w powikłany sposób (np. ropiejące).

Ciężki uszczerbek na zdrowiu to grupa stanów opisanych w art. 156 k.k. stanowiącym: „§ 1. Kto powoduje ciężki uszczerbek na zdrowiu w postaci: 1) pozbawienia człowieka wzroku, słuchu, mowy, zdolności płodzenia, 2) innego ciężkiego kalectwa, ciężkiej choroby nieuleczalnej lub długotrwałej, choroby realnie zagrażającej życiu, trwałej choroby psychicznej, całkowitej albo znacznej trwałej niezdolności do pracy w zawodzie lub trwałego, istotnego zeszpecenia lub zniekształcenia ciała podlega karze pozbawienia wolności na czas nie krótszy od lat 3. § 2. Jeżeli sprawca działa nieumyślnie, podlega karze pozbawienia wolności do lat 3. § 3. Jeżeli następstwem czynu określonego w § 1 jest śmierć człowieka, sprawca podlega karze pozbawienia wolności od lat 5, karze 25 lat pozbawienia wolności albo karze dożywotniego pozbawienia wolności”. Jak wynika z konstrukcji tego artykułu, ciężki uszczerbek na zdrowiu może mieć kilkanaście różnych postaci: cztery wymienione kazuistycznie w § 1 pkt 1 i siedem określonych w bardziej ogólny sposób w § 1 pkt 2. Postaci te mogą występować odrębnie, np. skutkiem danego zdarzenia może być tylko choroba realnie zagrażająca życiu, bądź łącznie, np. skutki danego zdarzenia mogą jednocześnie pozbawiać człowieka wzroku i powodować całkowitą trwałą niezdolność do pracy w zawo-

dzie. Ciężkim uszczerbkiem na zdrowiu będzie taki stan, gdy u pokrzywdzonego wystąpi co najmniej jedna postać wymieniona w art. 156 k.k. Cechą charakterystyczną wszystkich (poza dwoma) postaci ciężkiego uszczerbku na zdrowiu jest trwałość i nieodwracalność skutków. Należy podkreślić, że dla przyjęcia kwalifikacji którejś z siedmiu postaci wymienionych ogólnie w § 1 pkt 2 ich dolegliwość musi być porównywalna z tymi wymienionymi kazuistycznie w § 1 pkt 1.

Pozbawienie człowieka wzroku to obuoczna utrata zdolności widzenia. Dotyczy to zarówno sytuacji, gdy ostrość wzroku obu oczu jest zerowa, ale też sytuacji, gdy dana osoba ma tylko zachowane poczucie światła bez możliwości rozróżniania kształtów lub odległości oraz gdy ostrość wzroku po zastosowaniu szkieł korekcyjnych jest mniejsza niż 0,02 prawidłowego widzenia. Utrata możliwości widzenia może być skutkiem uszkodzenia gałek ocznych, nerwów wzrokowych lub ośrodków w mózgowiu odpowiedzialnych za przetwarzanie obrazów (np. w wyniku stłuczenia mózgu).

Pozbawienie człowieka słuchu to całkowita obustronna głuchota oznaczająca brak możliwości słyszenia i rozumienia mowy. Utrata możliwości słyszenia jest zazwyczaj związana z uszkodzeniem kości podstawy czaszki (uszkodzenie ucha środkowego i wewnętrznego) lub ośrodków w mózgowiu odpowiedzialnych za przetwarzanie wrażeń słuchowych.

Pozbawienie człowieka mowy jest całkowitą utratą zdolności mówienia albo taką utratą tej zdolności, która powoduje, że mowa jest niezrozumiała dla otoczenia. Tego typu uszczerbek może wystąpić, gdy dojdzie do uszkodzenia krtani, jamy nosowo-gardłowej, języka lub też ośrodków mowy w mózgowiu.

Pozbawienie zdolności płodzenia inaczej rozpatruje się w przypadku mężczyzny i kobiety. U kobiet oznacza ona brak możliwości odbycia stosunku płciowego, brak możliwości zapłodnienia, np. wskutek utraty macicy, jajowodów lub jajników, oraz takie zmiany, które uniemożliwiają donoszenie ciąży. Jeśli dojdzie do obrażeń, które uniemożliwiają urodzenie dziecka drogami i siłami natury, to nie stanowią one utraty zdolności płodzenia (można wykonać cięcie cesarskie). Należy również wspomnieć o tym, że inaczej się ocenia kobiety w zależności od ich wieku. Jeśli dojdzie do wymienionych obrażeń, gdy kobieta naturalnie nie ma już możliwości płodzenia (okres przekwitania/menopauzy/klimakterium), nie kwalifikuje się ich jako pozbawienie zdolności płodzenia (nie można utracić czegoś, czego się nie ma). U mężczyzn pozbawienie możliwości płodzenia jest związane z brakiem możliwości odbycia stosunku płciowego oraz brakiem możliwości zapłodnienia, np. wskutek utraty albo uszkodzenia jąder.

Inne ciężkie kalectwo to zupełne zniesienie albo bardzo znaczne ograniczenie czynności narządu lub układu, które w istotny sposób zmniejsza ogólną sprawność danej osoby. Przykładem tego typu uszkodzeń będzie np.

utrata ręki, kciuka, stopy, zeszywnienie dużego stawu, ale też takie organiczne uszkodzenie układu nerwowego, które właśnie istotnie zmniejsza ogólną sprawność. W przypadku utraty jednego organu z organów parzystych sytuacja nie jest jednoznaczna. Wszystko zależy od tego, jak po takiej utracie funkcjonuje organizm. Jeżeli drugi narząd przejmie funkcję utraconego i nie dojdzie do istotnego zmniejszenia ogólnej sprawności, to innego ciężkiego kalectwa nie będzie można wykazać. Tak będzie np. w przypadku utraty jednego jądra. Podobnie jest w sytuacji, gdy dojdzie do jednostronnej głuchoty, gdyż nie jest to stan, który istotnie zaburzałby funkcjonowanie danej osoby. Natomiast utrata albo uszkodzenie jednego oka bez wątpliwości powoduje takie istotne zaburzenie, gdyż ogranicza pole widzenia i znosi widzenie stereoskopowe. Podobnie wystąpienie innego ciężkiego kalectwa spowoduje utratę jednego płuca.

Ciężka choroba nieuleczalna to choroba będąca jednocześnie ciężką i nieuleczalną. Przez ciężkość rozumie się tutaj obłożność lub stan równoważny, a przez nieuleczalność sytuację, gdy na podstawie wiedzy i doświadczenia lekarskiego w aktualnym stanie wiedzy dochodzi się do wniosku, że nie ma nadziei na wyleczenie. Przykładem takiej choroby jest uszkodzenie obu nerek wymagające dializoterapii.

Ciężka choroba długotrwała to choroba będąca jednocześnie ciężką i długotrwałą. Przez ciężkość rozumie się tutaj również obłożność lub stan równoważny, a przez długotrwałość sytuację, gdy schorzenie co prawda rokuje poprawę, ale ciężkie naruszenie funkcji organizmu lub rozstrój zdrowia trwają dłużej niż 6 miesięcy, np. niektóre przypadki złamań kręgosłupa lub miednicy. Jest to jedna z dwóch postaci ciężkiego uszczerbku na zdrowiu, gdzie nie występuje trwałość i nieodwracalność skutków, a jedynie wspomniana długotrwałość.

Trwała choroba psychiczna jako postać kodeksowego ciężkiego uszczerbku na zdrowiu była dotąd definiowana jako trwałe i nieodwracalne zaburzenie psychiczne w następstwie np. organicznego uszkodzenia układu nerwowego. W świetle wprowadzanej obecnie Międzynarodowej Klasyfikacji Chorób ICD-11⁵, w której zrezygnowano już z pojęcia „choroby psychicznej” (podobnie jak to zrobiono wcześniej w amerykańskiej klasyfikacji DSM-5⁶), ta postać ciężkiego uszczerbku na zdrowiu jest już anachronizmem i należy w takich sytuacjach rozważyć raczej wystąpienie innej jego postaci – innego ciężkiego kalectwa.

Całkowita albo znaczna trwała niezdolność do pracy w zawodzie to pozbawienie człowieka możliwości wykonywania zawodu, który jest objęty

⁵ International Classification of Diseases 11th Revision. Dostępne na: <https://icd.who.int/en/> (dostęp: 2 lutego 2021 r.).

⁶ P. Gałęcki i wsp. (red.), Kryteria diagnostyczne zaburzeń psychicznych DSM-5®, wydanie polskie, Wydawnictwo EDRA Urban & Partner, Wrocław 2018.

jego kwalifikacjami, a nie jakiejkolwiek pracy zarobkowej. Musi być ona trwała i całkowita albo znaczna. W tym przypadku skutki urazu zależą ściśle od wykonywanego zawodu, np. jednostronna głuchota nie będzie w tym sensie tak samo dolegliwa dla sprzedawcy jak dla kierowcy zawodowego bądź motorniczego. Dla kierowcy zawodowego albo motorniczego taka jednostronna głuchota oznacza koniec pracy w dotychczasowym zawodzie⁷, natomiast w przypadku sprzedawcy nie wpłynie w większym stopniu na możliwość wykonywania przez niego zawodu.

Trwale istotne zeszpecenie lub zniekształcenie ciała to postać ciężkiego uszczerbku na zdrowiu odwołująca się do znamion estetycznych. Zeszpecenie ciała polega na wywołaniu zmian zewnętrznych na ciele, które stoją w sprzeczności z powszechnie przyjmowaną estetyką ciała. Zniekształcenie ciała polega natomiast na wywołaniu zmian w jego anatomicznym kształcie. Zarówno zeszpecenie, jak i zniekształcenie ciała muszą być trwałe oraz istotne. W tego typu przypadkach należy zawsze rozważyć dolegliwość danego zeszpecenia lub zniekształcenia. Wymieniając kolejne rodzaje ciężkiego uszczerbku, ustawodawca uznał je za równoważne. W przypadku wątpliwości, czy np. dane zeszpecenie stanowi ciężki uszczerbek na zdrowiu czy nie, należy – jak już wcześniej wspomniano – odnieść je do innych postaci ciężkiego uszczerbku na zdrowiu, szczególnie tych wymienionych kazuistycznie w art. 156 § 1 pkt 1 k.k., i zastanowić się, czy ich dolegliwość jest porównywalna. Dla przykładu, blizna na policzku o długości np. 3 cm, choć dla danej osoby może być dramatem życiowym, obiektywnie nie stanowi takiej samej dolegliwości jak np. utrata możliwości widzenia lub utrata funkcji ręki.

Choroba realnie zagrażająca życiu to druga i ostatnia postać ciężkiego uszczerbku na zdrowiu, dla której nie występują trwałe i nieodwracalne skutki. Musi natomiast wystąpić realne, czyli rzeczywiste zagrożenie życia. Innymi słowy, musi to być stan z pogranicza życia i śmierci, w którym w każdej chwili można spodziewać się zgonu. Przykładowo, chorobą realnie zagrażającą życiu będzie masywny krwotok z wtórnie rozwiniętym wstrząsem, obrażenia klatki piersiowej z odłą prężną, obrażenia śródczaszkowe z wtórnym obrzękiem mózgu, rany serca przebiegające z tamponadą worka osierdziowego, rany brzucha z wtórnym zapaleniem otrzewnej. W takich stanach organizm niewątpliwie balansuje pomiędzy życiem a śmiercią i nawet prawidłowa interwencja lekarska niejednokrotnie nie pozwala na uratowanie chorego. Oczywiście, to balansowanie między życiem a śmiercią musi wynikać z obiektywnego stanu pacjenta, a nie tylko z postawionego literalnie rozpoznania.

⁷ Rozporządzenie Ministra Zdrowia z dnia 29 sierpnia 2019 r. w sprawie badań lekarskich osób ubiegających się o uprawnienia do kierowania pojazdami i kierowców. Tekst jedn. Dz. U. z 2020 r., poz. 2213.

Types of bodily harm

Abstract

It was not until our paper on the notion of grievous bodily harm and the legal obligation to notify law enforcement authorities was published in 2020 (A. Smędra, R. Kubiak, J. Berent, The notion of grievous bodily harm and the legal obligation to notify law enforcement authorities, Anaesthesiology Intensive Therapy 2020; 52, 5: 424–430) that Polish literature saw a cumulative and concise study addressing types of bodily harm. Papers presented in Anaesthesiology Intensive Therapy continue to be available unabridged on the publisher's website (www.termedia.pl). However, as the topic is important for the work of judicial and law enforcement practitioners, we found it reasonable to have an excerpt from our paper reprinted in Prokuratura i Prawo or a periodical that is at the top of the said practitioners' reading list. Therefore, having obtained relevant authorisation from owners of the two periodicals, we present this text that discusses, and provides examples of, all types of bodily harm recognised in the Polish Penal Code.

Piotr Lewulis

O rozgraniczeniu definicyjnym pomiędzy przestępczością „cyber” i „komputerową” dla celów praktycznych i badawczych

Streszczenie

Pojęcia „cyberprzestępczości” i „przestępczości komputerowej” są szeroko obecne w publicystyce, piśmiennictwie naukowym oraz w dokumentach oficjalnych pomimo braku ścisłych definicji. Z punktu widzenia praktyki oraz projektowania badań naukowych warto jednak dokonać rozróżnienia pomiędzy ich znaczeniami. W sytuacji braku definicji legalnych, rozgraniczenie stosowanych pojęć może być wynikiem analizy różnych dotychczasowych propozycji definicyjnych przy uwzględnieniu społeczno-historycznych sposobów wykorzystywania tych pojęć. Prowadzi ona do przekonania o sieciowych konotacjach terminu „cyberprzestępczość”, co czyni ją pojęciem węższym.

Słowa kluczowe

Cyberprzestępczość, przestępczość komputerowa, nadużycia komputerowe.

Wstęp

Krótkiej, acz intensywnej historii rozwoju szkodliwych społecznie zjawisk związanych z komputeryzacją towarzyszyły nieustanne wysiłki definicyjne podejmowane zarówno w celach legislacyjnych, jak i naukowo-badawczych. Próby te co do zasady nie zakończyły się powodzeniem, a stosowaną terminologię przez wiele lat cechował chaos obejmujący zarówno przyjmowane definicje, jak też samo nazewnictwo¹. Mnogość synonimów i nieostrość znaczenia „przestępczości komputerowej” trafnie podsumował A. Adamski już w 2000 r. wskazując, że terminy te mają często bardziej publicystyczny niż naukowy charakter². Choć współcześnie „cyberprzestępczość” skutecznie

¹ A. Zalesińska, P. Pęcherzewski, P. Rodzewicz, Zagrożenia związane z rozwojem nowych technologii, (w:) A. Burdziak, Ł. Cieślak, Ł. Goździaszek, S. Kotecka, P. Pęcherzewski, P. Rodzewicz, A. Zalesińska, Technologia informacyjna dla prawników, Wrocław 2011, s. 79; B. Moon, J. D. McCluskey, C. P. McCluskey, A general theory of crime and computer crime: an empirical test, Journal of Criminal Justice 2010, nr 38, s. 771, s. 768.

² A. Adamski, Prawo karne komputerowe, Warszawa 2000, s. 30.

wypiera inne historycznie stosowane terminy, także w dyskursie prawniczym, jest to pojęcie równie popularne co niejasne – pozbawione precyzyjnego znaczenia. Próby ujednolicenia i uporządkowania przedmiotowych pojęć na gruncie polskiego postępowania karnego podejmowano w ostatnich latach kilkakrotnie³, lecz wciąż wymagają uzupełnienia.

Przywiązywanie nadmiernej uwagi do niuansów terminologicznych stanowi być może jedną z najpoważniejszych wad współczesnego dyskursu naukowego. Zasadne jest zatem pytanie, czy z perspektywy końca drugiej dekady XXI wieku wciąż w ogóle istnieje potrzeba definiowania „przestępczości komputerowej” czy „cyberprzestępczości”. Wydawać by się mogło, że problem ten pozostaje bez wpływu na praktykę – czyny zabronione podlegają wszak ściganiu niezależnie od teoretyczno-doktrynalnych zakresów definicyjnych. Z kilku jednak powodów poszukiwanie ram znaczeniowych dla stosowanej terminologii jest korzystne.

Po pierwsze, pojęcie „cyberprzestępczości” jest szeroko obecne nie tylko w publicystyce i piśmiennictwie naukowym, lecz ma także wiele zastosowań oficjalnych: nawiązują do niego akty normatywne, raporty instytucji publicznych i wewnętrzne regulaminy obowiązujące m.in. w prokuraturze czy policji. Z pojęciem „cyberprzestępstwa” powiązano też szereg rozwiązań instytucjonalnych, zarówno na poziomie krajowym jak i ponadnarodowym. Brak ustalonego zakresu „cyberprzestępczości” i określenia prawno-karnych granic tego pojęcia może dziwić zwłaszcza w kontekście istnienia podmiotów takich jak Biuro do Walki z Cyberprzestępczością KGP⁴, które jej zwalczanie określają jako swój cel już w nazwie. Tym samym znaczenie tego pojęcia określa zarazem praktyczny zakres właściwości rzeczowej tego rodzaju podmiotów. Świadome posługiwanie się pojęciem „cyberprzestępczości” w praktyce ma natomiast znaczenie chociażby dla doboru odpowiednich środków technicznych, prawnych i organizacyjnych służących prawidłowemu przeprowadzeniu procesu wykrywczego i zebraniu materiału dowodowego w sprawach karnych⁵.

Po drugie, aprobata dla sytuacji, w której „cyberprzestępczość” jest po prostu kolejnym hasłem wywoławczym bez określonej treści, stosowanym raczej emocjonalnie niż naukowo⁶, powoduje utratę jednego z możliwych do wykorzystywania narzędzi terminologicznych służących rozróżnianiu zjawisk

³ Zob.: M. Siwicki, Podział i definicja cyberprzestępstw, *Prokuratura i Prawo* 2012, nr 7–8; J. Wasilewski, Przestępczość w cyberprzestrzeni – zagadnienia definicyjne, *Przegląd Bezpieczeństwa Wewnętrznego* 2016, nr 15.

⁴ Biuro do Walki z Cyberprzestępczością KGP, online: <https://policja.pl/pol/kgp/bwc/33358>, *Biuro do Walki z Cyberprzestępczością*.html, dostęp 19 czerwca 2020 r.

⁵ Por. P. Sommer, The future for the policing of cybercrime, *Computer Fraud and Security* 2004, nr 1, s. 10.

⁶ Por.: D. Wall, *Cybercrime: the transformation of crime in the information age*, Polity Press 2007, s. 10; M. Siwicki, *Cyberprzestępczość*, Warszawa 2013, s. 15; R. Bryant, S. Bryant, *Policing digital crime*, Ashgate 2014, s. 25.

i umożliwiającą adekwatną reakcję na nie. Ma to także znaczenie dla prowadzonych badań i analiz naukowych z zakresu nauk penalnych, w tym w szczególności kryminologii i kryminalistyki, gdyż brak dookreślenia tego, co jest rozumiane jako przedmiot badań nad „cyberprzestępczością” znacznie utrudnia zachowanie poprawności metodologicznej przy konstruowaniu prób zarówno dla celów analiz ilościowych jak i jakościowych.

Rozumienie pojęcia „cyberprzestępczości” pozostaje w szczególnie niejasnej relacji znaczeniowej w stosunku do „przestępczości komputerowej”, który to termin również był popularnie stosowany w przeszłości. Ścisłe zdefiniowanie tych pojęć okazało się niemalże niemożliwe w toku kilkudziesięciu lat prac i nie jest to celem niniejszego opracowania. Osiągalne jest jednak merytoryczne rozgraniczenie tych terminów w oparciu o analizę źródeł literaturowych i dokumentów przeprowadzoną w kontekście historyczno-społecznym. Rozważania wykraczają poza tradycyjnie rozumiane analizy prawnicze – pozostają jednak w głównym nurcie nauk społecznych. Ich wynikiem jest zaś propozycja siatki terminologicznej stanowiącej modyfikację dotychczasowych propozycji w tym zakresie i uwzględniającej wzajemne relacje wskazanych wyżej pojęć.

„Przestępczość komputerowa”

Proces nazywania nowych zjawisk w warunkach nieustającej rewolucji technologicznej był i jest niezwykle trudny, a intensywny rozwój techniki spowodował niebywały przyrost związanej z tym leksyki. Był on oczywiście niezbędny dla realizacji nominatywnej funkcji języka⁷, co stanowi jednak wyzwanie w równym stopniu dla wszystkich – także dla ustawodawcy i przedstawicieli nauk prawnych. Warto mieć na uwadze, jak nowym i zaskakującym, a jednocześnie mającym szeroki wpływ na rzeczywistość zjawiskiem była (i jest wciąż) postępująca komputeryzacja i rozwój związanych z nią zachowań szkodliwych. Pierwsze opracowania tego dotyczące powstawały w latach 70. XX wieku⁸, a nowo zaobserwowane zjawisko określono mianem „przestępczości komputerowej” (ang. *computer crime*) łącząc tym samym dwa istniejące już pojęcia. Znamiennym jest zaś, że początkowo „komputerowość” przypisywano zdarzeniom w oparciu o *de facto* jakikolwiek ich związek z wystąpieniem sprzętu komputerowego w danej sprawie. W efekcie, co może budzić zaskoczenie z dzisiejszej perspektywy, stosowano na przykład pojęcie „sabo-

⁷ Tj. dla nazywania nienazwanych dotychczas fragmentów pozajęzykowej rzeczywistości. Zob.: M. Maciołek, Adaptacja terminów informatycznych w języku ogólnym i stylu artystycznym, Biblioteka Postscriptum Polonistycznego 2013, nr 3, s. 167.

⁸ D. B. Parker, Computer Crime Assessment, Stanford Research Institute Report 1975; D. B. Parker, Crime by Computer, Nowy Jork 1976.

tażu komputerowego” wobec zdarzeń polegających na fizycznym zniszczeniu sprzętu (wskutek chociażby podpalenia)⁹. Opracowanie prawnych (w tym prawnokarnych) reakcji na nowe zjawisko następowało falami¹⁰ równolegle w wielu krajach, a także na forum międzynarodowym. W konsekwencji wykorzystywane terminy i definicje legalne bywały wielokrotnie tłumaczone i przenoszone pomiędzy różnymi językami narodowymi, wytracając przy tym swoją precyzję.

W latach 90. XX wieku bardzo widoczna była mnogość stosowanych terminów. W publikacjach i dokumentach oficjalnych posługiwano się bowiem szeregiem pojęć bliskoznacznych. Wymienienie ich wszystkich mogłoby mieć wartość kronikarsko-historyczną, jednak jest zbędne biorąc pod uwagę potrzeby współczesności. W celach ilustracyjnych wskazać można, że już w latach 80. w Stanach Zjednoczonych posługiwano się jednocześnie pojęciem „przestępczości komputerowej” jak i „przestępstw związanych z komputerami”. Wynikało to z faktu, że pierwszy z wymienionych stanowił w wielu jurysdykcjach termin ustawowy, wobec czego uznano celowość wprowadzenia takiego rozróżnienia, choć nie miało ono istotnego znaczenia praktycznego¹¹. Z wielu bliskoznacznych terminów korzystano także w europejskiej przestrzeni prawnej. W pracach Rady Europy korzystano równolegle z pojęć takich jak „przestępstwa związane z komputerami” (ang. *computer related crimes*)¹² czy „przestępstwa związane z technologią informacyjną” (ang. *IT crimes* lub *IT offences*)¹³. W opublikowanym natomiast w 1998 r. raporcie specjalnym przygotowanym na zlecenie Komisji Europejskiej¹⁴ opowiedziano się za tożsamością zakresów pojęć „*computer crime*” i „*computer-related crime*”, a w Komunikacie Komisji Europejskiej nr 890 z 2001 r.¹⁵ posłużono się terminem *computer-related crime* w „najszerszym możliwym sensie”.

⁹ M. K a b a y, A brief history of computer crime, online: <http://www.mekabay.com/overviews/history.pdf>, dostęp 19 czerwca 2020 r., s. 5.

¹⁰ Cztery fale ustawodawstwa obejmujące lata od 1946 do 1997 wyróżnił R. Hollinger, Zob.: R. C. Hollinger, *Crime, Deviance, and the Computer*, Dartmouth 1997, s. XVIII. Również cztery etapy, lecz uwzględniając inne ich cechy wyróżniali późniejsi badacze zob.: J. X i n g a n L i, *Cyber crime and Legal Countermeasures: A historical analysis*, *International Journal of Criminal Justice Sciences* 2017, vol. 12(2), s. 196–207.

¹¹ D. B. Parker, *Computer Crime – Criminal Justice resource manual*, U. S. Department of Justice 1989, s. 2.

¹² Zalecenia Rady Europy nr R(86)9 z 1989 r. Ten sam termin przetłumaczono jednak w polskojęzycznej wersji późniejszej Konwencji o Cyberprzestępczości jako „przestępstwa komputerowe”, choć odnosił się on wyłącznie do czynów opisanych w art. 7 i 8 Konwencji.

¹³ Termin przywołany w Zaleceniu Rady Europy nr R(95)13 z 1995 r.

¹⁴ U. Sieber, *Legal Aspects of Computer-Related Crime in the Information Society – COMCRIME Study*, University of Wurzburg (raport przygotowany na zlecenie Komisji Europejskiej) 1998.

¹⁵ Communication from the Commission to the Council, The European Parliament, the European Economic and Social Committee and the Committee of the Regions: *Creating a Safer Information Society by Improving the Security of Information Infrastructures and Combating Computer-Related Crime*, COM (2000)890, Bruksela 26 stycznia 2001.

W polskim porządku prawnym nigdy nie przyjęto legalnej definicji „przestępstwa komputerowego”, a ustalenie szerzej akceptowanej definicji doktrynalnej od zawsze było problematyczne. Przyjmowanym stosunkowo szeroko założeniem było to, że obok „wyspecjalizowanych” czynów (np. włamań do systemów informatycznych dokonanych za pośrednictwem złośliwego oprogramowania), w zasadzie każdy czyn zabroniony znany ustawie karnej może być popełniony z wykorzystaniem komputera lub mieć z nim jakiś związek. Szczegółowe zaś definicje próbowano budować wokół roli, jaką w dokonaniu czynu zabronionego pełni komputer (np. jako narzędzie sprawcze lub obiekt zamachu)¹⁶ lub na roli danych przetwarzanych w systemach informatycznych¹⁷. Budowanie ścisłych definicji równościowych, czy to wyłącznie poprzez określanie roli komputera w przestępstwie, czy to poprzez odwołanie się do przedmiotu ochrony jakim są dane przetwarzane w systemach informatycznych, okazało się trudne lub niewystarczające w praktyce. Definicje bywały obciążone błędami logicznymi, zbyt szerokie lub zbyt wąskie w stosunku do występujących w praktyce zdarzeń, co czyniło je podatnymi na mniej lub bardziej uzasadnioną krytykę.

Łatwiejsza okazywała się rezygnacja ze ścisłej i jednolitej definicji przestępstw komputerowych na rzecz podawania ich rodzajów oraz zakresowego definiowania różnych ich odmian¹⁸. Ścisłe definicje nie pozwalają bowiem na ich dostosowanie do ciągle zmieniającej się rzeczywistości – stąd lepszym rozwiązaniem dla celów metodologicznych jest podział występujących przestępstw na ich różne rodzaje. Klasyfikacje przestępstw komputerowych występowały niekiedy obok formułowanych definicji¹⁹, a niekiedy służyły uniknięciu jej podawania. Tego rodzaju rozwiązanie zastosowano m.in. w toku prac Komitetu Ekspertów Rady Europy, których efektem była Rekomendacja Rady Europy R(89)9 z 1989 r., zalecająca realizację postulatów legislacyjnych opisanych w odrębnym raporcie²⁰. Kazuistyczne wyliczenie przykładowych przestępstw komputerowych jest bardzo przydatne dla celów legislacyjnych, choć nieszczególnie dla celów naukowych i badawczych. Ich forma nie ułatwia też ich zapamiętania i zrozumienia istoty problemu, a czytając i analizując klasyfikacyjne definicje

¹⁶ B. Kunicka-Michalska, Komentarz do art. 222–316, (w:) A. Wąsek (red.), Kodeks Karny – cz. Szczegółowa. Komentarz, Warszawa 2006; M. Kliś, Przestępczość w Internecie, zagadnienia podstawowe, Czasopismo Prawa Karnego i Nauk Penalnych 2000, nr 1, s. 6.

¹⁷ K. Jakubski, Przestępczość komputerowa – próba zdefiniowania zjawiska, (w:) R. Skubisz (red.), Internet – problemy prawne, Lublin 1999; por.: K. Jakubski, Przestępczość komputerowa – podział i definicja, Problemy Kryminologii 1997, nr 217, s. 31.

¹⁸ R. M. Kadir, The scope and nature of computer crime statuses – a critical comparative study, German Law Review 2010, vol. 11, nr 6, s. 611, 613.

¹⁹ Por. uwagi dot. Badań nad przestępczością komputerową prowadzonych przez SRI.

²⁰ Recommendation No. R(89)9, *op. cit.* oraz Report on computer-related crime by the European Committee of Crime Problems.

przestępstw komputerowych trudno oprzeć się wrażeniu, że przypominają one „listę zakupów”²¹, co gorsza, z założenia nie są one w stanie uwzględnić żadnych przyszłych zagrożeń.

Wobec rosnącego stopnia skomplikowania technologii i umożliwianych przez nią nadużyć, lepszym rozwiązaniem okazało się zakresowe definiowanie przestępstw komputerowych lub ich podział na szersze kategorie. W tym duchu u progu XXI wieku zaproponowano podział według kryterium sposobu, w jaki komputer lub Internet wpływa na możliwość popełnienia przestępstwa²². Po pierwsze mają to być przestępstwa ułatwiane przez komputery (*computer assisted crimes*), które mogą być z równą łatwością popełnione z lub bez wykorzystania sprzętu komputerowego. Po drugie, mogą to być przestępstwa, których popełnienie jest umożliwiane przez komputery (*computer enabled crimes*), których popełnienie bez wsparcia technologii komputerowej byłoby bardzo trudne, choć możliwe do popełnienia. Po trzecie zaś są to przestępstwa wyłącznie komputerowe (*computer only crimes*), których popełnienie bez wykorzystania komputera w ogóle nie jest możliwe.

Podobnego typu podziałem, który pod wieloma względami zdominował polskie piśmiennictwo jest ten zaproponowany przez A. Adamskiego w 2000 r.²³ Pozostaje on zarazem jednym z najbardziej elastycznych, wyczerpujących i zaskakująco wręcz aktualnych ujęć tego problemu. Podsumowując i ujednolicając szczegółowo opisaną przez A. Adamskiego klasyfikację, można powiedzieć, że wyróżnił on przestępczość „komputerową *sensu stricto*” i „inną przestępczość komputerową” (przy czym wydaje się, że bezprzymiotnikowy termin „przestępczość komputerowa” oznaczać może obie kategorie przestępstw). W ramach zaś „innej przestępczości komputerowej” autor wyróżnił „przestępstwa komputerowe (przeciwko określonej dobru)” oraz „przestępstwa popełnione z użyciem komputera”. Warto docenić spójność takiego podziału z systematyką polskiego kodeksu karnego.

Z kryminalistycznej perspektywy niezwykle zaś istotne jest wyróżnienie przez A. Adamskiego karno-procesowego rozumienia przestępczości komputerowej. Wyszedł on ze słusznego założenia, że jeżeli czyn zabroniony został popełniony z pomocą systemu informatycznego, to system ten będzie zawierał dowody działalności przestępczej. Tylko taki czyn będzie więc przestępstwem komputerowym, którego „ściganie wymaga od organów wymiaru sprawiedliwości uzyskania dostępu do informacji przetwarzanej w sys-

²¹ A. Petee, J. Corzine, L. Huff-Corzine, J. Clifford, Defining 'cyber crime': issues in determining the nature and scope of computer offenses, s. 8, online: <http://sciences.ucf.edu/fwg/wp-content/uploads/sites/157/2016/11/PeteeV5.pdf>, dostęp 19 czerwca 2020 r., s. 8.

²² A. M. Marshall, B. C. Tompsett, Spam 'n' chips, a discussion of Internet crime, *Science and Justice* 2002, vol. 42, no. 2, s. 117. Materiał był prezentowany podczas konferencji The Forensic Science Society Spring Meeting w Huntingdon (UK), kwiecień 2001.

²³ A. Adamski, *Prawo...*, op. cit., s. 31–35.

temach komputerowych”²⁴. W takim rozumieniu, o przestępstwie komputerowym można mówić zawsze wtedy, gdy istotne dla prowadzenia sprawy karnej mogą okazać się informacje uzyskane na podstawie danych przetwarzanych przez system informatyczny. Niezależnie od tego, czy komputer stanowił w takim przypadku narzędzie czy też przedmiot przestępstwa, i niezależnie od tego, czy miało to bezpośredni czy jedynie wpadkowy związek z przestępstwem. Niezależnie też od formy stadialnej czy zjawiskowej popełnienia czynu. Do powstania istotnych dla postępowania karnego danych może dojść nie tylko w wyniku działania sprawcy, lecz także pokrzywdzonego lub osoby trzeciej. Zarówno w przypadku zdalnego włamania do systemu komputera, poszukiwania w Internecie niebezpiecznych czy niedozwolonych treści, digitalizacji dziecięcej pornografii w trybie *offline*, wymiany korespondencji elektronicznej dotyczącej w jakiś sposób zdarzenia o charakterze kryminalnym – wszystkie te działania pozostawiają po sobie ślad, wymagający odpowiedniego podejścia technicznego w celu jego zabezpieczenia i wykorzystania. Takie postrzeganie przestępczości komputerowej jest najistotniejsze z punktu widzenia kryminalistyki, gdyż determinuje właściwą reakcję organów ścigania.

Na marginesie tych rozważań warto wspomnieć, że jednocześnie z „przestępczością komputerową” powstało też pojęcie „nadużyć komputerowych” (ang. *computer abuse*), które bywało źródłem nieporozumień terminologicznych w polskiej literaturze przedmiotu, stąd warto je wyjaśnić. Pierwotnie pojęcie „nadużyć komputerowych” służyło badaczom nowego zjawiska do zaznaczenia istnienia takich społecznie szkodliwych zachowań związanych z komputerami, które wykraczają poza zakres aktualnej w danym czasie kryminalizacji²⁵. Było ono bez wątpienia szersze od „przestępczości komputerowej”, co dostrzeżono zresztą już w 1976 r. także w polskiej literaturze prawniczej, gdzie określono tak „ogół czynów społecznie szkodliwych, obejmujących skalą zarówno występki, jak i zbrodnie oraz czyny społecznie szkodliwe niepoddające się ścisłym definicjom czynów przestępnych”²⁶. W niektórych późniejszych opracowaniach pojęcie „nadużyć komputerowych” jednak błędnie przywoływano jako występujący w pracach zagranicznych synonim „przestępczości komputerowej”²⁷. Wyróżnienie „nadużyć komputerowych” straciło na znaczeniu wskutek postępującego usuwania luk w prawie karnym. Warto jednak pamiętać o nim i stosować tam, gdzie inten-

²⁴ A. Adamski, *Prawo...*, *op. cit.*, s. 34.

²⁵ Por. D. B. Parker, *Crime by computer*, *op. cit.*, s. xi; D. B. Parker, *Computer Crime criminal...*, *op. cit.*, s. XIV, 2.

²⁶ A. Bossowski, *Nadużycia komputerowe i ochrona informacji*, *Studia Kryminologiczne, Kryminalistyczne i Penitencjarne* 1976, nr 4, s. 13–14; por. uwagi na temat prac prowadzonych w latach 80. W ramach OECD: A. Adamski, *Prawo...*, *op. cit.*, s. 10, za: OECD, *Computer Related Crime: analysis of legal Policy*, Paryż 1985.

²⁷ Zob. B. Hołyst, *Kryminalistyka*, Warszawa 2010, s. 346; M. Siwicki, *Podział i definicja cyberprzestępstw*, *op. cit.*, s. 243 (przypis nr 9).

cją jest zwrócenie uwagi na zachowania niezabronione, choć niekoniecznie zasługujące na aprobatę z punktu widzenia etyki²⁸. Bez wątpienia jednak nie wszystkie zachowania dozwolone prawem zasługują na aprobatę z punktu widzenia etyki – co w oczywistym stopniu dotyczy także interakcji międzyludzkich za pośrednictwem Internetu.

„Cyberprzestępczość”

Choć termin ten wywodzi się z kultury masowej, na przełomie XX i XXI wieku pojęcie „cyberprzestępczości” weszło do języka prawnego. Najdonioślejszym tego skutkiem był tytuł przyjętej w 2001 r. Konwencji Rady Europy o Cyberprzestępczości²⁹. Niemalże równolegle posłużono się nim w Komunikacie Komisji Europejskiej nr 298 z 2001 r.³⁰ i mniej więcej od tego już czasu stosowano go konsekwentnie w kolejnych dokumentach. Dotychczasowy chaos terminologiczny zastąpiono względnie jednolicie stosowaną „cyberprzestępczością”. W pracach prowadzonych w ramach Unii Europejskiej kwestię tę rozstrzygnął Komunikat Komisji Europejskiej nr 267 z 2007 r.³¹, w którym podniesiono kwestię zamiennego stosowania różnych terminów w przeszłości i zaproponowano ogólne stosowanie pojęcia „cyberprzestępczość” (ang. *cyber crime* – w tym i wielu innych dokumentach Unii Europejskiej pisane rozłącznie) rozumianego jako „przestępne czyny z wykorzystaniem elektronicznych sieci komunikacyjnych i systemów informatycznych lub czyny przeciwko takim sieciom i systemom”. Dominację „cyberprzestępczości” jako terminu stosowanego w pracach Unii Europejskiej ostatecznie potwierdzono w wymiarze instytucjonalnym, powołując w 2013 r. do istnienia w strukturach Europolu Europejskiego Centrum ds. Walki z Cyberprzestępczością³² i konsekwentnie przywołując ten termin w kolejnych dokumentach³³.

²⁸ Niektórzy autorzy stosują w takim przypadku pojęcie „patologii cyberprzestrzeni”, zob.: W. K a s p r z a k, Ślady cyfrowe: studium prawno-kryminalistyczne, Warszawa 2015, s. 50–66.

²⁹ Konwencja o Cyberprzestępczości, sporządzona w Budapeszcie 23 listopada 2001 r. (Dz. U. z 2015 r., poz. 728).

³⁰ Communication from the Commission to the Council, The European Parliament, the European Economic and Social Committee and the Committee of the Regions: Network and Information Security: Proposal for a European Policy Approach, COM (2001) 298, Bruksela 6 czerwca 2001.

³¹ Communication from the Commission to the Council, The European Parliament, the European Economic and Social Committee and the Committee of the Regions: Towards a general policy on the fight against cyber crime, COM (2007) 267, Bruksela 22 maja 2007.

³² Zob. European Cybercrime Centre (EC3), online: <https://www.europol.europa.eu/about-europol/european-cybercrime-centre-ec3>, dostęp 19 czerwca 2019 r.

³³ Np. w: Joint Communication to the European Parliament, The Council, The European Economic and Social Committee and the Committee of the Regions: Cybersecurity Strategy of

Niewątpliwa popularność „cyberprzestępczości” jako nazwy określającej pewną grupę zjawisk negatywnych nakazuje zastanowić się, czy termin wprost zastąpił wcześniejszą „przestępczość komputerową” (względnie: „przestępczość związaną z komputerami” i inne zwroty bliskoznaczne), czy też obejmuje inny zakres zdarzeń. Jeżeli zaś nie są to pojęcia tożsame, doprecyzowania wymaga czy jest to pojęcie szersze czy też węższe niż te wykorzystywane wcześniej. Dekonstrukcję znaczenia „cyberprzestępczości” warto rozpocząć od zwrócenia uwagi na niejednoznaczność przedrostka *cyber-*, szeroko stosowanego także w produktach kultury masowej.

W kontekście technologicznym pojawił się on po raz pierwszy w słowie „cybernetyka”³⁴ – nazwie stosunkowo specjalistycznej nauki o procesach sterowania, przesyłania informacji i autokontroli w maszynach i organizmach żywych, której nazwę nadał uchodzący za jej twórcę N. Wiener w 1948 r. inspirując się greckim *kybernētēs* (κυβερνήτης, pl. sternik, zarządca)³⁵. Cybernetykę można w pewnym sensie postrzegać jako prekursorkę, czy raczej „naukę-matkę”, współczesnej informatyki. Nie należy jednak wyciągać z tego daleko idących wniosków. Obecne zastosowania tych nauk znacznie od siebie odbiegają³⁶. Warto też z całą mocą podkreślić, że jakiegokolwiek inspiracje i powiązania etymologiczne przedrostka *cyber-* z nauką cybernetyki nie uzasadniają na gruncie merytorycznym posługiwania się terminami takimi jak „przestępczość cybernetyczna”, „wojna cybernetyczna”, „uzbrojenie cybernetyczne”³⁷, „atak cybernetyczny”³⁸ i tym podobnymi, nagminnie stosowanymi w przekazach medialnych, a niekiedy i publikacjach naukowych. Zamienne stosowanie czy wręcz utożsamianie

the European Union – An Open, Safe and Secure Cyberspace, JOIN (2013) 1, Bruksela 7 lutego 2013 r. z 2013 r.

³⁴ Niektórzy wskazują jednak, że zbyt silne podkreślanie współczesnej „cyberprzestępczości” z „cybernetyką” stanowi zbyt uproszczenie. Z poglądem tym należy się do pewnego stopnia zgodzić, aczkolwiek nie sposób całkowicie odmówić tym pojęciom związków etymologicznych zwłaszcza w kontekście wpływu rozwoju cybernetyki na współczesną informatykę. Por.: J. Kosiński, *Paradygmaty Cyberprzestępczości*, Warszawa 2015, s. 31.

³⁵ N. Wiener, *Cybernetics or Control and Communication in the Animal and the Machine*, Nowy Jork 1948; Znacznie wcześniej, nawiązując do tej samej etymologii, a jednak w zupełnie innym znaczeniu termin „cybernetyka” został wykorzystany polskiej literaturze filozoficznej, zob.: B. F. Trentowski, *Stosunek filozofii do cybernetyki, czyli sztuki zarządzania narodem*, 1834.

³⁶ Por. M. Szmit (red.), *Elementy informatyki sądowej*, Polskie Towarzystwo Informatyczne 2011, s. 24.

³⁷ J. Gawinecki, B. Hołyst, *Identyfikacja zagrożeń cyberprzestrzeni i przeciwdziałanie im*, (w:) B. Hołyst (red.), *Technika kryminalistyczna w pierwszej połowie XXI wieku – wybrane problemy*, Warszawa 2014, s. 13–15.

³⁸ Zob. m.in.: *Zmasowany atak hakerów. Premier zwołała sztab kryzysowy*, Newsweek 28 czerwca 2017 r., online: <http://www.newsweek.pl/polska/atak-hakerow-zaatakowane-polskie-firmy,artykuly,412431,1.html>, dostęp 19 czerwca 2020 r. Posługiwanie się, absolutnie błędnym, sformułowaniem „atak cybernetyczny” w publicznej przestrzeni medialnej jest przy tym nagminne.

ze sobą związanych z tym pojęć jest całkowicie nieuprawnione i świadczy o ich niezrozumieniu.

Odnosząc do wspomnianych wyżej konotacji kulturowych „cyberprzestępczości” słowo to, jak i w ogóle przedrostek *cyber-*, zdobyło niebywałą popularność na gruncie kultury masowej drugiej połowy XX wieku. Fascynacja społeczeństw nowoczesną technologią połączona z atrakcyjnym brzmieniem słowa „cybernetyka” powodowały jego przenikanie, oczywiście w znacznie spłyconym rozumieniu, do kultury. Trudno jest precyzyjnie wskazać moment oderwania się samego przedrostka nazwy poważnej dyscypliny naukowej. Wiadomo oczywiście, że korzystał z niego już S. Lem w zbiorze opowiadań „Cyberiada”, (opublikowanym po raz pierwszy pod tym właśnie tytułem już w 1965 r.)³⁹, którego bohaterowie korzystali z „*cyber-ogarów*” czy „*cyber-armat*”. W prozie Lema pojęcie to miało jeszcze znaczenie relatywnie bliskie nauce cybernetyki i robotyce.

Dla dzisiejszego rozumienia przedrostka *cyber-* przełomowe było użycie go w 1984 r. przez pisarza W. Gibsona w pojęciu cyberprzestrzeni⁴⁰, której istotą w ramach świata przedstawionego było funkcjonowanie „wymykającej się ludzkiemu pojęciu” sieci połączeń urządzeń elektronicznych, umożliwiającej interakcję pomiędzy ich użytkownikami na niebywałą skalę, jako „konsensualna halucynacja doświadczana każdego dnia przez miliardy uprawnionych użytkowników we wszystkich krajach (...)”⁴¹. Należy zaś pamiętać, że lata 80. XX wieku, zwłaszcza w Stanach Zjednoczonych, były okresem intensywnego upowszechnienia się komputerów w zastosowaniach domowych – sprzęt komputerowy i pierwsze sieci teleinformatyczne trafiały do prywatnych domów, rozbudzając wyobraźnię społeczną.

Słuszne jest stanowisko J. Kosińskiego, wskazującego, że taki jak powyższy, literaturowy opis „cyberprzestrzeni” nie stanowi idealnego punktu wyjścia dla jego współczesnego rozumienia w dyskursie naukowym⁴². Faktem jest jednak, że to właśnie wielbiciel kontrkulturowego cyberpunku lat 80. stopniowo przenosili to pojęcie do głównego nurtu formującej się wówczas kultury internetowej. W latach 90. XX wieku przedrostek *cyber-* zdominował popularnie występujące neologizmy nawiązujące do wykorzystywania

³⁹ S. L e m, *Cyberiada*, Wydawnictwo Literackie 1965.

⁴⁰ Najpierw w opowiadaniu „Burning Chrome” z 1982 r. a następnie w książce „*Neuromancer*” z 1984 r. – stanowiących klasykę literatury gatunku cyberpunk. Samo słowo „cyberprzestrzeń” (ang. *cyberspace*) wykorzystano już wcześniej w kontekście instalacji artystycznej nawiązującej do „organizacji przestrzeni”, zob.: J. Lillemose, M. Kryger, *The (Re)invention of Cyberspace*, *Kunstkrikk*, online: <http://www.kunstkrikk.com/kommentar/the-reinvention-of-cyberspace/>, dostęp 19 czerwca 2020 r.

⁴¹ Za: J. W a s i l e w s k i, *Zarys definicyjny cyberprzestrzeni*, *Przegląd Bezpieczeństwa Wewnętrznego* 2013, nr 9, s. 226.

⁴² Por. J. K o s i ŋ s k i, *Paradygmaty...*, *op. cit.*, s. 32; C. B a n a s i ŋ s k i (red.), *Cyberbezpieczeństwo. Zarys wykładu*, Warszawa 2018, s. 23.

rozwijającego się Internetu⁴³. Jednocześnie nigdy on sam nie oznaczał niczego konkretnego. Bardzo trafne jest również spostrzeżenie, że *cyber-* jest prefiksem idealnym; „większość czytelników i słuchaczy nie ma pojęcia, co znaczy, ale może on poprzedzać dowolne słowo, aby całość wydawała się atrakcyjna, i jednocześnie dziwna, straszna lub naukowa”⁴⁴. Stanowi to jego niewątpliwą zaletę w czasach, gdy niezbędne jest stosowanie prostych haseł wywoławczych dla zdobycia jakiegokolwiek zainteresowania poważnymi problemami.

Nie usuwa to jednak potrzeby zachowania precyzji językowej w ramach rozważań naukowych. Sama łatwość stosowania przedrostka *cyber-* wobec każdego możliwego problemu związanego z komputerami jest bez wątpienia cennym elementem jego sukcesu. Wydaje się jednak, że jego powszechność wynika bardziej z mody językowej (utrwalonej w oficjalnych dokumentach) niż z realnej potrzeby, a tworzone z jego użyciem terminy noszą znamiona nowomowy. Nie mają jednoznacznych i ogólnie akceptowanych definicji, nie są niezbędne dla opisu istniejących zjawisk, a problemy z nimi związane są niemierzalne⁴⁵. Pomimo wyrażanego na gruncie intelektualnym sprzeciwu wobec tak niecelowego słowotwórstwa, w obliczu powszechnego stosowania przedrostka *cyber-* oraz w szczególności pojęcia „cyberprzestępczości”, nie sposób jest ignorować jego istnienie.

Obliguje to do zastanowienia się, czy słowo to ma obecnie jakiegokolwiek skonkretyzowane znaczenie oraz jaka jest relacja znaczeniowa „cyberprzestępczości” w stosunku do „przestępczości komputerowej” (który to termin został *de facto* zastąpiony)?

Po pierwsze, jedno z tych pojęć może być uważane za szersze od drugiego i je obejmujące. Przykładowo E. Casey „przestępstwem komputerowym” nazywał wyłącznie „specjalny rodzaj cyberprzestępstwa; ograniczony zbiór typów przestępstw zdefiniowanych w prawie” (podobny wniosek na gruncie normatywnym można wywieść także w drodze językowej wykładni Konwencji o Cyberprzestępczości i powiązanych z nią dokumentów). Odnaleźć można też dokładnie przeciwne poglądy, jak choćby ten M. Siwickiego (wyrażony w 2011 r., choć jak się wydaje niepowtórzony w późniejszej publikacji), w myśl którego to „cyberprzestępczość” stanowi specjalny rodzaj „przestępstwa komputerowego”⁴⁶.

⁴³ A. Newitz, The Bizarre Evolution of the Word „Cyber”, Gizmodo 16 września 2016 r., online: <https://io9.gizmodo.com/today-cyber-means-war-but-back-in-the-1990s-it-mean-1325671487>, dostęp 19 czerwca 2020 r.

⁴⁴ J. Kosiński, Paradygmaty..., *op. cit.*, s. 31.

⁴⁵ Trafny przegląd argumentów przeciwko powszechnemu stosowaniu terminów „cybercośtam” (cyt.) przedstawił K. Liderman opierając się na zasadzie „brzytwy Ockhama” w: Tenże, Bezpieczeństwo informacyjne, Wydawnictwo Naukowe PWN 2012, s. 60–66; oraz ten sam autor w: Cyberprzestrzeń i inne „definicje”, (w:) J. Kosiński (red.), Przestępczość Teleinformatyczna, Szczytno 2015, s. 9–18.

⁴⁶ M. Siwicki, Nielegalna i szkodliwa treść w Internecie – aspekty prawne, Warszawa 2011, s. 23–24.

Po drugie, pojęcia te bywały stosowane zamiennie (a w każdym razie bez wyraźnego zaznaczenia ewentualnych różnic między nimi) – miało to miejsce zarówno w dokumentach pochodzących od organizacji międzynarodowych, jak i w szeregu niezależnych publikacji. Cyberprzestępczość bywała określana jako „wszelkie niezgodne z prawem działania zmierzające do wyrządzenia szkody z wykorzystaniem cyberprzestrzeni i urządzeń cyfrowych”⁴⁷; „każde przestępstwo popełnione lub ułatwione przez wykorzystanie możliwości związanych z komunikacją siecią lub systemami komputerowymi”⁴⁸; albo „czyny przestępne popełnione z wykorzystaniem elektronicznych systemów komunikacji sieciowej i systemów informatycznych lub przeciwko takim sieciom lub systemom”⁴⁹.

W wielu z tych definicji zrównywano ze sobą czyny popełnione z oraz bez użycia sieci teleinformatycznych (np. Internetu). Tymczasem w przeszłości, gdy korzystanie z sieci teleinformatycznych nie było tak powszechne i oczywiste jak dziś, przedrostek *cyber-* służył czytelnemu wskazaniu sieciowych konotacji danego zjawiska. Wyróżnianie poszczególnych zjawisk i ich *cyber-*odpowiedników miało większe niż dziś znaczenie. Trop ten znajduje potwierdzenie w definicjach słownikowych, za którymi podać można, że *cyber-*to „pierwszy człon wyrazów złożonych wskazujący na ich związek z informatyką, a zwłaszcza z Internetem”⁵⁰, albo wręcz, że jest to „częstka dodawana do rzeczowników i przymiotników oznaczająca, że są one związane z komunikowaniem się przez sieć komputerową lub z wirtualną rzeczywistością”⁵¹. W świetle takiego założenia, przedrostek *cyber-* (w tym w wyrazie „cyberprzestępczość”) nie powinien być stosowany do określania zjawisk i zdarzeń oderwanych od związku z siecią teleinformatyczną, czyli mających miejsce poza „cyberprzestrzenią” tworzoną przez więcej niż jeden system komputerowy⁵². Takie podejście wprost potwierdzają także wyniki przeprowadzonych wśród ekspertów badań ankietowych, w których respondenci podkreślali, że „przedrostek *cyber-* wskazuje, że jest to przestępczość związana z cyberprzestrzenią rozumianą jako środowisko sieciowe”⁵³.

⁴⁷ W. Kasprzak, *Ślady...*, *op. cit.*, s. 27.

⁴⁸ A. Petee, J. Corzine, L. Huff-Corzine, J. Clifford, *Defining 'cyber crime'...*, *op. cit.*

⁴⁹ *Communication...*, COM (2007) 267, *op. cit.*

⁵⁰ Słownik Wyrazów Obcych, Wydawnictwo Naukowe PWN, Warszawa 2009, s. 160.

⁵¹ A. Markowski, R. Pawelec, *Wielki słownik wyrazów obcych i trudnych*, Warszawa 2007, s. 137.

⁵² Za interesującą językowo można przy tym uznać zależność, że poza pewnymi wyjątkami przedrostek *cyber-* stosowano wobec zjawisk niepożądanych lub związanych z nimi (cyberprzestępstwo, cyberatak, cyberbezpieczeństwo itp.), w przeciwieństwie do przedrostka *e-* (e-administracja, e-bankowość, e-mail itp.).

⁵³ P. Cisek, *Cyberprzestępczość i jej zwalczanie z innej perspektywy*, (w:) J. Kosiński (red.), *Przestępczość Teleinformatyczna*, Szczytno 2015, s. 25–26; P. Cisek, *Analiza percepcji cyberprzestępczości w środowisku eksperckim*, (w:) J. Kosiński (Red.), *Przestępczość teleinformatyczna*, Szczytno 2016, s. 11–51.

W konsekwencji „cyberprzestępczość” nie może stanowić prawidłowego zamiennika dla „przestępczości komputerowej” na gruncie merytorycznym wynikającym z analizy logicznej. Wykorzystanie sieci jest oczywiście bardzo częstym elementem *modus operandi* sprawców np. włamań do systemów komputerowych, lecz nie stanowi niezbędnego znamienia takiego czynu. Wywołanie szkód poprzez wprowadzenie do systemu złośliwego oprogramowania czy też uszkodzenie danych, uzyskanie nieautoryzowanego dostępu do systemu lub danych, czy digitalizacja dziecięcej pornografii na domowym komputerze – wszystkie te i wiele więcej czynów bezpośrednio związanych z wykorzystaniem komputera może być popełnionych *offline*.

Fakt, że systemy komputerowe są wykorzystywane do popełniania czynów zabronionych niekoniecznie za pośrednictwem Internetu, potwierdzają też wyniki badania aktowego przeprowadzonego na obszarze właściwości Sądu Okręgowego w Warszawie w 2019 r.⁵⁴ Wśród przeanalizowanych spraw (n=370) 18,9% stanowiły czyny popełnione przy udziale sprzętu komputerowego bez wykorzystania w tym celu sieci teleinformatycznych (np. poprzez wprowadzenie przez sprawcę złośliwego oprogramowania do komputera *offline* bezpośrednio z zewnętrznego nośnika). Tym samym należy opowiedzieć się za częściową przynajmniej rozdzielnością zakresów znaczeniowych pojęć „cyberprzestępczość” i „przestępczość komputerowa”⁵⁵.

Rozróżnienie to jest zarazem spójne z rozumieniem także innych, funkcjonujących w dyskursie prawniczym i społecznym zjawisk negatywnych, którym nadawany jest przedrostek *cyber-* właśnie dla zaznaczenia ich „sieciowych” konotacji (np. cyberbullying⁵⁶, cyberprzemoc⁵⁷, cyberdyskredytacja⁵⁸ itp.)⁵⁹. Nie należy jednak utożsamiać z tego powodu „cyberprzestępstw” i „przestępstw internetowych” – a to chociażby z powodu istnienia innych niż Internet sieci teleinformatycznych⁶⁰. Dobrym polskojęzycznym odpowiednikiem „cyberprzestępczości” mógłby być wykorzystywany już w literaturze, choć coraz mniej chętnie stosowany i nieco archaicznie brzmią-

⁵⁴ Badaniu poddano sprawy prowadzone z różnych kwalifikacji prawnych w sądach rejonowych okręgu Warszawskiego prawomocnie zakończone w latach 2016–2018 (n = 370), zob.: P. Lewulis, *Dowody cyfrowe – teoria i praktyka kryminalistyczna w polskim postępowaniu karnym*, Warszawa 2021.

⁵⁵ Por.: R. Bryant, S. Bryant, *Policing*, *op. cit.*, s. 23–26.

⁵⁶ J. Pyżalski, *Agresja elektroniczna i cyberbullying jako nowe ryzykowne zachowania młodzieży*, Kraków 2012; J. Pyżalski (Red.), *Cyberbullying: zjawisko, konteksty, przeciwdziałanie*, Łódź 2012.

⁵⁷ J. Barlińska, A. Szuster, *Cyberprzemoc: o zagrożeniach i szansach na ograniczenie zjawiska wśród adolescentów*, Warszawa 2016.

⁵⁸ A. Lipka, M. Król, S. Waszczak, A. Winnicka-Wejs, *Cyberdyskredytacja pracowników: uwarunkowania, formy, implikacje*, Warszawa 2016.

⁵⁹ Warto też dla równowagi zwrócić uwagę na pozytywną asocjację przedrostka *e-* w dyskursie technologicznym (e-handel, e-mail, e-administracja itp.).

⁶⁰ Por. A. Adamski, *Prawo...*, *op. cit.* s. 33; M. Siwicki, *Cyberprzestępczość*, *op. cit.*, s. 20.

cy, termin „przestępczość teleinformatyczna”. Pogląd taki jest uprawniony także na gruncie normatywnym. Skoro – w myśl definicji wynikających z obowiązujących w Polsce aktów prawnych i dokumentów rządowych – „cyberprzestępczość” to „przestępstwa w cyberprzestrzeni”, a „cyberprzestrzeń” to „przestrzeń (...) tworzona przez systemy teleinformatyczne”⁶¹. Samo istnienie dyscypliny „teleinformatyki” stanowiącej wspólny sukces nauk informatycznych i telekomunikacyjnych dość dobrze oddaje istotę tego zagadnienia.

W świetle tych rozważań w pozytywnie należy ocenić określanie cyberprzestępczości jako dosłownie „przestępczość w cyberprzestrzeni”⁶² lub, tak jak określono to w Polityce Ochrony Cyberprzestrzeni RP z 2013 r., gdzie zdefiniowano cyberprzestępczość jako „czyny zabronione popełnione w obszarze cyberprzestrzeni”⁶³. Rozwiązanie takie jest niestety obciążone błędem logicznym polegającym na definiowaniu nieznanego przez nieznanie („cyberprzestrzeń” nadal pozostaje bowiem pojęciem rozumianym, pomimo istniejących definicji, dość intuicyjnie).

Spójną z powyższymi rozważaniami definicję cyberprzestępczości można konstruować w oparciu o wewnętrzne regulacje obowiązujące w organach ścigania. Może na to pozwolić na przykład wykładnia treści Zarządzenia nr 2 Komendanta Głównego Policji z dnia 1 kwietnia 2016 r. w sprawie regulaminu Komendy Głównej Policji⁶⁴ (w brzmieniu zmienionym zarządzeniem z dnia 18 listopada 2018 r. powołującym do istnienia Biuro do Walki z Cyberprzestępczością). Zgodnie z § 16a ust. 1 zmienionego zarządzenia Biuro realizuje zadania „związane z tworzeniem warunków do efektywnego wykrywania sprawców przestępstw popełnionych przy użyciu nowoczesnych technologii teleinformatycznych”. Tym samym uznać można, że wykorzystanie technologii teleinformatycznych (czyli sieciowych) stanowi konstytutywny element tego, czym jest owa „cyberprzestępczość”, do walki z którą zostało powołane ww. Biuro.

⁶¹ M.in. w art. 2 ust. 1 b. Ustawy z dnia 29 sierpnia 2002 r. o stanie wojennym oraz o kompetencjach Naczelnego Dowódcy Sił Zbrojnych i zasadach jego podległości konstytucyjnym organom Rzeczypospolitej Polskiej (Dz. U. z 2002 r., Nr 156, poz. 1301 ze zm.). System teleinformatyczny” zdefiniowano w art. 3 pkt 3 ustawy z dnia 17 lutego 2005 r. o informatyzacji działalności podmiotów realizujących zadania publiczne (Dz. U. z 2005 r., Nr 64, poz. 565 ze zm.) jako „zespół współpracujących ze sobą urządzeń informatycznych i oprogramowania zapewniający przetwarzanie, przechowywanie a także wysyłanie i odbieranie danych przez sieci telekomunikacyjne za pomocą właściwego dla danego rodzaju sieci telekomunikacyjnego urządzenia końcowego (w rozumieniu ustawy Prawo telekomunikacyjne)”.

⁶² J. Vogel, Towards a Global Convention Against Cybercrime, First World Conference on Penal Law, 19–23 listopada 2007, Guadalajara (Meksyk) s. 1; por.: J. Kosiński, Paradygmaty..., *op. cit.*, s. 88.

⁶³ Polityka Ochrony Cyberprzestrzeni Rzeczypospolitej Polskiej, Ministerstwo Administracji i Cyfryzacji 2013, s. 5, online: http://m.mc.gov.pl/files/strategia_cyberbezpieczenstwa_rzeczypospolitej_polskiej_na_lata_2017_-_2022.pdf, dostęp 19 czerwca 2019 r.

⁶⁴ Dz. Urz. KGP z 2016 r., poz. 13.

Mniej trafnie, choć podobnie cyberprzestępczość została zdefiniowana dla potrzeb organizacyjnych prokuratury w Rozporządzeniu Ministra Sprawiedliwości z dnia 7 kwietnia 2016 r. – Regulamin wewnętrznego urzędowania powszechnych jednostek organizacyjnych prokuratury, zgodnie z którym są to „...przestępstwa z wykorzystaniem Internetu oraz zaawansowanych technologii i systemów informatycznych (cyberprzestępczość)”⁶⁵. Za zdefiniowany można też uznać termin „cyberprzestępczość zorganizowana”, którą stanowią „przestępstwa (...) z wykorzystaniem Internetu oraz zaawansowanych technologii i systemów komputerowych o zasięgu krajowym i międzynarodowym (cyberprzestępczość zorganizowana)”⁶⁶.

W oparciu o powyższe spostrzeżenia, „cyberprzestępstwo” w praktyce oznaczać powinno te przestępstwa, w przy których popełnieniu rolę odegrało wykorzystanie sieci teleinformatycznej. Stanowi więc ono kategorię jednoznacznie węższą od „przestępstwa komputerowego” (a szerszą od np. „przestępstwa internetowego”, a to ze względu na sygnalizowane istnienie innych niż Internet sieci teleinformatycznych). Zaproponowane podejście polegające w istocie na ścisłym powiązaniu „cyberprzestępstwa” z aktywnością sieciową nie jest być może jedynym słusznym rozwiązaniem związanych z nim problemów terminologicznych, choć niewątpliwie uzasadnionym na gruncie etymologicznym i historyczno-społecznym. Pozwoli natomiast na zachowanie jednolitości siatki terminologicznej. O ile jednak termin „przestępczość komputerowa” może być postrzegany w kategoriach publicystycznych, to „cyberprzestępczość” należy dziś do nich z całą pewnością.

Podsumowanie – propozycja definicji „przestępczości komputerowej”

U progu trzeciej dekady XXI wieku zagrożenie ze strony sprawców czynów zabronionych wykorzystujących w celu ich popełnienia systemy i sieci komputerowe, jest wysokie jak nigdy dotąd. Panujący przez dziesięciolecia chaos terminologiczny wydaje się obecnie zmniejszony dzięki ogromnej popularności terminu „cyberprzestępczość”, który jednak pozbawiony jest ścisłego znaczenia. Niestety, swoboda w tym zakresie może wydawać się nadmierna – nawet traktując „cyberprzestępczość” jako hasło mające jedynie wywoływać określone skojarzenia, i tak nie w pełni nadaje się ono do tego celu. Wywoływane skojarzenia mogą być bowiem odmienne u różnych odbiorców.

⁶⁵ Rozporządzenie Ministra Sprawiedliwości z dnia 7 kwietnia 2016 r. – Regulamin wewnętrznego urzędowania powszechnych jednostek organizacyjnych prokuratury (Dz. U. z 2016 r., poz. 508), § 29 ust. 2 pkt 2.

⁶⁶ Rozporządzenie Ministra Sprawiedliwości z dnia 7 kwietnia 2016 r. – Regulamin wewnętrznego..., *op. cit.*, § 20 pkt 1) lit. b).

Aby jednak zachować jednolitość siatki pojęciowej w obszarze polskich nauk penalnych, jako punkt wyjścia proponuję przyjęcie uznanej na ogół przez praktykę i utrwalonej w literaturze polskiej systematykę i podział „przestępstw komputerowych” zaprojektowane przez A. Adamskiego. Poniższa modyfikacja tego podziału wynika, po pierwsze, z uznania centralnego dla kryminalistyki znaczenia faktu pozostawiania śladów przestępstw w systemach informatycznych („przestępczość komputerową w ujęciu karno-procesowym”). Po drugie, z uzupełnienia tej klasyfikacji o relację w stosunku do terminów uzupełniających (cyberprzestępstwo, nadużycie komputerowe).

Biorąc to pod uwagę, za zdecydowanie najszersze należy uznać pojęcie „nadużyć komputerowych”; są nimi wszystkie nieetyczne działania związane z użyciem komputera niezależnie od zakresu jego kryminalizacji (nadużyciem w tym sensie będzie zarówno przestępstwo *stricto* komputerowe, jak i np. prowadzenie „podwójnego życia” w Internecie). Tak rozumiane nadużycia też mogą znajdować się w zainteresowaniu organów ścigania – np. dostarczać informacji operacyjnych na temat dopiero planowanych przestępstw czy też stanowić nowe zachowania, których kryminalizację należy rozważyć (czego przykładem może być przyjęcie stosunkowo niedawno art. 200a k.k.)⁶⁷.

Węższą, choć wciąż bardzo szeroką, kategorię stanowi pojęcie „przestępstw komputerowych *sensu largo*” (lub: „związanych z wykorzystaniem/użyciem komputera”). Odnosi się ono do niehomogenicznego zbioru przestępstw⁶⁸ w związku z którymi w dowolnym systemie informatycznym pozostaną dane istotne z punktu widzenia ścigania sprawcy lub dowodzenia jego winy. W jej ramach wyróżnić można kilka, wzajemnie niewykluczających się kategorii:

- „przestępstwa *stricto* komputerowe” – czyli zamachy skierowane na systemy, dane i programy komputerowe, w których stają się one przedmiotem przestępstwa (na przykład czyny polegające na włamaniu do systemu informatycznego i zakłóceniu jego funkcjonowania). Obecność systemów informatycznych stanowi na ogół znamię takiego czynu, a jego popełnienie nie jest co do zasady możliwe poza środowiskiem komputerowym (jak np. w przypadku czynu z art. 287 czy 269a k.k.);
- „przestępstwa komputerowe (przeciwko określonemu dobru chronionemu)” – czyli wszystkie czyny zabronione (nie wyłączając *stricto* komputerowych), w których system informatyczny stanowi narzędzie zamachu przeciwko dobru chronionemu i stanowi to znamię czynu za-

⁶⁷ Przepis dodano ustawą z dnia 5 listopada 2009 r. (Dz. U. z 2009 r., Nr 206, poz. 1589) w dostosowanie polskiego prawa do postanowień Konwencji Rady Europy z Lanzarote o ochronie dzieci przed seksualnym wykorzystaniem i niegodziwym traktowaniem w celach seksualnych (Dz. U. z 2015 r., poz. 608).

⁶⁸ A więc tylko czynów objętych kryminalizacją.

bronionego w myśl ustawy karnej, choć to samo przestępstwo mogłoby być popełnione również bez jego wykorzystania (np. w zakresie czynu z art. 267 k.k.);

- „inne przestępstwa komputerowe dla celów dowodowych” (lub przestępstwa z elementem komputerowym) – są kategorią obejmującą dwie powyższe kategorie oraz wszystkie pozostałe czyny, których znamienia ustawowego nie stanowi wykorzystanie systemu informatycznego (np. art. 286 § 1 k.k.), lecz mieszczących się w pojęciu „przestępstw komputerowych *sensu largo*” ze względu na powstanie w związku z ich popełnieniem⁶⁹ danych w formie cyfrowej o ewentualnym znaczeniu dowodowym. Będzie tak co do zasady w przypadku każdego przestępstwa, w toku którego wykorzystany został sprzęt komputerowy. Czyny tej kategorii mają więc najważniejsze znaczenie z punktu widzenia kryminalistyki, gdyż definiowane są poprzez powstanie dowodów cyfrowych przestępstwa.

Czyn należący do dowolnej z powyższych kategorii może jednocześnie stanowić „cyberprzestępstwo” lub nie – w zależności od tego czy w realiach konkretnej sprawy została wykorzystana sieć teleinformatyczna, czy też czyn był popełniony wyłącznie *offline*. Mimo, że współcześnie większość przestępstw tego typu popełniana jest z wykorzystaniem sieci (zwłaszcza Internetu), prawidłowy podział logiczny powyższych kategorii terminologicznych wymaga uwzględnienia tej odrębności. Zaproponowana klasyfikacja nie pretenduje do miana uniwersalnej i jedynej słusznej. Podobnie jak inne dotychczasowe, ma ona w dużym stopniu charakter konwencyonalny.

Bibliografia

1. Adamski A., Prawo karne komputerowe, Warszawa 2000.
2. Banasiński C. (red.), Cyberbezpieczeństwo. Zarys wykładu, Warszawa 2018.
3. Barlińska J., Szuster A., Cyberprzemoc: o zagrożeniach i szansach na ograniczenie zjawiska wśród adolescentów, Warszawa 2016.
4. Bossowski A., Nadużycia komputerowe i ochrona informacji, Studia Kryminologiczne, Kryminalistyczne i Penitencjarne 1976, nr 4.
5. Bryant R., Bryant S., Policing digital crime, Ashgate 2014.

⁶⁹ Ale już nie bezpośrednio ze ściganiem – skorzystanie z systemu informatycznego przez przedstawicieli organów ścigania chociażby do uzyskania danych osobowych w drodze sprawdzenia ich w policyjnej bazie danych również pozostawi „istotne dowodowo dane” we właściwym systemie informatycznym, choć nie będą to dane podlegające badaniom kryminalistycznym.

6. Ciszek P., Analiza percepcji cyberprzestępczości w środowisku eksperckim, (w:) J. Kosiński (red.), *Przestępczość teleinformatyczna*, Szcztyno 2016.
7. Ciszek P., *Cyberprzestępczość i jej zwalczanie z innej perspektywy*, (w:) J. Kosiński (red.), *Przestępczość Teleinformatyczna*, Szcztyno 2015.
8. Communication from the Commission to the Council, The European Parliament, the European Economic and Social Committee and the Committee of the Regions: Creating a Safer Information Society by Improving the Security of Information Infrastructures and Combating Computer-Related Crime, COM (2000)890, Bruksela 26 stycznia 2001.
9. Communication from the Commission to the Council, The European Parliament, the European Economic and Social Committee and the Committee of the Regions: Network and Information Security: Proposal for a European Policy Approach, COM (2001) 298, Bruksela 6 czerwca 2001.
10. Communication from the Commission to the Council, The European Parliament, the European Economic and Social Committee and the Committee of the Regions: Towards a general policy on the fight against cyber crime, COM (2007) 267, Bruksela 22 maja 2007.
11. Dz. Urz. KGP z 2016 r., poz. 13.
12. European Cybercrime Centre (EC3), online: <https://www.europol.europa.eu/about-europol/european-cybercrime-centre-ec3>, dostęp 19 czerwca 2019 r.
13. Gawinecki J., Hołyst B., Identyfikacja zagrożeń cyberprzestrzeni i przeciwdziałanie im, (w:) B. Hołyst (red.), *Technika kryminalistyczna w pierwszej połowie XXI wieku – wybrane problemy*, Warszawa 2014.
14. Hollinger R. C., *Crime, Deviance, and the Computer*, Dartmouth 1997.
15. Hołyst B., *Kryminalistyka*, Warszawa 2010.
16. Jakubski K., *Przestępczość komputerowa – podział i definicja*, *Problemy Kryminalistyki* 1997, nr 217.
17. Jakubski K., *Przestępczość komputerowa – próba zdefiniowania zjawiska*, (w:) R. Skubisz (red.), *Internet – problemy prawne*, Lublin 1999.
18. Joint Communication to the European Parliament, The Council, The European Economic and Social Committee and the Committee of the Regions: Cybersecurity Strategy of the European Union – An Open, Safe and Secure Cyberspace, JOIN (2013) 1, Bruksela 7 lutego 2013 r. z 2013 r.
19. Kabay M., A brief history of computer crime, online: <http://www.mekabay.com/overviews/history.pdf>, dostęp 19 czerwca 2020 r.
20. Kadir R.M., The scope and nature of computer crime statuses – a critical comparative study, *German Law Review* 2010, vol. 11, nr 6.

21. Kasprzak W., Ślady cyfrowe: studium prawnokryminalistyczne, Warszawa 2015, s. 50–66.
22. Kliś M., Przestępczość w Internecie, zagadnienia podstawowe, Czasopismo Prawa Karnego i Nauk Penalnych 2000, nr 1.
23. Konwencja o Cyberprzestępczości, sporządzona w Budapeszcie 23 listopada 2001 r. (Dz. U. z 2015 r., poz. 728).
24. Kosiński J., Paradygmaty Cyberprzestępczości, Warszawa 2015.
25. Kunicka-Michalska B., Komentarz do art. 222–316, (w:) Wąsek A. (red.), Kodeks Karny – cz. Szczegółowa. Komentarz, Warszawa 2006.
26. Lem S., Cyberiada, Wydawnictwo Literackie 1965.
27. Lewulis P., Dowody cyfrowe – teoria i praktyka kryminalistyczna w polskim postępowaniu karnym, Warszawa 2021.
28. Liderman K., Bezpieczeństwo informacyjne, Wydawnictwo Naukowe PWN 2012, s. 60–66; oraz ten sam autor w: Cyberprzestrzeń i inne „definicje”, (w:) J. Kosiński (red.), Przestępczość Teleinformatyczna, Szczepiński 2015.
29. Lillemoose J., Kryger M., The (Re)invention of Cyberspace, Kunstkrítikk, online: <http://www.kunstkrítikk.com/kommentar/the-reinvention-of-cyberspace/>, dostęp 19 czerwca 2020 r.
30. Lipka A., Król M., Waszczak S., Winnicka-Wejs A., Cyberdyskredytacja pracowników: uwarunkowania, formy, implikacje, Warszawa 2016.
31. Maciołek M., Adaptacja terminów informatycznych w języku ogólnym i stylu artystycznym, Biblioteka Postscriptum Polonistycznego 2013.
32. Markowski A., Pawelec R., Wielki słownik wyrazów obcych i trudnych, Warszawa 2007.
33. Marshall A.M., Tompsett B.C., Spam ‘n’ chips, a discussion of Internet crime, Science and Justice 2002, vol. 42, no. 2.
34. Moon B., McCluskey J. D., McCluskey C.P., A general theory of crime and computer crime: an empirical test, Journal of Criminal Justice 2010, nr 38.
35. Newitz A., The Bizarre Evolution of the Word „Cyber”, Gizmodo 16 września 2016 r., online: <https://io9.gizmodo.com/today-cyber-means-war-but-back-in-the-1990s-it-mean-1325671487>, dostęp 19 czerwca 2020 r.
36. OECD, Computer Related Crime: analysis of legal Policy, Paryż 1985.
37. Parker D.B., Computer Crime – Criminal Justice resource manual, U. S. Department of Justice 1989 r.
38. Parker D.B., Computer Crime Assessment, Stanford Research Institute Report 1975; D. B. Parker, Crime by Computer, Nowy Jork 1976.
39. Petee A., Corzine J., Huff-Corzine L., Clifford J., Defining ‘cyber crime’: issues In determining the nature and scope of computer offenses, s. 8,

- online: <http://sciences.ucf.edu/fwg/wp-content/uploads/sites/157/2016/11/PeteeV5.pdf>, dostęp 19 czerwca 2020 r.
40. Polityka Ochrony Cyberprzestrzeni Rzeczypospolitej Polskiej, Ministerstwo Administracji i Cyfryzacji 2013, s. 5, online: http://m.mc.gov.pl/files/strategia_cyberbezpieczenstwa_rzeczypospolitej_polskiej_na_lata_2017_-_2022.pdf, dostęp 19 czerwca 2019 r.
 41. Pyżalski J. (Red.), Cyberbullying: zjawisko, konteksty, przeciwdziałanie, Łódź 2012.
 42. Pyżalski J., Agresja elektroniczna i cyberbullying jako nowe ryzykowne zachowania młodzieży, Kraków 2012.
 43. Rozporządzenie Ministra Sprawiedliwości z dnia 7 kwietnia 2016 r. – Regulamin wewnętrznego urzędowania powszechnych jednostek organizacyjnych prokuratury (Dz. U. z 2016 r., poz. 508).
 44. Sieber U., Legal Aspects of Computer-Related Crime in the Information Society – COMCRIME Study, University of Wurzburg (raport przygotowany na zlecenie Komisji Europejskiej) 1998.
 45. Siwicki M., Cyberprzestępczość, Warszawa 2013.
 46. Siwicki M., Nielegalna i szkodliwa treść w Internecie – aspekty prawno-karne, Warszawa 2011.
 47. Siwicki M., Podział i definicja cyberprzestępstw, Prokuratura i Prawo 2012, nr 7–8.
 48. Słownik Wyrazów Obcych, Wydawnictwo Naukowe PWN, Warszawa 2009.
 49. Sommer P., The future for the policing of cybercrime, Computer Fraud and Security 2004, nr 1.
 50. Szmit M. (Red.), Elementy informatyki sądowej, Polskie Towarzystwo Informatyczne 2011.
 51. Trentowski B.F., Stosunek filozofii do cybernetyki, czyli sztuki zarządzania narodem, 1834.
 52. Ustawa z dnia 17 lutego 2005 r. o informatyzacji działalności podmiotów realizujących zadania publiczne (Dz. U. z 2005 r., Nr 64, poz. 565 ze zm.).
 53. Ustawa z dnia 29 sierpnia 2002 r. o stanie wojennym oraz o kompetencjach Naczelnego Dowódcy Sił Zbrojnych i zasadach jego podległości konstytucyjnym organom Rzeczypospolitej Polskiej (Dz. U. z 2002 r., Nr 156, poz. 1301 ze zm.).
 54. Vogel J., Towards a Global Convention Against Cybercrime, First World Conference on Penal Law, 19–23 listopada 2007, Guadalajara (Meksyk).
 55. Wall D., Cybercrime: the transformation of crime in the information age, Polity Press 2007.
 56. Wasilewski J., Zarys definicyjny cyberprzestrzeni, Przegląd Bezpieczeństwa Wewnętrznego 2013, nr 9.

57. Wasilewski J., Przestępczość w cyberprzestrzeni – zagadnienia definicyjne, Przegląd Bezpieczeństwa Wewnętrznego 2016, nr 15.
58. Wiener N., Cybernetics or Control and Communication in the Animal and the Machine, Nowy Jork 1948;
59. Xingan Li J., Cyber crime and Legal Countermeasures; A historical analysis, International Journal of Criminal Justice Sciences 2017, vol. 12(2).
60. Zalesińska A., Pęcherzewski P., Rodzewicz P., Zagrożenia związane z rozwojem nowych technologii, (w:) Burdziak A., Cieślak Ł., Goździa-szek Ł., Kotecka S., Pęcherzewski P., Rodzewicz P., Zalesińska A., Technologia informacyjna dla prawników, Wrocław 2011.
61. Zmasowany atak hakerów. Premier zwołała sztab kryzysowy, New-sweek 28 czerwca 2017 r., online: <http://www.newsweek.pl/polska/atak-hakerow-zaatakowane-polskie-firmy,artykuly,412431,1.html>, dostęp 19 czerwca 2020 r.

Differences in definitions between cybercrime and computers crime for practical and research purposes

Abstract

Despite lacking strict definitions, concepts of “cybercrime” and “computer crime” are widely present in journalism, scientific literature and official documents. However, the practical application and research design require a distinction to be made between the two concepts. In the absence of legal definitions, the difference between the concepts may be made based on an analysis of various available definitions, with due consideration given to socio-historical contexts. The analysis reveals strong network-related connotations for the term “cybercrime”, thus making “cybercrime” a narrower concept.

Key words

Cybercrime, computer crime, computer abuse.

Udział prokuratora w rozprawie i posiedzeniu zdalnym

Streszczenie

Artykuł ma na celu odpowiedzieć na pytanie badawcze o ocenę nowelizacji przepisu art. 374 k.p.k. w zakresie dotyczącym zdalnego udziału prokuratora w rozprawie głównej postępowania karnego. W celu odpowiedzi na główne pytanie badawcze, należy odpowiedzieć na pytania szczegółowe. W pierwszej kolejności należy rozważyć, czy w ogóle zdalny udział prokuratora nie stoi w sprzeczności z naczelną zasadą procesową – zasadą bezpośredniości. Kolejną częścią artykułu będzie formalno-dogmatyczna analiza przepisów pozwalających na zdalny udział prokuratora w postępowaniu karnym, pod kątem spójności z pozostałymi przepisami Kodeksu postępowania karnego. Ostatnim istotnym pytaniem z punktu widzenia oceny regulacji jest, czy stworzona normatywna konstrukcja może zrealizować wskazane przez projektodawcę cele.

I. Koncepcja rozprawy zdalnej z punktu widzenia zasady bezpośredniości

Należy zauważyć, że sama koncepcja odmiejszczenia rozprawy lub posiedzenia generuje wiele wątpliwości dotyczących gwarancji procesowych. Wydaje się zasadne stwierdzenie, że w kontekście oceny regulacji pozwalającej na udział prokuratora w sposób zdalny w rozprawie lub posiedzeniu należy rozważyć przede wszystkim zasadę bezpośredniości. Istotne jest dostrzeżenie, że to co stanowi *novum* w polskim procesie karnym to uregulowanie pozwalające na przeprowadzenie całej rozprawy w sposób zdalny¹.

W początkowej części artykułu warto rozważyć zatem, czy zasada bezpośredniości stoi na przeszkodzie zdalnemu przeprowadzeniu rozprawy. Ponieważ przedmiotem rozważań jest zdalny udział prokuratora, to rozważania odnośnie do zasady bezpośredniości będą odnosiły się do niego.

¹ Ustawa z dnia 19 czerwca 2020 r. o dopłatach do oprocentowania kredytów bankowych udzielanych przedsiębiorcom dotkniętym skutkami COVID-19 oraz o uproszczonym postępowaniu o zatwierdzenie układu w związku z wystąpieniem COVID-19 (Dz. U. z 2020 r., poz. 1086, 1423 z późn. zm.); ustawa z dnia 6 czerwca 1997 r. – Kodeks postępowania karnego (Dz. U. z 2020 r., poz. 30, 413, 568, 1086, 1458).

Postawić należy pytanie, na ile zasada bezpośredniości pozwala na udział zdalny prokuratora w rozprawie lub posiedzeniu. Zasada ta jest definiowana w literaturze jako dyrektywa, zgodnie z którą organ procesowy powinien zetknąć się osobiście ze źródłem i środkiem dowodowym, a ustalenia powinny być przede wszystkim dokonywane w oparciu o środek dowodowy o charakterze pierwotnym². Innymi słowy, istotą tej zasady jest, aby pomiędzy sędzią poznającym przeszłość, a samą przeszłością ogniwa dowodowe były zredukowane do minimum, ponieważ – jak wynika z doświadczenia zarówno życiowego, jak i procesowego – im więcej ogniw pośrednich, tym większe niebezpieczeństwo zniekształceń na drodze poznania prawdy³. Dodać należy, że zasada bezpośredniości zawiera w sobie trzy węższe dyrektywy, które są ze sobą ściśle powiązane. W literaturze znajduje się ich następujące rozwinięcie⁴. Pierwsza z nich sprowadza się do tego, że sąd powinien opierać się jedynie na dowodach przeprowadzonych na rozprawie. Druga stanowi, że sąd orzekający powinien zetknąć się w sposób bezpośredni ze źródłami i środkami dowodowymi. Trzecia zaś dyrektywa sprowadza się do dążenia do tego, aby sąd opierał się głównie na dowodach pierwotnych⁵. Istotne jest zauważenie, że zasada bezpośredniości może też być ujmowana jako komponent przy rekonstrukcji zasady rzetelnego procesu⁶.

Zasadne jest jednak pytanie, skoro adresatem tej zasady jest sąd, to czy w takim ujęciu właściwe jest rozważanie zasady bezpośredniości w stosunku do stron, w tym do oskarżyciela publicznego. Należy jednak zauważyć, że pierwsza dyrektywa może być ujęta także w ten sposób, że jej celem jest połączenie uprawnienia sądu do dokonywania ustaleń faktycznych na podstawie przeprowadzonych w toku rozprawy dowodów z prawem stron do udziału w rozprawie. Innymi słowy dyrektywa ta wyraża gwarancję ustalania przez sąd ustaleń faktycznych wyłącznie na podstawie dowodów przeprowadzonych na rozprawie. W rozprawie zaś mogą zawsze uczestniczyć strony, co łącznie stanowi pewną korelację z zasadą kontradyktoryjności. Należy zatem postawić jako hipotezę w niniejszym artykule pogląd wyrażony w literaturze w opisywanym kontekście, że wszelkie odstępstwa od zasady bezpośredniości są dla stron niekorzystne⁷.

Projektodawca w uzasadnieniu do projektu ustawy (Druk sejmowy nr 362) wskazał, że przeprowadzenie czynności procesowej lub udział w czynności procesowej w formie zdalnej nie narusza zasady bezpośrednio-

² S. Waltoś, P. Hofmański, *Proces karny. Zarys systemu*, Warszawa 2016, s. 267.

³ T. Grzegorzczak, J. Tylman, *Polskie postępowanie karne*, Warszawa 2014, s. 93.

⁴ T. Grzegorzczak, J. Tylman, *Polskie...*, s. 93.

⁵ T. Grzegorzczak, J. Tylman, *Polskie...*

⁶ P. Wiliński, (w:) P. Wiliński (red.), *Rzetelny proces karny w orzecznictwie sądów polskich i międzynarodowych*, Warszawa 2009, s. 32.

⁷ D. Świecki, *Bezpośredniość czy pośredniość w polskim procesie karnym*, Warszawa 2012, s. 24–25.

ści. Jako uzasadnienie tej tezy wskazano pogląd Sądu Najwyższego zawarty w postanowieniu z dnia 7 sierpnia 2013 r. w sprawie o sygnaturze II KK 153/13, zgodnie z którym w myśl zasady bezpośredniości „należy w toku postępowania dążyć do tego, aby sąd bezpośrednio zetknął się z poszczególnymi dowodami, zaś w odniesieniu do świadków, by składali swe zeznania w toku rozprawy przed sądem, odpowiadając na pytania stron i członków składu orzekającego. Takie bezpośrednie zetknięcie się z dowodem pozwala sądowi na jego najpełniejszą ocenę. Bezwzględne przestrzeganie tej zasady spowodowałoby jednak, że w szeregu spraw wydanie orzeczenia nie byłoby możliwe. Stąd ustawodawca wprowadził do kodeksu postępowania karnego przepisy stanowiące wyjątki od zasady bezpośredniości. Wyjątkiem takim jest przepis art. 391 § 1 k.p.k.” Zdaniem projektodawcy przeprowadzenie rozprawy z wykorzystaniem urządzeń technicznych pozwalających na zdalny udział uczestnika, pozwala na pełną i bezpośrednią czasowo możliwość zapoznania się z dowodem, a w szczególności z dowodem pochodzącym z osobowego źródła dowodu i wyznaczania przez sąd zakresu czynności poprzez zadawanie pytań osobie przesłuchiwanej.

Zauważa się, że w zakresie uzasadnienia projektodawca jest niespójny w określeniu stosunku zdalnego udziału w rozprawie jednego z uczestników postępowania do zasady bezpośredniości. Z jednej strony konstrukcja ta bowiem ma nie naruszać tej zasady, z drugiej jest od niej wyjątkiem⁸. Z kolei C. Kulesza wprost wskazuje, że nie można się bez zastrzeżeń zgodzić z tym, aby taka konstrukcja mogła być zgodna z zasadą bezpośredniości. Odwołuje się w tym zakresie do uwag w literaturze do wprowadzonej nowelizacją Kodeksu postępowania karnego z 31 sierpnia 2011 r. instytucji rozprawy odmiejscowionej w trybie przyspieszonym. Wskazani autorzy – J. Zagrodnik, jak i C. Kulesza – podnoszą także, że istnieje potencjalny problem w zdalnej rozprawie wobec jednego uczestnika w zakresie realizacji zasady prawa do obrony, równości broni oraz kontradiktoryjności.

Na tym tle poczynić należy dwie uwagi. W pierwszej kolejności, w zakresie zasady bezpośredniości, nie sposób nie zgodzić się z poglądem wyrażonym przez D. Świeckiego, a tym samym uznać powyższych poglądów za nietrafne. Wskazuje on, że pierwsza z dyrektyw zasady bezpośredniości, która nakazuje przeprowadzenie dowodu na rozprawie, jest w ramach rozprawy zdalnej spełniona. O ile bowiem strona, w tym oskarżyciel w osobie prokuratora, nie jest obecna na sali rozpraw, o tyle dzięki regulacji z art. 374 § 3–9 k.p.k. rozpoznanie sprawy następuje na rozprawie, choć strona przebywa w innym miejscu, a kontakt z sądem odbywa się przy zachowaniu urządzeń technicznych, dzięki którym możliwe jest w czasie rzeczywistym

⁸ J. Zagrodnik, (w:) J. Skorupka (red.), Kodeks postępowania karnego. Komentarz, Legalis, komentarz do art. 374.

uczestniczenie w przeprowadzaniu dowodów⁹. Autor ten zauważa także, że rozprawa przeprowadzana w sposób zdalny co do jednego uczestnika postępowania pozwala wciąż na uznanie zrealizowania drugiej dyrektywy zasady bezpośredniości. Dyrektywa ta zaleca bezpośredni kontakt sądu ze źródłem i środkiem dowodowym. O ile językowe znaczenie słowa „bezpośredni” nie mieści się w zakresie zdalnego przeprowadzania dowodów, o tyle z uwagi na bezpośredni przekaz obrazu i dźwięku sąd widzi i słyszy strony, obserwuje ich zachowanie, co pozwala na stwierdzenie, że ma takie same możliwości zmysłowego kontaktu ze źródłem dowodowym, jak podczas przesłuchania w zwyczajnym trybie. Niewątpliwie zatem cel dyrektywy zostaje spełniony. W przypadku zaś trzeciej dyrektywy zauważa się, że jest ona w pełni spełniona z uwagi na możliwość skorzystania z dowodu pierwotnego przez sąd¹⁰. Zgodzić się zatem trzeba, że zasada bezpośredniości jest zachowana w ramach zdalnego udziału uczestników w postępowaniu¹¹.

Druga uwaga wymaga przyznania słuszności poglądom J. Zagrodnika, w zakresie, w którym zauważa, że wprowadzenie w całości zdalnej rozprawy w stosunku np. do prokuratora, może powodować uszczuplenie zasady kontrydiktoryjności. Nie ulega wątpliwości, że zdalna rozprawa jako w pełni alternatywna do rozprawy prowadzonej w normalnym trybie, nieograniczona do sytuacji np. zagrożenia epidemicznego, rodzi słuszne wątpliwości na gruncie rzetelnego, kontrydiktoryjnego postępowania. Zasadą powinno być bowiem przeprowadzanie dowodów na rozprawie przy obecności zarówno oskarżyciela, jak i oskarżonego i ewentualnie jego obrońcy oraz ich aktywne uczestniczenie w przeprowadzaniu przez organ–sąd, dowodów, co wymaga także zapoznawania się przez tych uczestników w sposób organoleptyczny z dowodami. To właśnie taki układ, zapewniany przez zasadę bezpośredniości, daje gwarancję dojścia do prawdy materialnej w myśl metody dialektycznej poznania.

II. Analiza formalno-dogmatyczna regulacji

1. Charakter prawny zdalnego udziału prokuratora

Należy zauważyć, że wprowadzona regulacja nie ogranicza zastosowania rozprawy i posiedzenia zdalnego jedynie do okresu zagrożenia epidemicznego. Mimo iż w uzasadnieniu do rządowego projektu wskazano, że regulacja z art. 374 § 3–9 k.p.k. ma na celu zrealizowanie „potrzeb w zakre-

⁹ D. Świecki, (w:) D. Świecki (red.), Kodeks postępowania karnego. Tom I. Komentarz aktualizowany, LEX/el. 2020, komentarz do art. 374.

¹⁰ D. Świecki, (w:) Kodeks...

¹¹ Podobnie także: A. Lach, Udział oskarżonego w czynnościach procesowych w drodze wideokonferencji, *Prok. i Pr.* 2009, nr 9, s. 32.

się przyspieszenia postępowania, zmniejszenia uciążliwości dla jego uczestników i ograniczenia ryzyka związanego ze stanem epidemii lub stanem zagrożenia epidemicznego", to nie wychodząc poza płaszczyznę normatywną, stwierdzić należy, że jest to konstrukcja, która może tak naprawdę znaleźć zastosowanie przy każdej rozprawie i posiedzeniu, o ile warunki techniczne na to pozwalają. Wpłynąć to może pozytywnie na przyspieszenie postępowań, a przez to na realizację zasady koncentracji materiału procesowego. Z uwagi na odesłanie do przepisu art. 517ea k.p.k. niewątpliwie jeszcze bardziej ustawodawca podkreśla kwestię ustności rozprawy.

Rozważając charakter prawny omawianej regulacji należy zwrócić uwagę na pewne rozróżnienie, które nabiera znaczenia wskutek wprowadzenia omawianych przepisów. Ustawodawca wprowadził bowiem zróżnicowanie między stawiennictwem a udziałem w rozprawie. Udział jest pojęciem szerszym i obejmuje zarówno stawiennictwo, jak i udział zdalny. Zauważyć takie zróżnicowanie można w przepisach art. 374 § 1 k.p.k. – „oskarżony ma prawo brać udział w rozprawie”, § 3 – „przewodniczący, na wniosek prokuratora, wyraża zgodę na jego udział w rozprawie przy użyciu urządzeń technicznych...”, a także § 4 – „Przewodniczący może zwolnić z obowiązku stawiennictwa na rozprawie oskarżonego, oskarżyciela posiłkowego albo oskarżyciela prywatnego, którzy są pozbawieni wolności, jeżeli zostanie zapewniony udział tych stron w rozprawie przy użyciu urządzeń technicznych”. To daje podstawę do wnioskowania, że zdalny udział prokuratora w rozprawie i posiedzeniu nie jest na gruncie procesu karnego równoważny stawiennictwu. Takiej dyferencjacji językowej nie sprzeciwia się treść przepisu art. 46 § 1 k.p.k. Stosownie do tego przepisu, w sprawach o przestępstwa ścigane z oskarżenia publicznego udział oskarżyciela publicznego w rozprawie jest obowiązkowy, jeżeli ustawa nie stanowi inaczej. Ustawodawca wskazuje na „udział”, co można łączyć w myśl wskazanej wyżej koncepcji zarówno ze stawiennictwem, jak i zdalnym udziałem. Pewna niespójność terminologiczna przy przyjęciu tej dyferencjacji zachodzi w § 2 art. 46 k.p.k. zdanie pierwsze, który stanowi, że jeżeli postępowanie przygotowawcze zakończyło się w formie dochodzenia, niestawiennictwo oskarżyciela publicznego na rozprawie nie tamuje jej toku. Wykładnia takiego sformułowania przy uwzględnieniu proponowanego rozróżnienia prowadziłaby do nielogicznych wniosków. Przez wzgląd jednak na zdanie drugie tego samego przepisu – którego treść stanowi, że przewodniczący lub sąd mogą uznać obecność oskarżyciela publicznego za obowiązkową, można jednak uznać, że w zdaniu pierwszym chodzi także o obecność, a nie stawiennictwo.

2. Przesłanki zastosowania

Wydaje się, że ustawodawca nie wskazuje w treści przepisu żadnego warunku zastosowania zdalnego udziału prokuratora w rozprawie lub posie-

dzeniu. Oznacza to, że forma zdalna rozprawy i posiedzenia byłaby w pełni alternatywną formą prowadzenia postępowania przed sądem. Należy się zastanowić w tym zakresie nad tym, jaki jest proces decyzyjny zastosowania tego trybu oraz czy rzeczywiście należy traktować tę konstrukcję jako pozbawioną jakiejkolwiek przesłanki.

Verba legis przewodniczący wyraża zgodę na udział prokuratora w rozprawie zdalnej na wniosek prokuratora, o ile nie stoją temu na przeszkodzie względy techniczne. Z takiej formuły kodeksowej wynika zatem, że w gestii przewodniczącego pozostaje jedynie stwierdzenie, czy jest możliwe przeprowadzenie rozprawy lub posiedzenia w formie zdalnej z punktu widzenia technicznych możliwości – a zatem *de facto*, czy jest na wyposażeniu sądu dostępna w danym czasie kamera z mikrofonem, a także czy jest sprawne łącze do przekazywania obrazu i dźwięku w czasie rzeczywistym. W przypadku, gdy takie warunki są możliwe, przewodniczący ma obowiązek wyrazić zgodę. Formą tej zgody powinno być zarządzenie (art. 93 § 2 k.p.k.). Warto zwrócić uwagę, że w odróżnieniu od podobnych konstrukcji (np. z art. 358 k.p.k.), przesłanka istnienia warunków technicznych nie ma charakteru ocennego. Tak naprawdę zatem przewodniczący nie ma co do zasady możliwości sprzeciwienia się zastosowaniu zdalnego udziału prokuratora, bowiem stwierdzenie istnienia tych warunków nie zależy od oceny. Jeśli natomiast przewodniczący nie wyraziłby zgody, mimo istnienia warunków technicznych, to uznać należy, że doszło do obrazy przepisów postępowania w rozumieniu art. 438 pkt 2 k.p.k., z tym jednak zastrzeżeniem, że raczej trudno wyobrazić sobie układ procesowy, gdy miałyby to wpływ na treść orzeczenia, czego jednak nie sposób wykluczyć na poziomie rozważań teoretycznych. Przykładem skłaniającym do takiej refleksji mogłaby być sytuacja, gdy przewodniczący odmawia zdalnego udziału prokuratorowi z innego powodu niż brak warunków technicznych.

Powyższa analiza stanowi asumpt do postawienia pytania, czy takie sformułowanie nowego przepisu art. 374 § 3 k.p.k. nie rodzi obawy o nadużywanie możliwości zdalnego udziału prokuratora w zdalnej rozprawie lub posiedzeniu. Rozważenie tego należy przeprowadzić w dwóch aspektach. W pierwszej kolejności, czy aby na pewno można mówić o nadużywaniu takiej instytucji, w sytuacji w której istotnym problemem polskiego wymiaru sprawiedliwości jest brak udziału prokuratora w rozprawie głównej. Być może nadużywanie tego sposobu uczestnictwa nie tylko doprowadzi do zwiększenia udziału oskarżyciela publicznego w rozprawie, ale także spowodowałoby *de facto* zwiększenie udziału prokuratora referenta w danej sprawie. Praktyka funkcjonowania prokuratury, wynikająca z zasady indyferencji, zgodnie z którą każdy prokurator może być zastąpiony przez innego w toku procesu w każdej fazie¹², wskutek czego na rozpra-

¹² R. A. S t e f a ń s k i, *Metodyka pracy prokuratora w sprawach karnych*, Warszawa 2017, s. 43.

wie nie zawsze jest obecny prokurator prowadzący lub nadzorujący postępowanie przygotowawcze w danej sprawie, o ile bez wątpienia jest nieunikniona z przyczyn logistycznych funkcjonowania prokuratury, o tyle nie sposób nie dostrzec jej dysfunkcjonalności. Być może zapewnienie możliwości zdalnego udziału prokuratora w rozprawie i posiedzeniu przyczyni się do zwiększenia tym samym rzetelności postępowania.

Drugim aspektem odpowiedzi na postawione pytanie jest, czy dobrym zjawiskiem byłoby, gdyby zdalna rozprawa lub posiedzenie przybrało charakter alternatywny (w rozumieniu równorzędnego prawnie) wobec tradycyjnie prowadzonego postępowania sądowego. Wydaje się, że taka praktyka, umożliwiona normatywnie przez fakt braku jakiegokolwiek przesłanki zastosowania zdalnego udziału prokuratora, prowadziłaby do *de facto* odmieszczenia postępowania sądowego, a przez to utraty kontroli nad przebiegiem rozprawy przez przewodniczącego.

Rozważyć jednak można w kontekście wcześniejszych uwag, czy mimo braku jakichkolwiek *de facto* przesłanek zastosowania zdalnego udziału prokuratora w rozprawie lub posiedzeniu, przewodniczący ma możliwość sprzeciwienia się wnioskowi prokuratora. Odpowiedź na to pytanie nie jest jednoznaczna, mimo że pozornie treść przepisu nie pozostawia wątpliwości. Postawić jednak należy hipotezę, że wniosek prokuratora nie będzie uwzględniony w pewnych przypadkach.

W pierwszej kolejności zauważyć należy, że wniosek prokuratora jako pismo procesowe musi spełniać wymogi wskazane w przepisie art. 119 § 1 k.p.k. Konsekwencje związane z brakami formalnymi pisma procesowego wskazuje przepis art. 120 § 1 i 2 k.p.k. Jeżeli brak jest tego rodzaju, że pismo nie może otrzymać biegu, albo brak polega na niezłożeniu należytych opłat lub upoważnienia do podjęcia czynności procesowej, wzywa się osobę, która wniosła pismo, do usunięcia braku w terminie 7 dni. W przypadku zaś zaniechania uzupełnienia pismo uznaje się za bezskuteczne. Zarówno wezwanie, jak i uznanie pisma za bezskuteczne powinno nastąpić w formie zarządzenia przewodniczącego. Dodać należy, że w praktyce będzie chodzić o sytuację, gdy prokurator złoży wniosek w formie pisma procesowego pomiędzy terminami rozpraw lub posiedzeń, bądź przed rozpoczęciem rozprawy lub posiedzenia. W przypadku złożenia wniosku ustnie do protokołu uwagi te nie będą miały zastosowania.

Drugim przypadkiem, gdy wniosek prokuratora nie zostanie uwzględniony to układ procesowy, w którym na rozprawie jest obowiązkowy udział oskarżyciela publicznego, stawia się prokurator na termin, jednakże w trakcie rozprawy składa on wniosek o przeprowadzenie dalszej części rozprawy w trybie zdalnym w stosunku do innego prokuratora, dzięki czemu w rozprawie brałoby udział dwóch oskarżycieli publicznych, w tym jeden w sposób zdalny. Wówczas uznać należy, że przewodniczący będzie mógł odmówić

uwzględnienia wniosku. Podstawy do takiej decyzji można wywodzić w samym nowym przepisie § 3 art. 374 k.p.k., w którym można dostrzec, że *verba legis* ustawodawca stanowi, że „przewodniczący, na wniosek prokuratora, wyraża zgodę na jego udział w rozprawie”. Przy ścisłej językowej wykładni tego przepisu można wywodzić, że podmiot wnioskujący ma być podmiotem korzystającym ze zdalnej rozprawy, a zatem że nie można „dla kogoś” składać wniosku. Drugim, mającym normatywne oparcie, powodem odmowy uwzględnienia takiego wniosku może być przepis art. 366 § 1 k.p.k. Stanowi on *in principio* o tym, że przewodniczący kieruje rozprawą i czuwa nad jej prawidłowym przebiegiem. W doktrynie wskazuje się, że regulacja ta stanowi m.in. o kierownictwie formalnym, w ramach którego do obowiązków przewodniczącego należy strzeżenie tego, aby uczestnicy postępowania mieli realną możliwość realizacji uprawnień procesowych¹³. Uprawnieniem zaś, które jest realizowane przez przepis art. 374 § 3 k.p.k. jest prawo do udziału prokuratora w rozprawie lub posiedzeniu. Ma ono wymiar rzeczywisty, gdy prokurator w ogóle miałby się nie stawić. Jednakże w opisanym powyżej przykładzie, potrzeba udziału prokuratora (w przypadku jego obligatoryjnego udziału) jest zaspokojona w przypadku stawiennictwa choćby jednego prokuratora. Takie odczytywanie tej regulacji jest także spójne z zasadą szybkości postępowania oraz zasadą koncentracji materiału procesowego.

Uzupełniając i podsumowując tę część rozważań, stwierdzić należy, że brak wskazania przez ustawodawcę przesłanek przeprowadzenia rozprawy lub posiedzenia w formie zdalnej dla prokuratora ocenić należy jako w części właściwy. Zauważyć należy, że każde uprawnienie uczestnika postępowania w fazie jurysdykcyjnej, które pozostaje poza kontrolą sądu lub przewodniczącego, zmniejsza jego charakter jako *dominus litis* tego stadium. Właściwsze byłoby rozwiązanie, w którym przewodniczący miałby obowiązek wyrażenia zgody na zdalny udział prokuratora, na skutek jego uzasadnionego wniosku. W świetle obecnego uregulowania natomiast można odnieść wrażenie, że prokurator jest uprawniony do wnioskowania o zdalny udział w rozprawie lub posiedzeniu także wtedy, gdy nie ma żadnej obiektywnej podstawy prócz komfortu wynikającego z braku potrzeby stawiennictwa w sądzie. Jak jednak wskazano, taka formuła kodeksowa może mieć swoje pozytywne skutki dla praktyki wymiaru sprawiedliwości.

3. Zakres podmiotowy konstrukcji z art. 374 § 3 k.p.k.

Rozprawa o charakterze zdalnym w ramach konstrukcji opartej o przepis art. 374 k.p.k. jest inicjowana wyłącznie w drodze wniosku prokuratora. W zakresie § 4 art. 374 k.p.k. ustawodawca wskazuje na – różniącą się – regulację dotyczącą pozostałych stron, czyli oskarżonego, oskarżyciela po-

¹³ D. Świecki, (w:) Kodeks..., komentarz do art. 366.

siłkowego oraz oskarżyciela prywatnego. Nie wydaje się jednak, aby z takiego sformułowania wynikało uprawnienie tych podmiotów do złożenia wniosku¹⁴. Prawidłowe wydaje się rozumowanie w świetle którego, w przypadku gdy pozostałe podmioty są pozbawione wolności, a ich stawiennictwo jest obowiązkowe, wówczas przewodniczący może zwolnić z obowiązku stawiennictwa, o ile udział zdalny może być zapewniony. Jest to zatem norma prawna zapewniająca uprawnienie przewodniczącemu, a nie uczestnikom postępowania. W takim przypadku w miejscu przebywania strony, a zatem w Zakładzie Karnym lub Areszcie Śledczym przebywać musi referendarz sądowy lub asystent sędziego, zatrudniony w sądzie, w którego okręgu strona przebywa, zaś obrońca może przebywać bądź w sądzie, bądź przy oskarżonym.

W związku z powyższym stwierdzić należy, że wyłącznie uprawnionym do złożenia stosownego wniosku jest – *verba legis* – prokurator¹⁵. Zasadne natomiast jest pytanie, czy słusznie ustawodawca wskazał prokuratora zamiast oskarżyciela publicznego. Na poziomie wykładni językowej zdaje się to ograniczać bez żadnego uzasadnienia podmiotowy zakres rozprawy lub posiedzenia zdalnego jedynie do prokuratora. Nie sposób bowiem znaleźć innego argumentu dla przeciwnego poglądu, niż tego o charakterze wykładni *strictae* językowej. Argumentem przemawiającym za krytyczną oceną takiego zakreszenia podmiotów uprawnionych, jest fakt, że przepisy postępowania karnego nie powinny stanowić przywileju dla Prokuratury, a zapewniać rzetelny proces karny. Rola prokuratora jako oskarżyciela publicznego jest co do zasady tożsama jak innych – nieprokuratorskich – oskarżycieli publicznych. Zadaniem oskarżyciela publicznego jest bowiem wniesienie i popieranie oskarżenia – o czyn ścigany z urzędu (*arg. ex. art. 10 § 1 k.p.k. in fine*). Powody dla których brak możliwości stawiennictwa oskarżyciela publicznego utrudniałby lub uniemożliwiał prowadzenie rozprawy bądź posiedzenia, są tożsame w przypadku wszystkich możliwych oskarżycieli publicznych. Należy jednak przyjąć, że o ile z jednej strony wydaje się zasadne rozważanie, czy sformułowania „prokurator” nie można dekodować jako oskarżyciel publiczny, to z drugiej na przeszkodzie ku temu stają ogólne reguły wykładni, zgodnie z którymi wykładnia rozszerzająca jest niedopuszczalna w przypadku norm kompetencyjnych¹⁶.

Należy także uznać, że szczególnym podmiotem mogącym występować w charakterze oskarżyciela publicznego jest aplikant prokuratorski. Zgodnie

¹⁴ Inaczej C. Kułesza, (w:) K. Dudka (red.), Kodeks postępowania karnego. Komentarz, LEX/el. 2020, komentarz do art. 374.

¹⁵ Podobnie: D. Świecki, (w:) Kodeks..., komentarz do art. 366 oraz C. Kułesza, (w:) Kodeks..., komentarz do art. 374.

¹⁶ A. Choduń, M. Zieliński, System prawa karnego procesowego: zagadnienia ogólne. T. 1, cz. 2, Warszawa 2013, s. 599.

z przepisem art. 183 § 2 ustawy prawo o prokuraturze¹⁷ aplikant prokuratorski, po ukończeniu 12 miesięcy aplikacji prokuratorskiej może występować przed sądem rejonowym w charakterze oskarżyciela publicznego w sprawach o przestępstwa zagrożone karą nieprzekraczającą 5 lat pozbawienia wolności lub karą łagodniejszego rodzaju oraz o wykroczenia, a także przed tym sądem w postępowaniu wykonawczym. W tym przypadku nie budzi jednak wątpliwości, że pojęcie „prokurator” można także poprzez wskazaną regulację dekodować jako aplikant prokuratorski.

Bez wątplenia natomiast przyjąć należy, że zgodnie z zasadą indyferencji uprawnionym do złożenia wniosku jest każdy prokurator, z tym zastrzeżeniem, że powinien być to prokurator, który rzeczywiście żąda rozprawy lub posiedzenia w trybie zdalnym. Jego zastosowanie powinno mieć bowiem charakter wyjątkowy w stosunku do rozprawy w stacjonarnym trybie (mimo braku normatywnych podstaw do takiego twierdzenia), stąd prokuratorem powinna kierować jakaś okoliczność osobista lub powszechna, ale poparta obiektywnymi okolicznościami przy składaniu wniosku, jak np. sytuacja epidemiczna, czy obiektywne przesłanki uniemożliwiające mu stawiennictwo w sądzie – np. zamieć śnieżna.

4. Zakres przedmiotowy

Forma zdalna rozprawy przewidziana w art. 374 § 3–8 k.p.k. znajduje zastosowanie poprzez przepis art. 96a k.p.k. także do posiedzeń. Takie uregulowanie jest co do zasady prawidłowe. Brak jest powodów dla dyferencjacji w tym zakresie. Należy jednak postawić hipotezę, że samo odesłanie zostało niewłaściwie skonstruowane.

Ustawodawca dokonuje normatywnego zrównania zdalnego udziału prokuratora w posiedzeniu i rozprawie w przepisie art. 96a k.p.k. Wskazać należy na pewien brak spójności pomiędzy regulacją posiedzenia i rozprawy w formie zdalnej. W przepisie art. 100 § 10 k.p.k., również dodanym omawianą nowelizacją, ustawodawca wskazuje, że podmiot lub stronę, która bierze udział w posiedzeniu przy użyciu urządzeń technicznych umożliwiających udział w posiedzeniu na odległość z jednoczesnym bezpośrednim przekazem obrazu i dźwięku, na którym wydano postanowienie albo zarządzenie, uznaje się za „obecną przy ogłoszeniu” postanowienia albo zarządzenia w rozumieniu § 4 lub 6 art. 100 k.p.k. Brak jest jednak takiego uregulowania w stosunku do rozprawy. Na tym tle należy wskazać kilka kwestii. W pierwszej kolejności, sama regulacja zawarta w przepisie art. 100 § 10 k.p.k. wydaje się normatywnie niepotrzebna. Wynika to z tego co zostało zawarte w uwagach powyższych, w świetle których udział zdalny w rozpra-

¹⁷ Ustawa z dnia 28 stycznia 2016 r. Prawo o prokuraturze (tekst jedn. Dz. U. 2019 r., poz. 740 z dnia 23 kwietnia 2019 r.).

wie czy posiedzeniu należy traktować jako tożsamy z udziałem w sposób stacjonarny, mimo iż nie jest tym samym co stawiennictwo. Pogląd podważający zasadność tego uregulowania znajduje także oparcie w literaturze¹⁸. Natomiast w związku z tym, że ustawodawca wprowadził przepis art. 100 § 10 k.p.k. należy postawić pytanie, czy skoro brak jest odesłania do rozprawy, bądź analogicznego uregulowania w przypadku drugiego z forum postępowania sądowego, to czy wówczas można twierdzić, że zdalny udział jest równoznaczny z obecnością przy ogłoszeniu postanowienia lub zarządzenia, czy też wyroku. Należy uznać, że takie rozumowanie, o ile mają uzasadnienie w wykładni systemowej wewnętrznej, o tyle sprzeciwia się mu wykładnia funkcjonalna i językowa. Udział w rozprawie w formie zdalnej jest to udział osobisty, a nie przez przedstawiciela czy w inny sposób. Warto tu powtórzyć proponowaną dystynkcję terminologiczną, w świetle której uznać należy, że ustawodawca na gruncie przepisów m.in. art. 374 § 3–9 k.p.k. wprowadza rozróżnienie między udziałem zdalnym a stawiennictwem. Jednakże, na gruncie przepisu art. 100 § 10 k.p.k. dodać należy, że te dwa pojęcia tworzą tak naprawdę dychotomiczny podział form uczestnictwa w rozprawie. „Udział” jako pojęcie nadrzędne, może mieć formę „stawiennictwa” bądź „udziału zdalnego”. Każda z tych form udziału natomiast musi być uznana jako obecność na rozprawie lub posiedzeniu. Nie da się bowiem brać udziału, nie będąc uznanym za obecnego. Udział bowiem jest to coś więcej niż tylko obecność. Jest to też zgodne z językowym znaczeniem tych pojęć. Obecność bowiem to „znajdowanie się gdzieś, przebywanie czasowe; bytność”, zaś udział to „działanie (jednostki, zespołu, grupy) w akcji zbiorowej”¹⁹. Po wtóre, wskazuje się, że skoro ustawodawca odsyła do odpowiedniego stosowania przepisu art. 517ea k.p.k., a na gruncie tej regulacji nie budziła omawiana kwestia do tej pory wątpliwości, to należy uznać, że obecność uczestników postępowania w formie zdalnej jest zrównana z braniem udziału w rozprawie²⁰.

5. Aspekty temporalne zdalnego udziału prokuratora w rozprawie lub posiedzeniu

Uznać należy, że skoro ustawodawca nie określa w żaden sposób terminu złożenia wniosku przez prokuratora, to wynikać on musi z chronologii przebiegu postępowania sądowego. Niejednokrotnie ustawodawca przewiduje uprawnienia uczestników postępowania jurysdykcyjnego bez wskazania terminu do skorzystania z niego. Wskazać dla przykładu można regulację z art. 357 § 1 k.p.k., zgodnie z którą sąd zezwala przedstawicielom środków masowego przekazu na dokonywanie za pomocą aparatury utrwałeń obrazu

¹⁸ D. Świecki, (w:) Kodeks..., komentarz do art. 374.

¹⁹ E. Sobol (red.), *Ilustrowany słownik języka polskiego*, Warszawa 2004, s. 515 i 961.

²⁰ D. Świecki, (w:) Kodeks...

i dźwięku z przebiegu rozprawy, czy też art. 358 k.p.k., stosownie do którego sąd na wniosek strony wyraża zgodę na utrwalenie przez nią przebiegu rozprawy za pomocą urządzenia rejestrującego dźwięk, jeżeli nie przemawia przeciw temu wzgląd na prawidłowość postępowania. Uznać zatem należy, analogicznie do tych regulacji, że z przyczyn logistycznych wniosek taki powinien być złożony przed rozprawą lub posiedzeniem. Z konieczności traktowania tej konstrukcji jako wyjątkowej w stosunku do rozprawy i posiedzenia odbywanego w stacjonarny sposób, należy uznać, że taki wniosek powinien być składany przed każdym kolejnym terminem. Oczywiście prawidłowe będzie złożenie ustnie do protokołu *de facto* podtrzymania wniosku o przeprowadzenie rozprawy lub posiedzenia ze zdalnym udziałem prokuratora na poprzednim terminie. Z uwagi na fakt zasady indyferencji, warto także zaznaczyć, że uznanie możliwości złożenia jednego wniosku na cały przebieg rozprawy (jeżeli rozprawa odbywałaby się na wielu terminach) byłoby niecelowe. Uznać należy także, że stawienie się prokuratora do sądu, mimo wcześniejszego złożenia wniosku nie będzie wywoływało żadnej konsekwencji procesowej. Samo stawiennictwo będzie oznaczało cofnięcie wniosku *per facta concludentia*.

6. Odesłanie do przepisu art. 517ea k.p.k.

Znowelizowany przepis art. 374 k.p.k. w § 9 przewiduje, że przepisy art. 517ea k.p.k. stosuje się odpowiednio. Ponieważ jest on umieszczony w ostatnim paragrafie przepisu, stąd uznać należy, że ma zastosowanie do całej regulacji, w tym także do § 4. Argumentem za stosowaniem tego przepisu także do zdalnego udziału prokuratora jest użycie przez ustawodawcę pojęcia „odpowiednio”. W przypadku stosowania wprost należałoby uznać, że przepis ten nie znajduje zastosowania do prokuratora, skoro treść art. 517ea k.p.k. w całości odnosi się do zdalnego udziału oskarżonego. Przepis art. 517ea k.p.k. ma zastosowanie w postępowaniu przyspieszonym do tych podmiotów, które biorą udział w rozprawie w sposób zdalny. W przypadku postępowania przyspieszonego udział ten jest – co oczywiste – zapewniony wobec strony biernej procesu karnego. Wobec tego uznać należy, że nawet w przypadku, gdy zdalny udział jest zapewniany w stosunku do prokuratora, wówczas zastosowanie znajduje norma przepisu art. 517ea k.p.k., zgodnie z którą uczestnicy postępowania mogą składać wnioski oraz inne oświadczenia oraz dokonywać czynności procesowych wyłącznie ustnie do protokołu. Ponadto, należy uznać, że o treści wszystkich pism procesowych nie pochodzących od prokuratora, które wpłynęły do akt sprawy od chwili przekazania do sądu wniosku o zdalne prowadzenie sprawy, sąd jest obowiązany poinformować przy najbliższej czynności procesowej prokuratora. Na żądanie prokuratora sąd ma obowiązek odczytać treść tych pism. Zgodnie zaś ze stosowanym odpowiednio przepisem § 2 art. 517ea k.p.k. pisma proce-

sowe prokuratora, których nie można było przekazać do sądu, mogą być przez niego odczytane na rozprawie. Z chwilą ich odczytania wywołują one skutek procesowy i są traktowane jako czynności dokonane w formie ustnej.

7. Czy na zarządzenie o uznaniu wniosku przysługuje odwołanie stosownie do art. 373 k.p.k.

Zasadą wynikającą z przepisu art. 373 k.p.k. jest, że od zarządzeń przewodniczącego wydanych na rozprawie głównej przysługuje odwołanie do składu orzekającego, chyba że sąd orzeka jednoosobowo. W literaturze wyrażono pogląd, z którym należy się zgodzić, że *per analogiam* komentowany przepis powinien mieć zastosowanie podczas posiedzeń, gdy odbywają się one w składzie kolegiальnym z udziałem stron i innych uczestników postępowania²¹. Wynika z tego, że skoro przewodniczący w przedmiocie zdalnego udziału prokuratora wydaje zarządzenie to będzie przysługiwało na nie stronom odwołanie. Wydaje się, że z uwagi na brak zróżnicowania przez ustawodawcę – *lege non distinguente* – odwołanie będzie przysługiwało zarówno od uznania wniosku, jak i w przypadku jego nieuwzględnienia bądź uznania za bezskuteczny.

8. Czy prokurator ma być w todze

Należy także poruszyć kwestię, czy w czasie zdalnej rozprawy lub posiedzenia prokurator jako oskarżyciel publiczny powinien mieć na sobie togę. Kwestię tę reguluje wydane na podstawie upoważnienia ustawowego zawartego w przepisie art. 36 § 6 ustawy prawo o prokuraturze, rozporządzenie Ministra Sprawiedliwości z dnia 4 lipca 2016 r. w sprawie określenia stroju urzędowego prokuratorów biorących udział w rozprawach sądowych. Stosownie do § 1 tego rozporządzenia strojem urzędowym prokuratorów biorących udział w rozprawie sądowej jest toga. Użycie słowa rozprawa w tym przepisie należy odczytywać także jako posiedzenie w rozumieniu przepisów k.p.k., z uwagi na konieczność uwzględnienia, że istnieje zróżnicowanie terminologiczne, jak i koncepcyjne co do forum procesowego w procedurach cywilnej, karnej i administracyjnej, a przepisy rozporządzenia nie determinują, o której procedurze mowa. Należy także podkreślić, że prawodawca na gruncie rozporządzenia wskazuje na „branie udziału” w rozprawie, stąd – zważywszy na powyższe rozważania – uznać należy, że także gdy prokurator bierze zdalny udział w rozprawie lub posiedzeniu, jest obowiązany do noszenia stroju urzędowego.

9. Dysproporcja uprawnień

Można odnieść wrażenie, że ustawodawca nie zapewnia równego dostępu do zdalnej rozprawy lub posiedzenia stronom postępowania jurysdykcyj-

²¹ D. Świecki, (w:) Kodeks..., komentarz do art. 373.

nego. Należy jednak postawić hipotezę, że nierówność ta stanowi uzasadnioną dyferencjację, a nie jawne naruszenie zasady równości broni. Należy zwrócić bowiem uwagę, że symetryczne rozwiązanie do tego, jakie zapewniono prokuratorowi w stosunku do oskarżonego i obrońcy mogłoby stanowić instrument służący do obstrukcji procesowej. Ponadto, uprawnienia przysługujące przewodniczącemu takie jak np. wydalenie oskarżonego na pewien czas z sali rozpraw w przypadku zakłócania rozprawy, po bezskutecznym upomnieniu, stają się awykonalne w przypadku zdalnego udziału oskarżonego.

Należy jednak uznać, że o ile sama dyferencjacja na tej płaszczyźnie jest słuszna i prawidłowa, o tyle konkretny kształt, jaki został nadany tej konstrukcji wymaga korekty. Wynika to z tego, co już wcześniej zostało wykazane, a mianowicie że prokurator nie powinien dysponować niczym nieograniczonym uprawnieniem do żądania zdalnej rozprawy. Gdyby uprawnienie prokuratora zostało uzależnione np. od złożenia uzasadnionego wniosku, wówczas obecny kształt dostępu strony bierniej postępowania sądowego do rozprawy i posiedzenia zdalnego, mimo że wciąż nie byłby idealnie symetryczny, to jednak dysproporcja ta byłaby w pełni akceptowalna.

III. Ocena regulacji

Podsumowując rozważania i odpowiadając jednocześnie na główne pytanie badawcze postawione w artykule należy stwierdzić, że regulacja ta jest niewątpliwie konieczna. Nie sposób nie wykorzystać obecnego stanu rozwoju technologicznego dla realizacji zadań wymiaru sprawiedliwości. Potrzeba taka jest ewidentna w okresie nie tylko epidemii, czy zagrożenia epidemicznego, ale także podobnych sytuacji, których na gruncie teoretycznych rozważań nie sposób przewidzieć. Niemniej, analiza formalno-dogmatyczna przepisów wykazała pewne niedociągnięcia. Jakkolwiek trudno się zgodzić z obawą wyrażoną przez J. Zagrodnika²², jakoby takie ukształtowanie uprawnienia prokuratora rodziło przerzucanie na sąd zadań i odpowiedzialności związanych z realizacją funkcji ścigania karnego, ale bez wątpienia należy się zgodzić z tym autorem, że uprawnienie z art. 374 § 3 k.p.k. jest zbyt daleko idące i ogranicza uprawnienia przewodniczącego jako *dominus litis* stadium jurysdykcyjnego wynikające chociażby z przepisu art. 366 § 1 k.p.k. Należy postulować *de lege ferenda*, aby formuła kodeksowa wymagała od wniosku prokuratora, aby był uzasadniony.

Należy także poddać ocenie to, czy regulacja ma szanse na zrealizowanie celu wskazanego przez projektodawców. Zgodnie z uzasadnieniem do

²² J. Zagrodnik, (w:) J. Skorupka (red.), Kodeks postępowania karnego. Komentarz, Legalis, komentarz do art. 374.

projektu ustawy (Druk 382), omawiana regulacja ma na celu poszerzenie możliwości zdalnego przeprowadzania wybranych czynności postępowania karnego, co ma służyć zwiększeniu szybkości, ograniczeniu kosztów oraz uciążliwości ponoszonych przez uczestników procesu, związanych ze stawiennictwem w sądzie. Drugim celem jest ograniczenie zagrożeń wynikających ze stanu epidemii. Stwierdzić należy, że pierwszy z tych celów nie powinien w ogóle zostać wskazany jako cel takiej regulacji. Przede wszystkim z uwagi na to, że tryb ten powinien być traktowany jako szczególny w stosunku do normalnie odbywanej rozprawy, z powodów wskazanych w poprzednich częściach artykułu. Zrozumiałe byłoby takie określenie celu jako drugorzędnego, będącego konsekwencją – pozytywnym skutkiem ubocznym – wprowadzenia udziału zdalnego uczestników postępowania.

W zakresie drugiego z celów wskazanych przez projektodawcę należy uznać, że nowe przepisy art. 373 § 3–9 k.p.k. co do zasady są wystarczające. Zdalny udział prokuratora czy innego uczestnika postępowania w oczywisty sposób zmniejsza ryzyko związane z epidemią w stosunku do uczestników. Jednak wskazać trzeba, że drugi cel powinien być bądź inaczej zdefiniowany bądź powinno się wskazać inną kwestię jako jeszcze kolejny cel. Wymagać bowiem należy od ustawodawcy, aby wprowadzane tego typu rozwiązania umożliwiały rzetelny wymiar sprawiedliwości w dobie np. izolacji związanej z pandemią. W tym zakresie można uznać, że regulacja ta ma szanse na zrealizowanie celów, jednakże w przeważającej części zależy to od woli organów procesowych co do stosowania przyjętej konstrukcji rozprawy i posiedzenia zdalnego.

Bibliografia

1. Bojańczyk A. (red.), System prawa karnego procesowego: zagadnienia ogólne. T. 1, cz. 2, Warszawa 2013.
2. Dudka K. (red.), Kodeks postępowania karnego. Komentarz, LEX/el. 2020.
3. Grzegorzczak T., Tylman J., Polskie postępowanie karne, Warszawa 2014.
4. Lach A., Udział oskarżonego w czynnościach procesowych w drodze videokonferencji, Prok. i Pr. 2009, nr 9.
5. Skorupka J. (red.), Kodeks postępowania karnego. Komentarz, Legalis.
6. Sobol E. (red.), Ilustrowany słownik języka polskiego, Warszawa 2004, s. 515 i 961.
7. Stefański R. A., Metodyka pracy prokuratora w sprawach karnych, Warszawa 2017.
8. Świecki D., Bezpośredniość czy pośredniość w polskim procesie karnym, Warszawa 2013.

9. Świecki D. (red.), Kodeks postępowania karnego. Tom I. Komentarz aktualizowany, LEX/el. 2020.
10. Waltoś S., Hofmański P., Proces karny. Zarys systemu, Warszawa 2016.
11. Wiliński P. (red.), Rzetelny proces karny w orzecznictwie sądów polskich i międzynarodowych, Warszawa 2009.

Prosecutor's participation in a remote hearing

Abstract

This paper is to answer the research question about evaluation of the amendment to the provision of Article 374 of the Code of Criminal Procedure insofar as it relates to a prosecutor's joining core first-instance criminal proceedings remotely. To answer the main research question, specific questions need to be first addressed. So this paper first looks at whether remote participation by a prosecutor does not violate the primary procedural principle of direct examination. Then it offers a formal and dogmatic analysis of provisions, which allow for remote participation of a prosecutor in criminal proceedings, against their consistency with other provisions of the Code of Criminal Procedure. Finally, it comes to the last question essential for evaluation of the provision, that is whether the normative construct so created is capable of satisfying purposes identified by the drafter.

Andrzej Dana

Prawo o czynnościach operacyjno-rozpoznawczych

Streszczenie

Przedmiotem artykułu jest problematyka związana z jedną z newralgicznych prawnych form działania jaką jest czynność operacyjno-rozpoznawcza. Obecnie tą formą realizacji zadań posługuje się niezależnie od siebie dziesięć centralnych organów administracji publicznej. Ta forma działania w polskim systemie prawnym zawarta jest w ośmiu odrębnych ustawach o charakterze ustrojowym i kompetencyjnym powołujących do życia te podmioty. Autor opowiada się za wprowadzeniem odrębnego aktu prawnego regulującego kwestię stosowania określonych metod czynności operacyjno-rozpoznawczych przez każdy z tych organów. Skumulowanie w jednym akcie rangi ustawowej wszelkich zapisów wiążących się ze stosowaniem przez uprawnione organy tego bardzo wrażliwego narzędzia byłoby ze wszelkich miar uzasadnione. Wszelkie metody działania tych organów wiążą się bowiem z bezpośrednią ingerencją w prawa i wolności człowieka. Egzegeza ośmiu zapisów ustawowych prowadzi do wniosku wskazującego na generalną zasadność uchwalenia jednego aktu prawnego. W zakresie argumentacyjnym przytoczono postulaty de lege ferenda.

Słowa kluczowe

Metody, czynności operacyjno-rozpoznawcze, prawa i wolności, Policja, proces dowodowy, wykrywanie przestępstw.

1. Wprowadzenie

W obecnym obrocie prawnym funkcjonuje osiem ustaw o charakterze ustrojowo-kompetencyjnym dających uprawnienia do wszczęcia czynności operacyjno-rozpoznawczych przez wskazane w ich treści organy. Uwidacznia się tym samym wzrost znaczenia takich działań nie tylko w ramach realizacji zadań Policji, jak też innych organów, które zostały powołane do ujawniania oraz zwalczania określonego rodzaju przestępczości, jak też ochrony szeroko pojętego bezpieczeństwa wewnętrznego i zewnętrznego. Czynności operacyjno-rozpoznawcze leżą poza granicami procedury karnej proceso-

wej. Posiadają one jednak duże znaczenie dla procesu karnego w trakcie prowadzonych czynności dowodowych określonych przepisami kodeksu postępowania karnego. W wymiarze ścigania sprawców przestępstw silnie oddziałującym jest dążenie do operatywności procesu wykrywczego, dlatego też szczególnego znaczenia nabrały procedury zawierające się w działaniach operacyjno-rozpoznawczych, i w pewnym sensie widzi się w nich aspekt procesowy. Częste ich wykorzystywanie, a w zasadzie korzystanie z szerokiej gamy metod, a także tworzenie nowych narzędzi realizacji, dowodzi kreowania w polskim systemie prawa odrębnej dziedziny jako prawa o czynnościach operacyjno-rozpoznawczych. Korzystanie w procesie karnym z metod operacyjno-rozpoznawczych nie stanowi *novum*, sięgano po nie od dawna i były one widocznym narzędziem organów ścigania karnego. Wprowadza się coraz to nowsze metody realizacji tych czynności, nadając im prawne ramy; *de lege lata* zauważalne jest to, iż są one rozproszone w tekstach aż ośmiu ustaw. *De lege ferenda* należałoby zastanowić się nad jednym uregulowaniem, w postaci ustawy regulującej metody i zakres posługiwania się czynnościami operacyjno-rozpoznawczymi. Od dawna ta prawna forma działania organów ścigania (służb specjalnych) jest przedmiotem dociekań doktryny i posiada ona ogromną podbudowę naukową. Literatura przedmiotu jest znaczna, w gruntowny sposób opisuje oraz definiuje, czym są czynności operacyjno-rozpoznawcze i jaka jest ich rola w procesie karnym. W zasadzie jej lektura pozwala na wysunięcie wniosku, iż występuje tu jednolitość oceny ich charakteru, jak i zakresu posługiwania się tą prawną formą działania. Ugruntowaną cechą czynności operacyjno-rozpoznawczych jest powszechnie formułowana ich przydatność w działaniach organów ścigania, jako ta która następuje w relacji do czynności *stricto* procesowych. Zasadniczo niekwestionowane jest wykorzystywanie określonych metod czynności operacyjno-rozpoznawczych dla osiągnięcia celów postępowania przygotowawczego, jak i całości procesu karnego. Szybkość, jak i efektywność ścigania karnego w znacznej mierze determinują właśnie te czynności organów ścigania (Policja i inne służby), one to w dużej mierze ukierunkowują proces dowodowy. Czynności operacyjno-rozpoznawcze materializują się poprzez zastosowanie określonej ustawowo metody, i zajmują poczesne miejsce w zwalczaniu przestępczości oraz działań przeciwko bezpieczeństwu państwa. Zauważalna jest tendencja do poszerzania typu czynności operacyjno-rozpoznawczych, co znajduje odzwierciedlenie w postaci nowelizowanych zapisów ustawowych. Bez wątpienia utworzyło się prawo o czynnościach operacyjno-rozpoznawczych jako sfera koniecznej aktywności i reakcji wyspecjalizowanych organów, jednak jest ono rozproszone.

2. Ewolucja czynności operacyjno-rozpoznawczych

W polskim systemie prawnym przez długie lata ściganie karne opierało się na ustalaniu związku sprawcy z zaistniałym przestępstwem w drodze czynności procesowych realizowanych w ramach wszczętego procesu karnego. Na czoło wysuwa się jego główna norma zawierająca się w treści art. 303 k.p.k. jako ta uruchamiająca proces karny wobec zaistnienia uzasadnionego podejrzenia, że zostało popełnione przestępstwo. Podejmowane w ramach postępowania przygotowawczego czynności są działaniami następującymi *ex post*, tj. po wystąpieniu zdarzenia przestępczego. Obok procesu karnego, w ramach którego realizowane jest ściganie sprawców przestępstw funkcjonuje sfera umożliwiająca pozyskiwanie dowodów o osobach podejrzanych w drodze czynności opierających się na rozpoznawaniu i infiltrowaniu środowisk przestępczych. Tego rodzaju czynności podejmowane są jeszcze przed wszczęciem postępowania przygotowawczego, a ich cel ukierunkowany został na ujawnienie przestępstwa lub jego formy stadialnej. Wykorzystywane są one także w trakcie prowadzonego postępowania przygotowawczego współlistniejąc z nimi równolegle oraz po jego umorzeniu w trybie art. 322 § 1 k.p.k. oraz § 219 pkt 1 regulaminu wewnętrznego urzędowania powszechnych jednostek organizacyjnych prokuratury¹. Były i są one czynnościami pozaprocesowymi nakierowanymi na jak najwcześniejsze wykrycie zagrożenia, które niosło za sobą działanie sprawcy przestępstwa oraz zapobieżenia zrealizowania się tego niebezpieczeństwa. Ten układ ścigania karnego utrwał się samoistnie przez wiele lat jako wynik koegzystencji czynności procesowych i pozaprocesowych. Jednak na jego czoło zaczęły wysuwać się te ostatnie, nabierając coraz to większego znaczenia, uległy szybkiemu przeobrażeniu się co do możliwych metod. Zauważalnym stawało się, iż metody pozaprocesowe umożliwiają, a także dają szersze możliwości gromadzenia dowodów w toku toczącego się procesu karnego. Tego rodzaju czynności zaczęły być w coraz większym zakresie wykorzystywane na etapie postępowania przygotowawczego i nazywano je powszechnie operacyjno-rozpoznawczymi. Samo pojęcie czynności operacyjno-rozpoznawczej nie doczekało się swojej definicji legalnej pomimo tego, że często po nie sięgano i wykorzystywano.

W normatywnym wymiarze, pojęcie czynności operacyjno-rozpoznawczej pojawiło się w latach 80. XX wieku w ustawie z dnia 14 lipca 1983 r. o urzędzie Ministra Spraw Wewnętrznych i zakresie działania podległych mu organów². Z treści art. 6 ust. 1 tej ustawy wynika, że funkcjonariusze Służby

¹ Rozporządzenie Ministra Sprawiedliwości z dnia 7 kwietnia 2016 r. Regulamin wewnętrznego urzędowania powszechnych jednostek organizacyjnych prokuratury Dz. U. z 2017 r., poz. 1206.

² Dz. U. z 1983 r., Nr 38, poz. 172.

Bezpieczeństwa i Milicji Obywatelskiej w celu rozpoznawania, zapobiegania i wykrywania przestępstw i wykroczeń oraz innych działań godzących w bezpieczeństwo państwa lub porządek publiczny wykonują czynności: operacyjno-rozpoznawcze, dochodzeniowo-śledcze i administracyjno-prawne. Ustawa ta wskazywała tylko na samą kategorię czynności prawnej jako możliwości podejmowania takich działań służących określonym celom. Pomija się w jej treści aspekt definiowania legalnego, a nawet jego zakresu znaczeniowego, ustawodawca wymienia je obok czynności dochodzeniowo-śledczych i administracyjno-porządkowych. Nadano im jednak wyrazistą i rozległą ramę prawną, a przez fakt normotwórczy otrzymały one formalny charakter. Współcześnie w ustawach kompetencyjnych poszczególnych służb wskazuje się na te czynności i jednocześnie określa poszczególne ich metody. Można tu wskazać wstępnie na treść art. 14 ust. 1 ustawy o Policji stanowiącego o tym, iż w granicach swych zadań Policja wykonuje czynności: operacyjno-rozpoznawcze, dochodzeniowo-śledcze i administracyjno-porządkowe. Jednakże ustawodawca pomija kwestię zdefiniowania, czym są czynności operacyjno-rozpoznawcze. Niewątpliwie jest to jeden ze sposobów zwalczania przestępczości zawierający się w szerokim katalogu działań (metod) dających możliwość dostarczania materiału dowodowego. Ustawodawca podobnie w treści pozostałych siedmiu aktów prawnych regulujących działania wymienionych w nich organów nie definiuje, czym są czynności operacyjno-rozpoznawcze. Powołując się na ustawę o Policji wskazuje się w treści art. 1 ust. 1, iż tego rodzaju czynności będą służyły ochronie bezpieczeństwa ludzi oraz do utrzymywania bezpieczeństwa i porządku publicznego. Ustawodawca uznaje tym samym, że zapewnienie bezpieczeństwa obywatelom wymaga użycia tego sposobu walki z przestępczością i nazywa je czynnościami operacyjno-rozpoznawczymi.

Wykrywanie przestępstw i ściganie ich sprawców leży w sferze obowiązku organów powołanych do tego celu, a ten zawiera się w treści zasad określonych w art. 9 i 10 k.p.k. W pierwszym przypadku mamy do czynienia z zasadniczym trybem ścigania, który należy postrzegać z perspektywy koniecznej reakcji prawnokarnej. W jego treści ustawodawca zawarł normę stanowiącą o tym, że organy ścigania (organy procesowe) prowadzą postępowanie i dokonują czynności z urzędu, chyba że ustawa uzależnia je od wniosku określonej osoby, instytucji lub organu albo od zezwolenia władzy. Z tego wynika, iż w toku postępowania przygotowawczego wszelkie czynności dowodowe należy wykonywać z urzędu, a nie oczekiwać na wnioski o ich przeprowadzenie ze strony jego uczestników. Zasada ścigania z urzędu nazywana także zasadą oficjalności, ścigania *ex officio* posiada swoje uzasadnienie oraz zakotwiczenie w zasadzie państwa prawa. Jest ona rezultatem popełnionego przestępstwa i daje organom ścigania karnego (procesowym) nie tylko uprawnienie, ale tworzy obowiązek podjęcia niezbędnych działań

(*ius et officium puniendi*) – przysługuje ono państwu działającemu za pomocą powołanych do tego celu organów.

W drugim przypadku, zgodnie z treścią art. 10 k.p.k. organ powołany do ścigania przestępstw jest obowiązany do wszczęcia i przeprowadzenia postępowania przygotowawczego, a oskarżyciel publiczny także do wniesienia i popierania oskarżenia o czyn ścigany z urzędu. Tym samym usankcjonowany został obowiązek ścigania jako kategoriyczny nakaz wyrażony w postaci normatywnej. Statuuje on powinność podjęcia przez organy ścigania (procesowe) działania polegającego na wszczęciu i przeprowadzeniu postępowania przygotowawczego. Legalistyczny kształt ścigania karnego ujawniający się poprzez normę art. 10 § 1 k.p.k. zobowiązuje każdy organ ścigania (procesowy) do wszczęcia postępowania przygotowawczego w razie zaistnienia przesłanek wskazanych w art. 303 k.p.k.

Można powiedzieć, iż kwestia obowiązku ścigania karnego, rozpoznawania, zapobiegania, wykrywania sprawców przestępstw posiada model dualistyczny, zawierający się w sferze formalnoprosesowej określonej przepisami kodeksu postępowania karnego oraz czynnościach pozaprosesowych. Te ostatnie nazywane ustawowo czynnościami operacyjno-rozpoznawczymi posiadają swój normatywny wymiar leżący poza granicami kodeksu postępowania karnego. Są to działania o charakterze niejawnym, za ich pomocą gromadzone są informacje przez powołane do tego służby. Te czynności należą obecnie do najskuteczniejszych metod na drodze wykrywania i zapobiegania przestępczości w przeciwieństwie do tych prowadzonych w ramach reakcji procesowych. Od wielu lat niejawnosć działań organów ścigania karnego w przestrzeni rozpoznawania i infiltrowania środowisk przestępczych jest dominującą metodą w procesie wykrywczym. W odbiorze społecznym, a przede wszystkim w interesie wymiaru sprawiedliwości najbardziej pożądane działanie wiąże się z rozpoznawaniem zjawisk sprzyjających przestępczości oraz sprawnym pociąganiu do odpowiedzialności karnej sprawców przestępstw. Te czynności pozwalają zwiększyć siłę oddziaływania prawa karnego przekładając się w bezpośredni sposób na proces wykrywczy rozumiany jako pociąganie sprawców przestępstw do odpowiedzialności karnej.

Przestrzeń minionych dekad to okres rozwijania się dziedziny działań operacyjno-rozpoznawczych i nadawania im coraz rozleglejszych ram prawnych, wyrażających się tworzeniem kolejnych metod realizacji tej czynności. Ich ustawowy wymiar zaznaczył się nie tylko w perspektywie tworzonych coraz to innych metod – możliwych do zastosowania, ale także w płaszczyźnie nadawania uprawnień kolejnym podmiotom możliwości posługiwania się nimi. Na tym jednak nie koniec, same wyniki tych działań jako fazy ustaleń pozaprosesowych przesunięte zostały do sfery dowodowej toczącego się procesu karnego. Ich powszechność stosowania, ciągły etap tworzenia nowych metod w sposób rzeczywisty doprowadza do zacierania się granicy

między czynnościami pozaprocesowymi a procesowymi. Pojawił się innowacyjny model ścigania karnego (procesu karnego) obejmujący swym zakresem czynności procesowe oraz operacyjno-rozpoznawcze. W zasadzie można powiedzieć, iż zadania procesu karnego zwłaszcza w fazie postępowania przygotowawczego w dużej mierze byłby niemożliwe do osiągnięcia bez możliwości posłużenia się działaniami operacyjno-rozpoznawczymi. Można wysunąć tezę, iż sfera działań o charakterze operacyjno-rozpoznawczym leży u podstaw procesu karnego, służy rozpoznawaniu, wykrywaniu przestępstw, ujawnianiu grup i środowisk przestępczych oraz ściganiu sprawców przestępstw, a także poszukiwaniu dowodów i źródeł dowodowych. Przydatność takich czynności była zauważalna od dawna, a w praktycznym wymiarze działania organów ścigania uznawana jako efektywna w procesie wykrywczym. Obrazem tej przydatności jest wzrost ich ustawowego znaczenia i przypisywania im elementów dowodowych, co *de facto* przełożyło się na ich procesowe znaczenie. Docenienie efektów czynności pozaprocesowych spowodowało przeorientowanie się dotychczasowego modelu ścigania przestępstw w kierunku działań operacyjno-rozpoznawczych. Doprowadziło to do pojawienia się nowego kierunku prawnego w ramach rzeczywistości procesowej jako natury pozaprocesowych metod prowadzenia ścigania karnego. Jednakże w dalszym ciągu wywołuje to obawy o zakres i granice tak zdobytych dowodów oraz możliwości dopuszczalności wykorzystania ich w procesie karnym, zwłaszcza na etapie postępowania jurysdykcyjnego. Pojawiła się tu kwestia wiążąca z sytuacją, gdy dowód ten uzyskany zostaje w sposób sprzeczny z prawem lub gdy został on pozyskany w sposób niezgodny z jego podstawą prawną. Może pojawiać się zarzut sprzeczności jego pozyskania z normami kodeksu postępowania karnego stanowiącego o ograniczeniach i zakazach dowodowych.

3. Podmioty czynności operacyjno-rozpoznawczych

Pojęciem „czynności operacyjno-rozpoznawcze” ustawodawca posługuje się w szeregu regulacji powołujących do życia organy administracji publicznej o charakterze centralnym, działających w sferze zapewniania bezpieczeństwa, przyznającym im uprawnienia do posługiwania się tym narzędziem:

1. Ustawa z dnia 6 kwietnia 1990 r. o Policji³ – w granicach swych zadań Policja wykonuje czynności: operacyjno-rozpoznawcze, dochodzeniowo-śledcze i administracyjno-porządkowe (art. 14 ust. 1).
2. Ustawa z dnia 9 czerwca 2006 r. o Centralnym Biurze Antykorupcyjnym⁴ – w granicach zadań funkcjonariusze Centralnego Biura Antykorupcyjne-

³ Dz. U. z 2020 r., poz. 360, 956.

⁴ Dz. U. z 2019 r., poz. 1921, 2020, z 2020 r., poz. 1610.

- go wykonują czynności operacyjno-rozpoznawcze w celu zapobiegania popełnieniu przestępstw, ich rozpoznania i wykrywania oraz – jeżeli istnieje uzasadnione podejrzenie popełnienia przestępstwa – czynności dochodzeniowo-śledcze w celu ścigania sprawców przestępstw (art. 13 ust. 1).
3. Ustawa z dnia 12 października 1990 r. o Straży Granicznej⁵ – w celu rozpoznawania, zapobiegania i wykrywania przestępstw oraz przestępstw skarbowych, a także wykroczeń oraz wykroczeń skarbowych funkcjonariusze Straży Granicznej pełnią służbę graniczną, prowadzą działania graniczne, wykonują czynności operacyjno-rozpoznawcze (art. 9 ust. 1).
 4. Ustawa z dnia 24 maja 2002 r. o Agencji Bezpieczeństwa Wewnętrznego oraz Agencji Wywiadu⁶ – w granicach zadań funkcjonariusze Agencji Bezpieczeństwa Wewnętrznego wykonują: czynności operacyjno-rozpoznawcze i dochodzeniowo-śledcze w celu rozpoznawania, zapobiegania i wykrywania przestępstw oraz ścigania ich sprawców (art. 21 ust. 1 pkt. 1); czynności operacyjno-rozpoznawcze i analityczno-informacyjne w celu uzyskiwania i przetwarzania informacji istotnych dla ochrony bezpieczeństwa państwa i jego porządku konstytucyjnego (art. 21 ust. 1 pkt. 2). W granicach zadań, o których mowa w art. 6 ust. 1, funkcjonariusze Agencji Wywiadu wykonują czynności operacyjno-rozpoznawcze i analityczno-informacyjne (art. 22).
 5. Ustawa z dnia 9 czerwca 2006 r. o Służbie Kontrwywiadu Wojskowego oraz Służbie Wywiadu Wojskowego⁷ – w granicach zadań, o których mowa w art. 5, funkcjonariusze Służby Kontrwywiadu Wojskowego wykonują czynności operacyjno-rozpoznawcze (art. 25 pkt. 1). W granicach zadań, o których mowa w art. 6 ust. 1, funkcjonariusze Służby Wywiadu Wojskowego wykonują czynności operacyjno-rozpoznawcze (art. 26 pkt. 1).
 6. Ustawa z dnia 24 sierpnia 2001 r. o Żandarmerii Wojskowej i wojskowych organach porządkowych⁸ – zadania Żandarmeria Wojskowa wykonuje poprzez wykonywanie czynności operacyjno-rozpoznawczych (art. 4 ust. 2 pkt. 4).
 7. Ustawa z dnia 8 grudnia 2017 r. o Służbie Ochrony Państwa⁹ – w zakresie zadań, o których mowa w art. 3, funkcjonariusze wykonują czynności operacyjno-rozpoznawcze w celu pozyskiwania informacji dotyczących zagrożeń względem osób i obiektów, o których mowa w art. 3 pkt 1 lit. a–e, a także rozpoznawania i zapobiegania przestępstwom, o których mowa w art. 3 pkt 2, oraz rozpoznawania, zapobiegania i wykrywania przestępstw, o których mowa w art. 3 pkt 3. (art. 19 ust. 1 pkt. 2).

⁵ Dz. U. z 2020 r., poz. 305, 1610.

⁶ Dz. U. z 2020 r., poz. 27.

⁷ Dz. U. z 2019 r., poz. 687.

⁸ Dz. U. z 2020 r., poz. 431, 956.

⁹ Dz. U. z 2020 r., poz. 384, 695, 1610.

8. Ustawa z dnia 16 listopada 2016 r. o Krajowej Administracji Skarbowej¹⁰ – czynności, o których mowa w ust. 1, mogą być prowadzone w formie czynności operacyjno-rozpoznawczych, w tym umożliwiających uzyskiwanie informacji oraz utrwalanie śladów i dowodów w sposób niejawni (art. 113 ust. 2).

W treści każdej z tych ustaw określone zostały także metody wykonywania czynności operacyjno-rozpoznawczych, które nakierowane są *stricte* na realizację zadań właściwych dla wymienionych w nich organów. Ustawodawca określił indywidualnie dla każdego z tych organów, jakimi metodami operacyjno-rozpoznawczymi może się on posłużyć w trakcie realizacji swoich zadań. Charakterystycznym jest także to, iż w wymienionych ustawach wskazuje się oraz określa odmienne przesłanki możliwości zastosowania poszczególnych metod czynności operacyjno-rozpoznawczych. Istotnym elementem występującym w obszarze wykorzystania metod operacyjno-rozpoznawczych jest zróżnicowany katalog przestępstw, których wystąpienie powoduje możliwość ich zastosowania. Taki sposób regulacji tej czynności spowodował powielanie się tych samych metod operacyjno-rozpoznawczych w odniesieniu do zróżnicowanego prawnie zagrożenia jako możliwości posłużenia się nimi przez każdy z tych organów. Ta ustawowa podstawa przyznawania określonej służbie w zasadzie tych samych metod realizacji czynności operacyjno-rozpoznawczych wskazuje na automatyzm działania prawotwórczego. Należy także zauważyć pewne kontrowersje wiążące się z samym nazewnictwem metod czynności operacyjno-rozpoznawczych które różnicuje jedynie nadane im określenie w odniesieniu do realizacji konkretnej czynności jako ustawowo określonego zadania do realizacji. Zauważalnym w procesie legislacyjnym są unaoczniające się przeciwstawne tendencje na gruncie samej aksjologicznej podstawy norm tworzonych postaci metod czynności operacyjno-rozpoznawczych w obszarach działania poszczególnych służb. Uwidacznia się dążenie do przyznawania nowo powstałym organom administracji publicznej działających w sferze bezpieczeństwa możliwości posługiwania się zasadniczo tymi samymi metodami realizacji czynności operacyjno-rozpoznawczych. W tym aspekcie przyznawanie kolejnym organom możliwości posługiwania się takimi czynnościami nie oznacza dążenia do zapewnienia skuteczności wykrywania i przeciwdziałania zachowaniom stwarzającym zagrożenie dla bezpieczeństwa i porządku prawnego.

W treści przyznanych ustawowo uprawnień posługiwania się czynnościami operacyjno-rozpoznawczymi każdy z tych organów posiada ustalony katalog metod ich realizacji który cechuje się enumeratywnym charakterem. Charakterystyczna jest tu kazuistyka obszaru wykorzystania określonej metody w odniesieniu do ściśle określonego przestępstwa lub sytuacji zagraża-

¹⁰ Dz. U. z 2020 r., poz. 505, 568, 695, 1087, 1106.

jącej bezpieczeństwu. Widoczna jest tu niepotrzebna opisowa złożoność. Każda z metod czynności operacyjno-rozpoznawczych wiąże się jednak z koniecznością zastosowania określonych środków technicznych umożliwiających uzyskiwanie w sposób niejawnny informacji i dowodów oraz ich utrwalania. Każde wszczęcie lub zastosowanie określonej metody oraz sposób jej prowadzenia opiera się na sformalizowanej czynności jako planie realizacji sprawy operacyjnej. Sformalizowaną postać posiada także sposób zakończenia całości działań operacyjno-rozpoznawczych. Podjęcie określonego działania wymaga wyrażenia zgody lub zatwierdzenia przez uprawniony podmiot. Z normatywnego kształtu tej formy realizacji zadań postawionych określone mu organowi wynika, iż czynność operacyjno-rozpoznawcza wiąże się z wyborem i zastosowaniem określonej metody działania wskazanej w konkretnej ustawie kompetencyjnej. W literaturze przedmiotu słusznym wydaje się pogląd, iż pod pojęciem czynności operacyjno-rozpoznawczych rozumie się czynności organów państwowych, podejmowane poza procesem karnym, ale niemal zawsze pełniące w jakiejś mierze funkcję służebną wobec niego i w związku z tym funkcjonalnie z nim powiązane, uregulowane ustawowo wraz ze ściśle określonymi przesłankami i ograniczeniami ich stosowania, podejmowane w granicach zadań odpowiednich służb, których celem jest rozpoznawanie, zapobieganie i wykrywanie czynów zabronionych pod groźbą kary, mające charakter tajny (niejawnny), których przebieg jest dokumentowany w formie przewidzianej prawem (notatki, nagrania itd.)¹¹.

Analiza treści ustaw ustrojowo-kompetencyjnych prowadzi do wniosku, iż czynności operacyjno-rozpoznawcze to działania uprawnionego organu z wykorzystaniem określonej metody, zmierzające do realizacji nałożonych na niego zadań. Uzasadnionym jest twierdzenie, że czynności te oparte są na prawie regulującym zasady funkcjonowania organów ścigania, a więc często podstawą ich dokonania są normy kompetencyjne¹². Zadania tych organów koncentrują się na ujawnianiu i wykrywaniu określonych rodzajowo zagrożeń godzących w określonego rodzaju dobro prawne, powodujących pojawianie się stanu niebezpieczeństwa w państwie. Za pomocą czynności operacyjno-rozpoznawczych możliwa jest identyfikacja grup i środowisk przestępczych, wczesne reagowanie na pojawiające się zagrożenia dla ustalonego porządku prawnego, ustalone są źródła dowodowe, umożliwiające one wprowadzenie dowodów do procesu karnego. Za czynności operacyjno-rozpoznawcze należy uznać ustalone ustawowo metody ich realizacji, jako prawnie uznane za legalne działania w obszarze wykonywania zadań określonego organu. Pozaprocesowy charakter tych czynności jest głównym i charakterystycznym ich elementem, podejmowane są one poza głównym

¹¹ P. Pająk, *Prowokacja policyjna – zarys problematyki*, Kraków 2009, s. 17.

¹² M. Krystnicki, H. Kwiatkowska, *Komentarz do ustawy o Inspekcji Celnej*, Warszawa 1998, s. 54.

nurtem procesu karnego – w trybie innym niż kodeks postępowania karnego, choć ich rezultaty zostają wykorzystane na użytek postępowania karnego. Efekty tych czynności sprowadzają się w szczególności do uzyskiwania informacji jako zadania łączącego się z koniecznością ujawniania i gromadzenia dowodów, sprawdzania, analizy i ich przetwarzania.

4. Pojmowanie czynności operacyjno-rozpoznawczych

Kwestia czynności pozaprocesowych (operacyjno-rozpoznawczych) rozpatrywana w kontekście ich znaczenia dla przebiegu procesu karnego przez wiele lat wzbudzała polemikę i kontrowersje. Szczególnie problematycznym stało się dekodowanie samego pojęcia, jak też charakteru takich czynności realizowanych przez uprawniony organ. Podstawowym problemem dociekającym doktryny, a zarazem problemem badawczym był cel, dla którego czynności te mają być podejmowane i któremu one będą służyć. Ustawowe kreowanie określonych metod operacyjno-rozpoznawczych w dużej mierze oparte zostało na praktyce działań organów jako zadanie zawierające się w konieczności ścigania sprawców przestępstw oraz zapewnianiu bezpieczeństwa państwa. Działania te były realizowane w dużej mierze poza nurtem procesu karnego i go wspomagały. Cechowała je nieformalna (pozaprawowa) postać oraz tajność pracy organu ścigania (służby), i ta ich odmienność postrzegana była przez przedstawicieli doktryny jako okoliczność wykluczająca nadawanie im bezpośredniego procesowego znaczenia. Podkreślano, iż czynności operacyjno-rozpoznawcze nie są czynnościami procesowymi, dlatego nie można odnosić do nich gwarancji procesowych zapewnionych w toku postępowania karnego¹³. W doktrynie niektórzy badacze powstrzymali się przed jednoznacznym definiowaniem czynności operacyjno-rozpoznawczych, skłaniając się ku dokładniejszemu określeniu ich celów. Uznawano, iż do tych czynności mają zastosowanie reguły celowościowe, wyznaczone przez współczesną taktykę i technikę kryminalistyczną¹⁴. Do tego nurtu zalicza się także Stanisław Waltoś uznający, że w pojęciu czynności operacyjnych kryje się zbyt wiele niewiadomych, które nie pozwalają na jednoznaczne zdefiniowanie owych działań¹⁵. Brak bezspornego stanowiska skutkował samoistnym kształtowaniem się przekonania, że jedną różnicą między czynnościami pozaprocesowymi (operacyjno-rozpoznawczymi) a procesowymi jest prawna niedopuszczalność bezpośredniego wykorzysta-

¹³ A. Taracha, Czynności operacyjno-rozpoznawcze: aspekty kryminalistyczne i prawnodowodowe, Lublin 2006, s. 158.

¹⁴ A. Taracha, Czynności operacyjno-rozpoznawcze..., s. 15.

¹⁵ S. Waltoś, Model postępowania przygotowawczego na tle porównawczym, Warszawa 1968, s. 146.

nia w procesie materiałów dowodowych pozyskanych przy zastosowaniu tych metod wykrywania sprawców przestępstw. W zasadzie postrzegano je jako czynności służące przeciwdziałaniu przestępczości, rozpoznawaniu środowisk przestępczych czy ustalaniu osób podejrzanych. Dzięki tej prawnej formie działania organów ścigania zapobiegano popełnianiu przestępstw, wykrywano je, służyła ona jako nieformalna czynność wspierająca proces karny poprzez wykrywanie środków i źródeł dowodowych.

Odwołując się do dorobku doktryny można wskazać, iż polegają one zasadniczo na niejawnym, pozaprocesowym działaniu uprawnionych ustawowo służb, nakierowanym na realizację ich zadań związanych z zapewnieniem porządku publicznego i bezpieczeństwa państwa¹⁶. W jednej z pierwszych definicji, z jaką można spotkać się w literaturze przedmiotu była ta sformułowana przez L. Schaffa, gdzie charakteryzował on czynności operacyjno-rozpoznawcze jako pozaprocesowe techniczne i taktyczne czynności wykształcone przez praktykę organów ścigania karnego, służące w profilaktycznej walce z przestępczością¹⁷. Podkreśla on fakt, iż czynności operacyjno-rozpoznawcze mają charakter nieprocesowy, to zaś ogranicza kontrolę sądową nad ich przebiegiem. Uznaje on czynności operacyjno-rozpoznawcze za praktykę służby śledczej, która ukształtowała ją jako czynności uzupełniające lub wykonawcze w stosunku do czynności procesowych i zadań postępowania przygotowawczego¹⁸. Wyrażenie podkreślany zostaje pozaprocesowy charakter czynności operacyjno-rozpoznawczych i uznaje się, że to stanowi ich cechę istotną¹⁹. Cytując za A. Żebrowskim, czynności operacyjno-rozpoznawcze stanowią zespół prawnie określonych w oparciu o wiedzę kryminalistyczną niejawnych działań prowadzonych poza procesem karnym i administracyjnym celem wykrycia, rozpoznawania i utrwalania przestępczej działalności, są konieczną koncesją na rzecz skutecznego zwalczania przestępczości, wiążącą się jednakowoż z ograniczeniem gwarancji dla jednostki korzystającej z prawa do prywatności i autonomii informacyjnej²⁰. Powołując się na walor pozaprocesowy autor ten twierdzi, że czynności operacyjno-rozpoznawcze nie są prowadzone według określonych procedur zawartych w kodeksie postępowania karnego, chociaż informacje pozyskane w ten sposób stanowią istotny materiał pierwotny, to jednak muszą być przekształcone w materiał dowodowy z zachowaniem wymogów procesu karnego²¹.

¹⁶ J. W i d a c k i (red.), *Kryminalistyka*, Warszawa 1999, s. 110; B. H o ł y s t, *Kryminalistyka*, Warszawa 2004, s. 47; Z. C z e c z o t, T. T o m a s z e w s k i, *Kryminalistyka ogólna*, Toruń 1996, s. 67.

¹⁷ L. S c h a f f, *Zakres i formy postępowania przygotowawczego*, Warszawa 1961, s. 77.

¹⁸ L. S c h a f f, *O niektórych problemach dotyczących zakresu postępowania przygotowawczego*, *Nowe Prawo* 1957, nr 12.

¹⁹ B. H o ł y s t, *Kryminalistyka*, Warszawa 1983, s. 23.

²⁰ A. Ż e b r o w s k i, *Czynności operacyjno-rozpoznawcze. Regulacje prawne*, Kraków 2000, s. 16.

²¹ A. Ż e b r o w s k i *Czynności...*, s. 17.

Dodaje, że istotne szczegóły takiej działalności zostały określone w przepisach instrukcyjnych przez poszczególne organy, w ramach których dane służby funkcjonują. Przepisy te mają charakter niejawni, to one określają metody i środki działania, jakie mogą być stosowane w trakcie realizacji czynności operacyjno-rozpoznawczych²².

Innym głosem (T. Hanausek) jest ten mówiący o tym, że bezpośrednie wykorzystanie rezultatów czynności operacyjnych w procesie jest wykluczone jako wykorzystanie owoców zatrutego drzewa. Autor tego poglądu wskazuje, że istotną cechą czynności operacyjnych jest ich poufny lub tajny charakter, co stanowi przesłankę skuteczności, ale jednocześnie powoduje, że zainteresowany, nie wiedząc o prowadzonej wobec niego kontroli operacyjnej, nie jest w stanie, z przyczyn czysto faktycznych, uruchomić procedur i gwarancji, których wykorzystanie jest zależne od jego wiedzy i inicjatywy²³. Autor tego poglądu wskazuje także na funkcje, które spełniają czynności operacyjno-rozpoznawcze: rozpoznawcze, wykrywcz, kierunkujące późniejsze udowodnienie, weryfikujące uprzednie ustalenia, zapobiegawcze (profilaktyczne), ochronne, zabezpieczające²⁴. Natomiast T. Grzegorzczak określa je jako pozaprocesowe działania organów ścigania, dopuszczone przez przepisy ustaw ustrojowo-organizacyjnych danyh organów do celów wskazanych w tych ustawach. Stwierdza, że ich cechami jest poufność (tajność) i związana z tym pozaprocesowość oraz ograniczoność, co najmniej podmiotowa (odnośnie organów), ale niekiedy też przedmiotowa (zakres)²⁵. Jednocześnie sygnalizuje się fakt, iż czynności te prowadzone są poza procesem, lecz charakteryzuje je związek z procesem karnym i jego celami, gdyż zazwyczaj służą aktualnym bądź przyszłym celom tego procesu oraz zapobieganiu lub zwalczaniu przestępczości, czy też innych prawnie określonych negatywnych zjawisk społecznych, a ponadto służą uzyskiwaniu informacji istotnych dla realizacji związanych z bezpieczeństwem i porządkiem publicznym zadań państwowych²⁶.

Na gruncie kryminalistyki czynności operacyjno-rozpoznawcze określa się jako ogół tajnych (bądź poufnych) pozaprocesowych działań organów ścigania zmierzających bądź do zdobycia informacji na potrzeby procesu (toczącego się lub przyszłego), bądź też do uniemożliwienia popełnienia przygotowanego przestępstwa²⁷. Inni za czynności operacyjno-rozpoznawcze uznają ogół nie-

²² A. Żebrowski, *Czynności...*, s. 18.

²³ T. Hanausek, *Kryminalistyka. Zarys wykładu*, Kraków 1998, s. 130.

²⁴ T. Hanausek, *Kryminalistyka...*, 131.

²⁵ T. Grzegorzczak, *Wykorzystywanie i przekształcanie materiałów operacyjnych w materiał dowodowy w postępowaniu karnym*, (w:) E. Pływaczewski (red.), *Przestępczość zorganizowana: świadek koronny, terroryzm w ujęciu praktycznym*, Kantor Wydawniczy Zakamycze, Kraków 2005.

²⁶ J. Widański (red.), *Kryminalistyka*, Warszawa 2002, s. 110.

²⁷ J. Widański (red.), *Kryminalistyka*, cz. I, Katowice 1984, s. 127 i nast.

jawnych działań upoważnionych ustawowo, wyspecjalizowanych służb i organów państwowych, których celem jest: jak najbardziej sprawne wykrywanie negatywnych zjawisk godzących w porządek publiczny i bezpieczeństwo powszechne, rozpoznawanie grup i środowisk przestępczych, ustalanie źródeł dowodowych, zabezpieczanie środków dowodowych i przeprowadzanie dowodów, które mogą zostać wykorzystane w procesie karnym, pozyskiwanie podmiotów współpracujących z organami ścigania oraz ujawnienie okoliczności sprzyjających popełnieniu zachowań nieakceptowanych społecznie²⁸. Zdaniem S. Owczarskiego przedmiotowe czynności są zespołem tajnych lub poufnych, pozaprocesowych, lecz praworządnych działań organów ścigania, opartych na poufnych osobowych źródłach informacji i środkach technicznych, wykonywanych na podstawie przepisów ustaw normujących działalność organów ścigania, aktów wykonawczych do tych ustaw, a także przepisów wewnętrznych poszczególnych organów²⁹. Z kolei Z. Uniszewski uważa, że termin ten oznacza ogół tajnych przedsięwzięć organów państwa posiadających szereg odpowiednich kompetencji ustawowych, mających na celu pozaprocesowe ujawnienie osób prowadzących działalność niezgodną z prawem, w szczególności przeciwko fundamentalnym interesom państwa i jego obywateli³⁰. Jeszcze inni autorzy pojęcie to definiują jako wyodrębniony ustawowo i metodologicznie system poufnych bądź tajnych działań organów policyjnych i innych podobnych, wyspecjalizowanych organów państwa³¹. Są to czynności tajne, a jednocześnie nieformalne, lecz wykonywane przez służby państwowe, w szczególnym momencie, gdy podejrzenie popełnienia przestępstwa jest jeszcze bardzo nikłe lub mające na celu zapobieżenie przestępstwu³². Jednakże, co warto podkreślić, czynności te oparte są na prawie regulującym zasady funkcjonowania organów ścigania, a więc często podstawą ich dokonania są normy kompetencyjne³³.

Działalność operacyjno-rozpoznawcza organów ścigania zmierza do uzyskiwania, gromadzenia, przetwarzania informacji o osobach, miejscach, środowiskach lub wydarzeniach wiążących się lub mogących mieć związek z przestępstwem. Wielość, a zarazem zróżnicowanie treściowe definicji

²⁸ P. Czarnecki, Czynności operacyjno-rozpoznawcze a postępowanie karne, *Palestra* 2014, nr 7–8, s. 122.

²⁹ S. Owczarski, Problematyka postępowania operacyjnego w świetle prawa i praktyki, *Przegląd Sądowy* 1994, nr 4, s. 70.

³⁰ Z. Uniszewski, Żargon zawodowy pracowników śledczych i operacyjnych, *Problematyka kryminalistyczna*, Wrocław 1999, s. 148.

³¹ P. Szynkowski, M. Wojciechowski, *Praca operacyjno-rozpoznawcza w Żandarmerii Wojskowej*, Poznań 1997, s. 17.

³² S. Waltoś, *Podstawy prawa i procesu karnego*, Warszawa 1999, s. 221.

³³ M. Krystnicki, H. Kwiatkowska, *Komentarz do ustawy o Inspekcji Celnej*, Warszawa 1998, s. 54.

czynności operacyjno-rozpoznawczych pozwala na sformułowanie cech charakteryzujących taką aktywność organów ścigania karnego:

1. Czynności operacyjno-rozpoznawcze służą zwalczaniu przestępstw.
2. Czynności operacyjno-rozpoznawcze polegają na uzyskiwaniu oraz sprawdzaniu informacji związanych z wszelkiego rodzaju działalnością przestępczą i zjawiskami kryminogennymi z punktu widzenia koniecznej reakcji prawnokarnej.
3. Czynności operacyjno-rozpoznawcze podejmowane są jako działania o charakterze prawnie niejawnym.
4. Czynności operacyjno-rozpoznawcze podejmowane są w fazie rozpoznawania zagrożeń przestępczością jako etapu jej zapobiegania.
5. Czynności operacyjno-rozpoznawcze powiązane są z wykrywaniem przestępstw oraz udowadnianiem sprawcom ich popełnienia, i służą celom procesu karnego.
6. Pojęcie czynności operacyjno-rozpoznawczych osadzone jest w naukach kryminalistycznych jako prawnie określona działalność organów powołanych do wykrywania przestępstw i przestępców.

Czynności operacyjno-rozpoznawcze stanowią wyodrębnioną prawną formę działania organu ścigania różniącą się od czynności procesowych, czynności administracyjnych i innych przez niego podejmowanych.

Brak legalnej definicji czynności operacyjno-rozpoznawczych przełożył się na wielość różnorodnych pojęć doktrynalnych przedstawiających i opisujących tą prawną formę działania. Jednakże samo pojęcie na trwałe wpięło się w treść ustaw ustrojowo-kompetencyjnych poszczególnych organów jako forma prawnie skonkretyzowanego działania zawartego w zróżnicowanych postaciach metod charakterystycznych dla tej czynności. Niezależnie od sposobu definiowania można przyjąć, że czynności operacyjno-rozpoznawcze stanowią wyraźnie wyodrębnioną prawną formę działania tak Policji, jak i innych organów, prowadzoną poza procesem karnym, służącą jego celom. Za ich pośrednictwem realizowana jest szeroko pojmowana funkcja ścigania karnego, jak również ta związana z zapobieganiem i zwalczaniem przestępczości oraz działań godzących w bezpieczeństwo państwa. Czynności operacyjno-rozpoznawcze cechuje wielość ustanowionych prawnie metod ich realizacji. Można tu mówić o metodach działania poszczególnych organów uprawnionych przez ustawę do ich stosowania. Poczynione za ich pośrednictwem ustalenia służą przede wszystkim realizacji zadań, jakie ustawodawca stawia każdemu z tych organów. Wszelkie metody pracy operacyjno-rozpoznawczej, którymi posługują się organy to działania pozaprocesowe, w zasadzie pozbawione sądowej kontroli, co wynika z niejawnego i nieformalnego charakteru takich działań. Pomimo tego, że w zasadniczym swym wymiarze realizowane są poza procesem karnym, to jako element ścigania karnego dają impuls do

wszczęcia postępowania karnego, warunkują jego faktyczną podstawę poprzez dostarczenie materiału dowodowego.

5. Czynności operacyjno-rozpoznawcze w wymiarze konstytucyjnym

Niewątpliwie czynności operacyjno-rozpoznawcze stanowią naruszenie sfery wolności człowieka. Wyznaczone przez przepisy rozdziału II Konstytucji RP wzorce ochrony praw i wolności jednostki rozpatrywane są jednak przez pryzmat koniecznych ich ograniczeń dokonywanych na podstawie ogólnej klauzuli limitacyjnej ustanowionej w jej art. 31 ust. 3 jako dopuszczalności naruszania istoty wolności i praw³⁴. Tym samym Konstytucja zezwala na ograniczenia pewnych praw i wolności przenosząc to uprawnienie do regulacji ustawodawcy. Granice te określają z jednej strony regulacje strukturalnie wmontowane w unormowania dotyczące poszczególnych konstytucyjnych praw podmiotowych (np. art. 49 i art. 51 Konstytucji), a nadto ogólnej klauzuli proporcjonalności wskazanej w art. 31 ust. 3 Konstytucji. Niewątpliwie Policja jak i inne służby wykonując czynności operacyjno-rozpoznawcze ingerują w prawa i wolności jednostki. Problem prawnej ich dopuszczalności może dotyczyć w zasadzie każdej z metod czynności operacyjno-rozpoznawczych. Należy to jednak rozpatrywać w płaszczyźnie konstytucyjnej oraz celowościowej jako przenikających się kwestii działań w procesie ścigania karnego realizowanego przez uprawniony do tego organ. Ustanawianie kolejnych metod czynności operacyjno-rozpoznawczych można postrzegać z jednej strony jako dążenie organów administracji centralnej państwa do wkraczania w prawa i wolności jednostek, z drugiej pojawia się potrzeba zapewnienia wykrywania i przeciwdziałania określonym typom zagrożeń. Czynności operacyjno-rozpoznawcze stanowią główny składnik procesu wykrywczego i charakteryzują się tajnością *ex ante* wobec wszystkim osób poddawanych takim działaniom. Taka działalność Policji, jak i innych służb podlega regulacjom ustawowym, a realizowana w warunkach niejawności pozostaje w naturalnym konflikcie z niektórymi prawami jednostki. Odwołując się do konstytucyjnych podstaw dopuszczalności czynności operacyjno-rozpoznawczych jako udzielenia określonemu organowi ad-

³⁴ Na ten temat L. Garlicki, Przesłanki ograniczania konstytucyjnych praw i wolności (na tle orzecznictwa Trybunału Konstytucyjnego), *Państwo i Prawo* 2001, nr 10, s. 22. L. Wiśniewski, Zakres ochrony prawnej wolności człowieka i warunki jej dopuszczalnych ograniczeń w praktyce, (w:) L. Wiśniewski (red.), *Wolności i prawa jednostki oraz ich gwarancje w praktyce*, Warszawa 2006, s. 29–34. K. Wojtyczek, *Granice ingerencji ustawodawczej w sferę praw człowieka w Konstytucji RP*, Kraków 1999, s. 210 i 258; P. Winczorek, *Komentarz do Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej z dnia 2 kwietnia 1997 r.*, Warszawa 2008, s. 430.

ministracji publicznej uprawnień do posługiwania się nimi, należy wskazać na treść art. 31 ust. 3 Konstytucji RP statuującą zasadę proporcjonalności. Zgodnie z jego treścią ograniczenia w zakresie korzystania z konstytucyjnych wolności i praw mogą być ustanawiane tylko w ustawie i tylko wtedy, gdy są konieczne w demokratycznym państwie dla jego bezpieczeństwa lub porządku publicznego, bądź dla ochrony środowiska, zdrowia i moralności publicznej, albo wolności i praw innych osób. Ograniczenia te nie mogą naruszać istoty wolności i praw. Za pośrednictwem tej normy dochodzi do ograniczania praw i wolności o charakterze konstytucyjnym, w szczególności – art. 47 jako ochrony prywatności, art. 49 jako ochrony wolności komunikowania, art. 51 ust. 2 mówiącego o zasadzie autonomii informacyjnej oraz art. 2 statuującego zasadę państwa prawnego, ochrony autonomii informacyjnej, a także konstytucyjnej gwarancji sądowej ochrony praw jednostki.

Niewątpliwie, co zauważa Trybunał Konstytucyjny posługiwanie się niejawnymi sposobami pozyskiwania informacji o jednostce stanowi jedną z najgłębszych ingerencji w konstytucyjne prawo do prywatności, którego źródłem jest godność człowieka. Związek między zagrożeniem godności człowieka, spoczywającej u podstaw wszystkich konstytucyjnych wolności i praw jednostki a czynnościami operacyjnymi, które wkraczają w prywatność jednostki – jest powszechnie podkreślany, zarówno w piśmiennictwie, jak i w europejskim (w tym polskim) *acquis constitutionne*. Wszelkie prawa i wolności konstytucyjne jednostki wywodzą się z godności. W wypadku prywatności, która na poziomie konstytucyjnym jest chroniona wieloaspektowo, poprzez kilka praw i wolności (art. 47–51) związek ten jest szczególnie, jakkolwiek nie taki sam w wypadku każdej z tych konstytucyjnych wolności i praw. Zachowanie przez człowieka godności wymaga bowiem poszanowania jego sfery czysto osobistej, gdzie nie jest narażony na konieczność – bycia z innymi – czy – dzielenia się z innymi swoimi przeżyciami czy doznaniem o intymnym charakterze³⁵. Trybunał Konstytucyjny zauważa, iż czynności operacyjno-rozpoznawcze nie podlegają rygorom procesowym i nie odnoszą się do nich gwarancje procesowe. Wiąże się z tym szeroki margines uznaniowości przy ograniczonej kontroli zewnętrznej, w tym sądowej, co zdaniem Trybunału Konstytucyjnego czyni je podatnymi na nadużycia³⁶. Trybunał Konstytucyjny aprobuje możliwość wyposażenia organu władzy publicznej w kompetencje zwiększające sprawność działań kontrolnych, zwłaszcza w zakresie wykrywania i zwalczania przestępstw, mające charak-

³⁵ Wyrok TK z dnia 12 grudnia 2005 r., sygn. K 32/04, OTK-A ZU 2005, nr 11, poz. 132.

³⁶ Uzasadnienie wyroku Trybunału Konstytucyjnego z dnia 12 grudnia 2005 r., sygn. K 32/04, OTK-A 2005, nr 11, poz. 132, s. 7–12.

ter czynności operacyjno-rozpoznawczych³⁷, przy czym – jak wskazuje – konieczne jest w takim wypadku dochowanie przez ustawodawcę restrykcyjnych wymagań o charakterze gwarancyjnym. Ustawodawca musi wykazać, że wprowadzenie konkretnych uprawnień było konieczne w perspektywie ochrony wskazanych w art. 31 ust. 3 Konstytucji wartości konstytucyjnych, a ponadto zagwarantować odpowiednią kontrolę wykonywania przyznanych uprawnień. Stosowane regulacje muszą także spełniać podwyższony standard dostatecznej ustawowej określoności, zwłaszcza w odniesieniu do tych uprawnień z zakresu czynności operacyjno-rozpoznawczych, które w szerszym zakresie ingerują w sferę podmiotowych praw i wolności konstytucyjnych jednostki. W innym wyroku Trybunał Konstytucyjny konstatuje, że ustawodawca w świetle art. 2 Konstytucji ma konstytucyjny obowiązek określić przesłanki ingerencji w sferę prywatności w sposób możliwie precyzyjny, tak aby ograniczyć zakres swobody decyzyjnej pozostawionej organom stosującym prawo, a jednocześnie ma on obowiązek stworzyć odpowiednie mechanizmy kontroli nad aktami organów władzy publicznej dotyczącymi tej sfery. Jeśli chodzi o ograniczenie konstytucyjnych wolności i praw człowieka i obywatela, przepisy muszą charakteryzować się należyłą precyzją i jasnością. Nakaz ten jest funkcjonalnie związany z zasadami pewności i bezpieczeństwa prawnego oraz ochrony zaufania do państwa i prawa³⁸.

W kolejnym judykacie stwierdza, iż innym istotnym kryterium oceny dopuszczalności wyposażenia organu władzy publicznej w uprawnienie do przeprowadzania czynności operacyjno-kontrolnych jest ocena funkcjonalności określonych czynności w perspektywie realizowanych przez dany organ zadań oraz brak możliwości efektywnego wykonania tych zadań bez posiadania konkretnych uprawnień z zakresu czynności operacyjno-kontrolnych. W obu tych przypadkach obowiązek wykazania owej celowości i konieczności spoczywa na ustawodawcy³⁹. Jak to wskazał Trybunał Konstytucyjny w uzasadnieniu wyroku z dnia 20 kwietnia 2004 r. w świetle Konstytucji, służby odpowiedzialne za bezpieczeństwo i porządek publiczny nie mogą być uznane za dysponujące autonomią w zakresie czynności operacyjnych. Nie można więc, w powołaniu na wymóg skuteczności działalności operacyjnej, wyłączać jej spod jakiegokolwiek kontroli. Dlatego działalność ta nie jest wyłączona spod ograniczeń, jakie Konstytucja nakłada na wszystkie władze, wkraczające w dziedzinę podstawowych praw i wolności jednostki, zwłaszcza że podejmując czynności operacyjno-rozpoznawcze, organy policji wkraczają w sposób tajny w sferę praw i wolności obywatelskich, czego

³⁷ Wyrok TK z dnia 13 lutego 2001 r., OTK ZU 2001, nr 2, poz. 30; wyrok TK z dnia 20 czerwca 2005 r., sygn. K 4/04, OTK ZU 2005, nr 6 poz. 64; wyrok TK z dnia 17 czerwca 2008 r., sygn. K 8/04, OTK ZU 2008, nr 5 poz. 81.

³⁸ Wyrok TK z dnia 17 czerwca 2008 r., sygn. K 8/04, OTK ZU 2008, nr 5 poz. 81.

³⁹ Wyrok TK z dnia 17 czerwca 2008 r., sygn. K 8/04, OTK ZU 2008, nr 5 poz. 81.

wymaga cel tych czynności. Tego rodzaju specyfika wspomnianych czynności wymaga poddania ich przemyślanemu systemowi kontroli: efektywnej i niefasadowej i należy stosować określone działania tylko w zakresie koniecznym dla realizacji konstytucyjnych celów i w sposób charakteryzujący się jak najniższym stopniem dolegliwości dla obywateli i z zastosowaniem określonych procedur. W przeciwnym razie demokratyczne państwo prawne stałoby się w rzeczywistości państwem policyjnym⁴⁰.

6. Wnioski

Uprawnienia do prowadzenia czynności operacyjno-rozpoznawczych nadane ustawowo określonemu organowi administracji publicznej należą do jednych z najbardziej charakterystycznych narzędzi realizacji ich ustawowych zadań. W teraźniejszym czasie ta prawna forma działania jest o tyle uzasadniona, o ile działalność tych organów ścigania zawiera się w dwóch płaszczyznach działania. Pierwsza wiąże się z ich działalnością informacyjną o zagrożeniach dla bezpieczeństwa oraz wykrywcą, jako sferą ujawniania i ścigania przestępczości, a druga z ustawowym zadaniem zbierania o tym informacji w sposób niejawną. Czynności operacyjno-rozpoznawcze i ustanowione metody ich realizacji rozstrzygają o działaniu tych organów oraz o możliwości wykorzystywania nadanych im uprawnień o tym charakterze i decyduje to o ich istocie. W ustawach ustrojowych (kompetencyjnych) jest mowa o czynnościach operacyjno-rozpoznawczych i w tym zakresie ustanawiają nie tylko uprawnienie, ale także zadania tych organów.

De lege lata w treści ośmiu ustaw kompetencyjno-ustrojowych nie dokonano normatywnego określenia, czym są czynności operacyjno-rozpoznawcze pomimo tego, że normodawca posługuje się nim od lat. Można mówić jedynie, że czynności operacyjno-rozpoznawcze stanowią jeden z wielu prawnych środków działania. *De lege ferenda* zasadnym byłoby nadanie tej dalece newralgicznej czynności postaci legalnej, zwłaszcza że to pojęcie występuje od lat w treści wielu ustaw.

De lege lata aktualny stan prawny sankcjonujący możliwość stosowania czynności operacyjno-rozpoznawczych jest rozproszony w treści ośmiu ustaw przyznających wymienionym w nich organom to uprawnienie. Jest to mankament, który *de lege ferenda* należałoby rozważać w perspektywie konieczności unormowania w odrębnym akcie prawnym kwestii czynności operacyjno-rozpoznawczych wraz z określeniem metod ich realizacji. Postulat ten wynika z założenia, że czynności operacyjno-rozpoznawcze określają metody ich realizacji, lecz co jakiś czas pojawiają się nowe w obrębie określonej ustawy kompetencyjnej. *De lege lata* w zasadzie są one tożsame

⁴⁰ Wyrok TK z dnia 20 kwietnia 2004 r., sygn. K 45/02, OTK ZU 2004, nr 4/A, poz. 30.

w każdej z nich, choć bywają nazywane inaczej. Metody czynności operacyjno-rozpoznawczych w zasadzie są powielane w treści każdej z tych ustaw. Oznacza to, iż czynnościom operacyjno-rozpoznawczym nadano tę samą metodę ich realizowania. Za pośrednictwem tych metod organy mogą ingerować w prawa i wolności jednostki. *De lege ferenda*, ta wyjątkowa ingerencja w prawa i wolności człowieka powinna być jednak regulowana odrębnym aktem prawnym, który upoważniałby określone organy do możliwości ich użycia w ściśle określonych przypadkach. W układzie jednego aktu prawnego uprawnienia i czynności funkcjonariuszy takich organów tworzyłyby normatywnie uwarunkowania jako całościowe, wpisujące się w podstawy prawne działalności takich służb. Oznaczałoby to, że przyznawanie uprawnień odbywa się przez pryzmat szczególnego aktu prawnego jako zezwolenie do takich działań oraz możliwość skorzystania z określonej metody.

Operational reconnaissance law

Abstract

This paper addresses operational reconnaissance or one of sensitive legal forms of action. Currently, ten central public administration bodies are authorised to conduct operational reconnaissance independently. In the Polish legal system, operational reconnaissance is governed by eight separate acts that set out the regime and competencies for the said bodies to operate. This paper opts for a single legal act that would regulate the use of specific methods of operational reconnaissance by each of the bodies. It also finds it highly reasonable to have all legal aspects pertaining to the use of this highly sensitive instrument included in a single act of legislature as all of the methods directly interfere with human rights and freedoms. The same conclusion stems from the analysis of the eight acts. And relevant supporting arguments are backed up with proposals for legislative improvements.

Key words

Methods, operational reconnaissance, rights and freedoms, Police, evidentiary proceedings, crime detection.

Krzysztof Wala

***Ratio legis* oraz analiza ustawowych znamion wykroczenia z art. 107a k.w.**

Streszczenie

Przedmiotem opracowania jest omówienie problematyki dotyczącej nowego wykroczenia określonego w art. 107a k.w. polegającego na zakłócaniu przebiegu zdalnej komunikacji. W artykule wskazano na powody wprowadzenia tego czynu zabronionego do polskiego systemu prawnego, a także poddano analizie jego znamiona. Zwrócono uwagę na liczne wątpliwości interpretacyjne dotyczące m.in. kwestii podmiotu, czy też znamion charakteryzujących stronę przedmiotową tego wykroczenia, formułując jednocześnie postulaty zmian w tym zakresie. Ponadto odniesiono się do innych przepisów, których stosowanie mogło wchodzić w grę w przypadku zachowań objętych aktualnie dyspozycją art. 107a k.w. przed jego pojawieniem się w prawie wykroczeń, dochodząc do wniosku, że dotychczas funkcjonujące mechanizmy również pozwalały na przeciwdziałanie tego rodzaju zjawiskom.

Nowa rzeczywistość związana z pojawieniem się stanu zagrożenia epidemiologicznego dotyczącego rozprzestrzeniania się wirusa COVID-19 wymusiła na ustawodawcy konieczność dostosowania się do tych zmian. Liczne nowelizacje nie ominęły także rozwiązań z zakresu szeroko rozumianego prawa karnego. O ile część z nich miała charakter epizodyczny (np. zawieszenie biegu terminów przedawnienia w stosunku do przestępstw, przestępstw i wykroczeń skarbowych oraz wykroczeń¹), o tyle wiele z nich pozostało w porządku prawnym także po ustaniu stanu epidemii. Wśród tej drugiej grupy zwracają uwagę zarówno te nowelizacje, które miały faktyczny związek z COVID-19, jak i te które zostały wprowadzone niejako przy okazji. I tak przykładowo z całą pewnością można doszukać się związku kauzalnego między stanem epidemii, a wprowadzeniem typu zmodyfikowanego narażenia na zarażenie chorobą określoną w art. 161 § 2 k.k., gdzie okolicznością kwalifikującą jest wielość osób bezpośrednio narażonych (art. 161 § 3 k.k. w brzmieniu ustalonym ustawą z dnia 31 marca 2020 r. o zmianie ustawy o szczególnych rozwiązaniach związanych z zapobieganiem, przeciw-

¹ Nieobowiązujący już art. 15zzr ust. 6 ustawy z dnia 2 marca 2020 r. o szczególnych rozwiązaniach związanych z zapobieganiem, przeciwdziałaniem i zwalczaniem COVID-19, innych chorób zakaźnych oraz wywołanych nimi sytuacji kryzysowych, Dz. U. z 2020 r., poz. 374 z późn. zm.

działaniem i zwalczaniem COVID-19, innych chorób zakaźnych oraz wywołanych nimi sytuacji kryzysowych oraz niektórych innych ustaw)². Na przeciwnym zaś biegunie leży zmiana – *notabene* wprowadzona dokładnie tą samą ustawą nowelizującą – modyfikująca znamiona oraz znacząco zaostrzająca sankcję w przypadku przestępstwa stalkingu (art. 190a § 1 oraz 3 k.k.)³. W tym wypadku związku przyczynowo-skutkowego między zagrożeniem wirusem a wspomnianą zmianą nie sposób się doszukać.

Nie wchodząc jednak w analizę zasadności poszczególnych interwencji ustawodawczych warto nieco miejsca poświęcić nowo dodanemu do Kodeksu wykroczeń czynowi zabronionemu określonymu w art. 107a k.w. Przepis ten został włączony do systemu prawa wykroczeń na mocy ustawy z dnia 19 czerwca 2020 r. o dopłatach do oprocentowania kredytów bankowych udzielanych przedsiębiorcom dotkniętym skutkami COVID-19 oraz o uproszczonym postępowaniu o zatwierdzenie układu w związku z wystąpieniem COVID-19 (art. 26 pkt 1 tego aktu prawnego)⁴ i penalizuje on zachowanie polegające – najogólniej rzecz ujmując – na zakłócaniu przebiegu zdalnej komunikacji⁵. Nie sposób więc negować w tym wypadku powiązania kauzalnego między tym rozwiązaniem, a sytuacją epidemiologiczną. Wspomniana na wstępie nowa rzeczywistość wykreowana przez COVID-19 w sposób oczywisty wymusiła przeniesienie wielu aktywności ludzkich, w tym tych o charakterze oficjalnym, do przestrzeni wirtualnej⁶. Przykłady są liczne, choćby zdalne nauczanie w szkołach bądź na uniwersytetach, kwestia zdalnych obron prac dyplomowych (licencjackich, magisterskich, czy doktorskich), czy też zdalnie odbywające się egzaminy. To wszystko zaś pociągnęło za sobą pojawienie się w sferze publicznej pewnych nowych (a często już wcześniej istniejących, lecz obecnie bardziej zintensyfikowanych), społecznie szkodliwych zjawisk, w tym właśnie tych polegających na przeszkadzaniu tego rodzaju komunikacji⁷. Mowa tutaj m.in. o trollingu internetowym ro-

² Dz. U. z 2020 r., poz. 568.

³ Szerzej na temat tego przestępstwa patrz w: M. Mozgawa, Komentarz do art. 190a k.k., (w:) Kodeks karny. Komentarz, pod red. M. Mozgawy, LEX 2020.

⁴ Dz. U. z 2020 r., poz. 1086.

⁵ Stosownie do art. 107a § 1 k.w. kto nie będąc do tego uprawnionym, włączając się w transmisję danych prowadzoną przy użyciu systemu teleinformatycznego, udaremnia lub utrudnia użytkownikowi tego systemu przekazywanie informacji, podlega karze ograniczenia wolności albo grzywny nie niższej niż 1000 złotych. Zgodnie zaś z § 2 tego przepisu jeżeli sprawca czynu określonego w § 1 używa słów powszechnie uznanych za obelżywe lub w inny sposób dopuszcza się nieobyczajnego wybryku, podlega karze aresztu, ograniczenia wolności albo karze grzywny nie niższej niż 3000 złotych.

⁶ Nie sposób zaś zaprzeczyć twierdzeniu, że Internet jest takim medium, które daje nowe możliwości popełniania przestępstw; J. Kosiński, A. Lach, (w:) Zwalczanie nielegalnych treści w Internecie, pod red. A. Lacha, Toruń 2015, s. 9.

⁷ Zjawiskiem nowym, związanym ze zdalnym nauczaniem są tzw. rajdy na e-lekcje. Uogólniając można powiedzieć, że polegają one na tym, że nieznana osoba dołącza do zdalnie pro-

zumianym jako antyspołeczne zachowanie charakterystyczne dla internetowych grup, forów dyskusyjnych, czatów i sieci społecznościowych, polegające na zamierzonym wpływaniu na innych użytkowników w celu ich ośmieszenia lub obrażenia poprzez wysyłanie napastliwych, kontrowersyjnych, często nieprawdziwych przekazów⁸, czy też o działaniu osób zamieszczających w trakcie zdalnych spotkań różnego rodzaju patotreści. Te ostatnie oznaczają takie treści, które są wulgarne, poniżające, pełne przemocy fizycznej i słownej, nierzadko nagrywane pod wpływem alkoholu lub innych środków odurzających, z lekceważeniem prawa i zasad współżycia społecznego oraz niosą za sobą demoralizujący przekaz⁹. Oczywiście przyczyn takich zjawisk jest wiele i z pewnością nie jest to miejsce na ich analizę, choć dla porządku wypada wskazać na takie jak wyobrażenie o bezkarności i anonimowości w sieci, chęć zaimponowania, czy też zwykła nuda¹⁰. Ta ostatnia mogła w czasie restrykcji związanych z pandemią w sposób znaczący determinować ludzkie zachowania. Można oczywiście zastanawiać się, czy dotychczasowe przepisy były wystarczające w zakresie przeciwdziałania takim zachowaniom (odniesienie się do tych kwestii będzie poczynione w dalszej części tekstu), to jednak samą chęć wprowadzenia mechanizmu wprost odnoszącego się do tych zjawisk *a priori* można uznać za właściwą.

Z kontekstu sytuacyjnego uchwalenia art. 107a k.w. wynika, że chodziło w głównej mierze o ochronę prowadzenia zajęć w trybie zdalnym¹¹. Przepis ten został zamieszczony w rozdziale XII Kodeksu wykroczeń „Wykroczenia przeciwko osobie”. W rozdziale tym zgrupowane są czyny zabronione go-

wadzonej lekcji i utrudnia lub uniemożliwia jej prowadzenie. Może to polegać na wyzywaniu uczestników, głośnym odtwarzaniu muzyki, czy też wysyłaniu obraźliwych treści w postaci np. gifów; <https://cik.uke.gov.pl/news/rajdy-na-e-lekcje,210.html>

⁸ Mini słownik Biura Bezpieczeństwa Narodowego, <https://www.bbn.gov.pl/pl/bezpieczenstwo-narodowe/minislownik-bbn-propozy/6035,MINISLOWNIK-BBN-Propozycje-nowych-terminow-z-dziedziny-bezpieczenstwa.html> (wszelkie odnośniki internetowe dostęp na dzień 21 lipca 2020 r.).

⁹ Deklaracja uczestników Okrągłego Stołu Rzecznika Praw Obywatelskich do walki z patotreściami w internecie z dnia 28 listopada 2018 r., stanowiąca załącznik do raportu Fundacji Dajemy Dziecom Siłę we współpracy z Rzecznikiem Praw Obywatelskich „Patotreści w internecie. Raport o problemie”, Warszawa 2019, s. 45.

¹⁰ A. Narusiewicz-Duchlińska, Intencjonalne językowe zakłócenia komunikacji internetowej (trolling, flaming, hejting), *Prace Językoznawcze* 2014, nr XVI/4, s. 91–92.

¹¹ Jak można wyczytać w komunikacie Biura Komunikacji i Promocji Ministerstwa Sprawiedliwości „Najnowsza Tarcza antykryzysowa wprowadza do Kodeksu wykroczeń surowe kary za zakłócanie przez hejterów zdalnych lekcji, prowadzonych przez szkoły w czasie epidemii koronawirusa. To odpowiedź na liczne przypadki ataków internetowych trolli, którzy przejmowali transmisje on-line, obrażali uczniów i nauczycieli, wyświetlali materiały pornograficzne. Ministerstwo Sprawiedliwości chroni nauczycieli i uczniów przed takimi działaniami. Za włamanie na e-lekcje i inne transmisje w sieci grozić będzie kara ograniczenia wolności lub co najmniej 1000 zł grzywny”, <https://www.gov.pl/web/sprawiedliwosc/tarcza-sprawiedliwosci-kary-za-wlamania-na-e-lekcje-ochrona-przedsiębiorców-mniej-spraw-w-sadach-i-procesy-on-line>.

dzące w głównej mierze w jednostkę ludzką. Chodzi o ochronę różnych aspektów człowieczeństwa (np. poczucia godności małoletniego na gruncie art. 104 k.w. – skłanianie do żebrania m.in. małoletniego, czy też poczucia bezpieczeństwa – art. 108 k.w. – szczenie psem człowieka). Mając na względzie naturę czynów zabronionych zawartych w tym rozdziale (godzenie przede wszystkim w indywidualną jednostkę ludzką) można podać w wątpliwość zasadność umieszczenia art. 107a k.w. właśnie w tym rozdziale. Zdalne zajęcia, czy też inne oficjalne spotkania związane z wykonywaniem obowiązków zawodowych (np. zdalne zebrania w jakiejś korporacji, czy też zdalne posiedzenia organów samorządu terytorialnego) zdają się być częścią życia publicznego. Wydaje się tym samym, że zachowaniu spenalizowanemu w tym przepisie (uwzględniając artykułowane oficjalnie motywy ustawodawcze) bliżej jest do wykroczeń godzących w porządek i spokój publiczny, zaś typ kwalifikowany zdecydowanie bardziej spokrewniony jest z wykroczeniami przeciwko obyczajności publicznej, która to obyczajność stanowi pewien odrębnie chroniony wycinek właśnie porządku publicznego. Tym samym można byłoby więc twierdzić, że przepis art. 107a k.w. powinien być zamieszczony w rozdziale VIII „Wykroczenia przeciwko porządkowi i spokojowi publicznemu”. Jednak na decyzję ustawodawcy o obecnym miejscu tego przepisu należy także spojrzeć w szerszym nieco kontekście. Przede wszystkim zwraca uwagę fakt, że umieszczenie wykroczenia w danym rozdziale ma charakter nie tylko porządkowy, ale także przekłada się na jego wykładnię. Aktualna jego treść dekodowana łącznie z jego umiejscowieniem w akcie normatywnym powoduje, że znamiona tego czynu będzie realizowała również taka osoba, która włącza się do zdalnego spotkania dwóch tylko osób, które to spotkanie ma charakter wyłącznie prywatny, a jednocześnie utrudnia lub udaremnia jednemu z uczestników przekazywanie informacji drugiej stronie¹². Tym samym można przyjąć, że ochronie karnej *de lege lata* podlegają nie tylko zdalne spotkania o charakterze oficjalnym i publicznym, ale także te czysto prywatne. Poza umiejscowieniem przepisu za taką interpretacją przemawia także fakt, że ustawodawca penalizuje nie zakłócanie odbioru informacji przez inne osoby, ale zakłócanie przekazywania tych informacji przez użytkownika, a tym samym chodzi o ochronę jednostki w zakresie swobody wypowiedzi, a nie o ochronę odbiorcy w zakresie przyswojenia informacji. Oczywiście wymiary te z reguły będą ze sobą sprzężone, jednak prawnie relewantny z zasady jest jedynie pierwszy z nich. Do kwestii tej przyjdzie jeszcze powrócić w dalszej części.

Samo zachowanie sprawcze polega na włączaniu się w transmisję danych prowadzonych przy użyciu systemu teleinformatycznego przy jedno-

¹² Np. dwóch przyjaciół umawia się na konkretną godzinę na spotkanie przez program umożliwiający połączenie audio-video. W jego trakcie „wdziera się” do konwersacji nieproszony gość i utrudnia porozumiewanie się między rozmówcami.

czesnym udaremnianiu lub utrudnianiu użytkownikowi tego systemu przekazywania informacji. Pojęcie systemu teleinformatycznego jest zdefiniowane w ustawie z dnia 18 lipca 2002 r. o świadczeniu usług drogą elektroniczną¹³. Zgodnie z art. 2 pkt 3 tej ustawy należy przez nie rozumieć zespół współpracujących ze sobą urządzeń informatycznych i oprogramowania, zapewniający przetwarzanie i przechowywanie, a także wysyłanie i odbieranie danych poprzez sieci telekomunikacyjne za pomocą właściwego dla danego rodzaju sieci telekomunikacyjnego urządzenia końcowego w rozumieniu ustawy z dnia 16 lipca 2004 r. – Prawo telekomunikacyjne (Dz. U. z 2019 r., poz. 2460). Telekomunikacyjnym urządzeniem końcowym zaś jest urządzenie telekomunikacyjne przeznaczone do podłączenia bezpośrednio lub pośrednio do zakończeń sieci (art. 2 pkt 43 ustawy z dnia 16 lipca 2004 r. Prawo telekomunikacyjne)¹⁴. Warto podkreślić, że w znamionach czynu mowa jest o włączaniu się w transmisję danych prowadzoną przy użyciu systemu teleinformatycznego, a nie o włączaniu się np. w samą transmisję, względnie spotkanie prowadzone przy użyciu takiego systemu. Należy sądzić, że owa transmisja danych obejmuje nie tylko samo wizualne i/lub głosowe przekazywanie treści (np. w trakcie prowadzonego wykładu online), ale także zdalne przesyłanie informacji w innej formie (np. poprzez udostępnianie w trakcie wykładu online różnych plików). Transmisja danych polega więc na przekazywaniu informacji między komputerami, przy czym w tym wypadku chodzi o transmisję z wykorzystaniem systemu teleinformatycznego (a więc nie wchodzi w grę przenoszenie danych z jednego komputera na drugi z wykorzystaniem innych metod – np. za pomocą pendrive'a). To zaś, jak się zdaje, oznacza, że art. 107a nie obejmuje jedynie sytuacji, w których sprawca dołącza się w sposób wizualny lub tylko głosowy do prowadzonego zdalnie spotkania i utrudnia lub udaremnia przekazywanie informacji przez użytkownika systemu, choć można założyć, że takie stany faktyczne będą przeważać (i zapewne w gruncie rzeczy o takie zachowania ustawodawcy chodziło). Wydaje się jednak, że znamiona tego czynu obejmować mogą także przypadki, w których sprawca ingeruje w inny sposób w przekazywane zdalnie informacje. Przyjmując taką wykładnię w grę mogłyby wchodzić także sytuacje, w których sprawca np. stosuje programy szyfrujące pliki przesyłane przez uczestnika zdalnego spotkania (np. nauczyciela akademickiego prowadzącego wykład online) i na skutek takiego zaszyfrowania informacje zawarte w tych plikach nie mogą być prawidłowo odczytane przez odbiorców, co utrudnia ich przekazywanie. Owo włączanie się w transmisję danych w takim wypadku polegałoby właśnie na ingerencji w przesyłane zdalnie pliki prowadzącej do uniemożliwienia ich odczytania przez pozostałych użytkow-

¹³ Tekst jedn. Dz. U. z 2020 r., poz. 344.

¹⁴ Tekst jedn. Dz. U. z 2019 r., poz. 2460.

ników. Powyższa sytuacja obejmuje przypadki, gdy pliki są udostępniane w trakcie zdalnego spotkania. Może się jednak zdarzyć, że pliki zostają udostępniane zdalnie innym osobom poza czasem trwania spotkania (np. wykładowca wysyła studentom po wykładzie link do orzeczenia sądowego dotyczącego omawianej na wykładzie tematyki, zaś sprawca podmienia ten odnośnik w ten sposób, że przekierowuje on odbiorcę na strony erotyczne). Tu pojawia się pytanie, czy jest włączaniem się w transmisję danych przypadek w którym sprawca ingeruje w wiadomości rozsyłane już po zakończeniu spotkania. „Włączać się” to tyle co zacząć brać udział w czymś, co już jest zorganizowane¹⁵. Zrelacjonowanie tego pojęcia do transmisji danych powoduje, że to czy znamiona czynu są zrealizowane uzależnione jest od tego, w którym momencie sprawca podjął ingerencję w przesył danych. Można wyobrazić sobie, że sprawca podmienił użytkownikowi systemu teleinformatycznego plik przeznaczony do wysłania zanim ten plik został faktycznie udostępniony (np. włamując się do komputera za pomocą programu szpiegującego). W takim wypadku transmisja danych dotycząca tego pliku jeszcze się nie rozpoczęła, a tym samym wykluczone jest stwierdzenie, że doszło do włączenia się w transmisję danych. Tym samym wydaje się, że o ingerencji w dane będącej włączaniem się w ich transmisję będzie można mówić od momentu, w którym plik zmodyfikowany przez sprawcę został wysłany do czasu w którym adresat (adresaci) go otrzymał. Otrzymanie pliku kończy ciąg transmisji danych, a tym samym modyfikacja takiego pliku już na komputerze odbiorcy nie stanowi realizacji znamienia w postaci „włączania się w transmisję danych”. Wskazane wcześniej główne *ratio legis* tego przepisu, jak i uzasadnienie czysto pragmatyczne prowadzą do wniosku, że lepiej byłoby poprzestać na sformułowaniu „włącza się w transmisję prowadzoną przy użyciu systemu teleinformatycznego”. Takie rozwiązanie zawęziłoby stosowanie tego przepisu do przypadków, w których sprawca włącza się wizualnie i/lub głosowo w prowadzone zdalnie spotkanie. Nie wchodząc w szczegółowe rozwiązania dość stwierdzić, że bezprawna ingerencja w same dane może już teraz skutkować odpowiedzialnością na podstawie innych – znacznie surowszych, gdyż statuujących przestępstwa – przepisów (np. art. 269a k.k., art. 268a § 1 k.k., czy też 268 § 2 k.k.)¹⁶. Można tym samym stwierdzić, że ustawodawca w art. 107a „powiedział więcej niż rzeczywiście chciał” tworząc zbędną kazuistykę względem innych przepisów ze wskazanego wyżej zakresu.

Zwraca uwagę, że samo włączenie się w transmisję danych prowadzonych przy użyciu systemu teleinformatycznego przez osobę nieuprawnioną jeszcze nie wyczerpuje znamion czynu zabronionego z art. 107a k.w. Ko-

¹⁵ <https://sjp.pwn.pl/slowniki/w%C5%82%C4%85cza%C4%87.html>.

¹⁶ Szerzej na temat tych przestępstw patrz w: F. Radoniewicz, Odpowiedzialność karna za przestępstwo hackingu, Prawo w Działaniu. Sprawy Karne 2013, nr 13, s. 135–142; M. Siwicki, Cyberprzestępczość, Warszawa 2013, s. 86–177.

nieczne jest jeszcze dodatkowo, aby sprawca udaremnił lub utrudnił użytkownikowi tego systemu przekazywanie informacji. Zwraca uwagę fakt, że zbliżone ujęcie znamion w zakresie czynności sprawczej występuje także choćby w art. 119 ustawy z dnia 4 lutego 1994 r. o prawie autorskim i prawach pokrewnych¹⁷. W przepisie tym mowa o uniemożliwianiu (co zdaje się być terminem zakresowo tożsamym z „udaremnianiem”) oraz o utrudnianiu wykonywania prawa do kontroli korzystania z utworu, artystycznego wykonania, fonogramu lub wideogramu. Na tle tego przestępstwa w doktrynie podnosi się, że uniemożliwianie polega na uczynieniu kontroli niemożliwą do urzeczywistnienia, niedopuszczaniu do czynności kontrolnych, zaś utrudnianie to stanowienie lub stwarzanie przeszkody w procesie wykonywania kontroli, lecz bez jej całkowitego uniemożliwiania¹⁸. Odnosząc się do art. 107a k.w. należy oprzeć się na słownikowym rozumieniu tych terminów. Udaremnić to tyle co sprawić, że coś nie zostaje zrealizowane¹⁹. Z udaremnieniem będziemy mieć do czynienia nie tylko wtedy, gdy w trakcie zdalnego spotkania w ogóle żadna informacja nie będzie mogła zostać przekazana (np. sprawca na samym początku włączył się bezprawnie do transmisji i całkowicie ją zablokował), ale także wtedy, gdy tylko część danego np. wykładu nie zostanie zrealizowana na skutek zachowania sprawcy (np. sprawca włączył się w trakcie spotkania i doprowadzi do jego przerwania). Należy zauważyć, że w tym wypadku wykroczenie to ma charakter materialny, gdzie skutkiem jest przerwanie zdalnego posiedzenia wynikające z braku możliwości przekazywania informacji. Utrudniać natomiast to tyle co stanowić lub tworzyć przeszkodę²⁰. W tym kontekście jest to zrelacjonowane do przekazania danej informacji przez użytkownika systemu. Tak więc chodzi o sytuację, w której dana informacja, czy informacje zostały ostatecznie wyartykułowane, ale osoba przekazująca je działała w warunkach, w których było to utrudnione (np. sprawca zakłóca spotkanie poprzez różne okrzyki). W tym wypadku wykroczenie to ma charakter formalny. Pojawia się pytanie, czy chodzi o utrudnienie o charakterze obiektywnym, czy też subiektywnym. Wydaje się, że należałoby opowiedzieć się za pierwszą koncepcją. Tym samym w grę powinny wchodzić jedynie te sytuacje, w których każdy przeciętny człowiek miałby trudność z przekazaniem danej informacji. Choć przepis literalnie mówi jedynie o utrudnianiu lub udaremnianiu samego aktu przekazywania informacji, to jednak natura takich czynności powoduje, że należy mieć też wzgląd na jej odbiorców, choć ci nie są bezpośrednio chronieni pe-

¹⁷ Tekst jedn. Dz. U. z 2019 r., poz. 1231 (zwana dalej u.p.a.).

¹⁸ M. Mozgawa, P. Kozłowska-Kalisz, *Pozakodeksowe przestępstwa przeciwko własności intelektualnej*, (w:) *Szczególne dziedziny prawa karnego. Prawo karne wojskowe, skarbowe i pozakodeksowe*, System Prawa Karnego, Tom 11, Warszawa 2018, s. 1181.

¹⁹ <https://sjp.pwn.pl/sjp/udaremnic;2532042.html>.

²⁰ <https://sjp.pwn.pl/szukaj/utrudnia%C4%87.html>.

nalizacją tego wykroczenia. Jednak można sądzić, że społeczna potrzeba kryminalizacji w skali przewidzianej sankcją art. 107a k.w. zdaje się nie zachodzić w momencie, gdy dana informacja w sposób obiektywnie niezakłócony dotarła do jej odbiorców. Ponadto opieranie się jedynie na racjonalizacji czysto subiektywnej mogłoby doprowadzić do tego, że w przypadku użytkowników zbyt wrażliwych na zachowania innych osób odpowiedzialność w oparciu o ten przepis mogłaby wchodzić w grę, a w przypadku mówców, którym nie przeszkadzają niedogodności związane z zachowaniem nieproszonych uczestników spotkania, odpowiedzialności tej by nie było. Podsumowując tę kwestię, możliwe są sytuacje, w których zachowanie sprawcy utrudni jedynie w sposób subiektywny przekazanie informacji, bez jednoczesnego utrudnienia jej odbioru pozostałym uczestnikom danego spotkania. W takich jednak wypadkach w grę może wchodzić odpowiedzialność wykroczeniowa w oparciu o art. 107 k.w. (złośliwe dokuczanie innej osobie), choć jednocześnie trzeba zauważyć, że literalne odczytywanie normy zakodowanej w art. 107a k.w., bez odwoływania się do racjonalizacji o charakterze społecznym, *ipso iure* nie wyłącza możliwości stosowania tego przepisu w takich wypadkach²¹. Być może warto byłoby, aby ustawodawca wyraźnie wyartykułował obiektywny charakter utrudniania poprzez dodanie określenia „istotnie”. Owa istotność zrelacjonowana do tego wariantu czynności sprawczej doprowadziłaby do zobiektywizowania tej przesłanki, a jednocześnie wyeliminowałaby stosowanie tego przepisu do przypadków błahych²². Wadą propozycji jest oczywiście ocenność tak określonego znamienia, choć jednocześnie argument taki nie przeszkodził ustawodawcy w zastosowaniu takiej okoliczności w art. 65a k.w.²³, a więc przepisie również dodanym na mocy ustaw związanych z wirusem COVID-19²⁴.

²¹ Można wyobrazić sobie sytuację, w której np. była żona włącza się bez uprawnienia do prowadzonego przez eksmęża wykładu wiedząc, że jej widok wywoła u niego zdenerwowanie. W takim wypadku utrudnianie jest zrelacjonowane wyłącznie do jednej osoby, pozostali uczestnicy spotkania nawet nie mają wiedzy, że taka sytuacja ma miejsce. Wydaje się, że w takich wypadkach art. 107a k.w. nie byłby właściwą podstawą prawną dla ewentualnej odpowiedzialności tej kobiety. Teoretycznie nie byłoby zaś wykluczone stosowanie art. 107 k.w.

²² W tym kontekście należy zgodzić się z twierdzeniem N. Daśko, która w odniesieniu do wspomnianego wcześniej art. 119 u.p.a stwierdziła, że penalizowane mogą być jedynie takie zachowania, które w sposób istotny utrudniają kontrolę, a nie np. takie, które zmniejszają jej komfort (N. Daśko, Komentarz do art. 119, teza 7, (w:) Ustawa o prawie autorskim i prawach pokrewnych. Komentarz, pod red. A. Michalaka, Legalis). Pogląd ten, jak się zdaje, można odnieść także do art. 107a k.w.

²³ Zgodnie z tym przepisem kto umyślnie, nie stosując się do wydawanych przez funkcjonariusza Policji lub Straży Granicznej, na podstawie prawa, poleceń określonego zachowania się, uniemożliwia lub istotnie utrudnia wykonanie czynności służbowych, podlega karze aresztu, ograniczenia wolności albo grzywny.

²⁴ Chodzi o ustawę z dnia 31 marca 2020 r. o zmianie ustawy o szczególnych rozwiązaniach związanych z zapobieganiem, przeciwdziałaniem i zwalczaniem COVID-19, innych chorób

Kolejna kwestia odnosi się do ustawowego opisu podmiotu omawianego wykroczenia. Wbrew pozorom określenie znamion w tym zakresie niekoniecznie jest zupełnie oczywiste. Biorąc pod uwagę wspomniane wcześniej motywy ustawodawcze oraz okoliczności uchwalenia tego przepisu można przyjąć, że ustawodawcy chodziło o to, że sprawcami tego czynu mogą być osoby, które nie są uprawnione do brania udziału w zdalnym posiedzeniu (transmisji danych). Literalne brzmienie tego przepisu, z uwzględnieniem dalszej części dotyczącej charakterystyki strony przedmiotowej zdaje się jednak nieco szerzej określać krąg podmiotów zdolnych do popełnienia tego czynu. Przepis mówi „kto nie będąc do tego uprawnionym, włączając się w transmisję danych prowadzoną przy użyciu systemu teleinformatycznego, udaremnia lub utrudnia...”. Z takiego ujęcia znamion zdaje się wynikać, że brak uprawnienia odnosi się nie do włączania się w transmisję danych, ale do kwestii udaremniania lub utrudniania przekazywania informacji, co jest rozwiązaniem dość osobliwym. Gdyby przepis miał brzmienie „kto nie będąc do tego uprawnionym, włącza się (...) udaremniając lub utrudniając...” jednoznacznie należałoby go odczytać w ten sposób, że podmiotem tego wykroczenia może być tylko taka osoba, która nie ma uprawnienia do brania udziału w danym spotkaniu online. Zastosowanie imiesłowu przysłówkowego współczesnego względem czasownika „włączać”, a nie czasowników „udaremniać” oraz „utrudniać” uzasadnia konstatację, że brak uprawnienia jest zrelacjonowany właśnie do udaremniania oraz utrudniania spotkań online. Kwestia ta została dostrzeżona także przez Rzecznika Praw Obywatelskich w opinii skierowanej przez ten organ do Marszałka Senatu RP w sprawie ustawy wprowadzającej omawiane wykroczenie do Kodeksu wykroczeń²⁵. Stwierdzono w niej, że „Opisane wykroczenie zostało źle sformułowane, gdyż wynika z niego, że sprawcą wykroczenia jest ten, kto nie jest uprawniony do udaremniania lub utrudniania użytkownikowi tego systemu przekazywania informacji, a nie ten, kto nie jest uprawniony do włączenia się w transmisję danych prowadzoną przy użyciu systemu teleinformatycznego. Wydaje się, że nie taki cel przyświecał ustawodawcy. Przepis wymaga zatem przebudowy, gdyż w obecnym kształcie, to nie brak uprawnienia do włączenia się w transmisję danych prowadzoną przy użyciu systemu teleinformatycznego, a brak uprawnienia do udaremniania lub utrudniania użytkownikowi tego systemu przekazywania informacji, jest konstytutywną cechą decydującą o wypełnieniu znamion tego wykroczenia przez sprawcę”. Rozumiejąc tak ten przepis należałoby zastanowić się nad pytaniem, kto jest

zakaźnych oraz wywołanych nimi sytuacji kryzysowych oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. z 2020 r., poz. 568).

²⁵ Pismo RPO z dnia 12 czerwca 2020 r. do Marszałka Senatu RP, s. 22 <https://www.rpo.gov.pl/sites/default/files/Opinia%20RPO%20ws.%20Tarczy%20Antykryzysowej%204.0%20dla%20Marsza%C5%82ka%20Senatu%2C%2012.06.2020.pdf>.

uprawniony do udaremniania względnie utrudniania przekazywania informacji za pomocą systemu teleinformatycznego. Mogłoby tu ewentualnie chodzić o moderatora dyskusji, który ma prawo np. odebrać głos uczestnikowi posiedzenia, który narusza wewnętrzny regulamin spotkania, czy też przekazuje treści niezgodne z prawem. Jest to jednak interpretacja dość wątpliwa z punktu widzenia *ratio legis* przepisu, aczkolwiek zgodna z jego literalnym brzmieniem. Ponadto wyłączenie z odpowiedzialności moderatora za takie zachowania i tak zasadza się na przysługujących mu w tym zakresie uprawnieniach, a tym samym jego powtórzenie w treści przepisu stanowiłoby *superfluum* legislacyjne. Być może chodzi tu o osoby, które mogą kontrolować prawidłowy przebieg prowadzonego spotkania online (np. bezpośredni przełożony wykładowcy, czy też odpowiedni dziekan czuwający nad prawidłowym procesem edukacyjnym, względnie dyrektor danej placówki edukacyjnej). W takich wypadkach jednak (np. przełożony przerywa zajęcia prowadzone przez nietrzeźwego wykładowcę) nie sposób byłoby mówić, że dochodzi do udaremniania lub utrudniania przekazywania informacji. W przypadku zaś, gdy przełożony przerwie prowadzony wykład z przyczyn subiektywnych (np. dlatego, że nie zgadza się z przekazywanymi studentom treściami), to nie sposób doszukiwać się w takim układzie jego uprawnienia w tym zakresie, a więc wyłączenie zawarte w analizowanym przepisie nie objęłoby takiej sytuacji. Widać tym samym, że wskazanie kręgu osób, które miałyby mieć uprawnienie do udaremniania lub utrudniania przekazywania treści w trakcie spotkań online jest nader wątpliwe i jak się zdaje wręcz niemożliwe. Na marginesie jedynie należy dodać, że nadawanie komukolwiek takich uprawnień byłoby przejawem niedopuszczalnej cenzury. Także raczej należy sądzić, że ustawodawcy faktycznie chodziło o osoby, które nie są uprawnione do brania udziału w danym zdalnym spotkaniu, a tym samym w tym zakresie przepis powinien brzmieć „kto nie będąc do tego uprawnionym, włącza się w transmisję danych prowadzoną przy użyciu systemu teleinformatycznego i udaremnia lub utrudnia...”. Takie ujęcie znamion wyraźnie wyłączyłoby z kręgu osób zdolnych do popełnienia tego czynu zabronionego uczestników zdalnego posiedzenia, którzy są uprawnieni do brania w nim udziału (np. posiadający legalnie kod dostępu do kanału, na którym prowadzona jest transmisja). Być może jednak warto byłoby w ogóle zrezygnować z ograniczenia podmiotowego i poprzestać na sformułowaniu „kto włącza się...”. Takie ujęcie przepisu uczyniłoby go zdecydowanie jaśniejszym w tym zakresie, gdyż objęłoby wszystkie osoby, które realizują dyspozycję w nim zawartą. Ponadto jest rzeczą oczywistą, że przeszkadzać w spotkaniu online mogą zarówno osoby legalnie biorące w nim udział, jak i takie, które w sposób nieuprawniony w nim partycypują, a tym samym ochrona takich przedsięwzięć powinna być przewidziana w obu przypadkach.

Niemniej jednak aktualne brzmienie przepisu wskazuje, że podmiotem tego wykroczenia mogą być zarówno osoby, które w sposób uprawniony, jak i nieuprawniony biorą udział w spotkaniu online, zaś z kręgu sprawców wyłączeni są ci, którzy mają uprawnienie do udaremniania lub utrudniania przekazywania informacji za pomocą systemu teleinformatycznego, przy czym ustalenie, o jaką konkretnie grupę chodziło ustawodawcy jest nader wątpliwe, o czym wspomniano wcześniej.

W zakresie strony podmiotowej wykroczenia z art. 107a k.w. należy stwierdzić, że cechuje się ona umyślnością, przy czym w grę, jak się zdaje, może wchodzić jedynie zamiar bezpośredni. Wynika to z natury tego czynu zabronionego. Przede wszystkim chodzi o kwestię włączania się w transmisję danych. Wykluczone jest przyjęcie, że sprawca jedynie godzi się na dołączenie do takowej relacji online. Włączenie się do niej wymaga aktywności związanej z chęcią partycypacji w przedsięwzięciu. Ciężko wyobrazić sobie, że sprawca jedynie godzi się na kliknięcie np. w link aktywujący dostęp do zdalnego posiedzenia. W grę może jednak wejść także konstrukcja zamiaru quasi-ewentualnego, w sytuacji, gdy sprawca chce włączyć się do danego spotkania, a jedynie godzi się na to, że sposób w jaki się zachowuje po przystąpieniu zakłóca jego przebieg.

Ustawodawca wprowadził w art. 107a § 2 k.w. typ zmodyfikowany tego wykroczenia. Alternatywnie ujęte dwie okoliczności kwalifikujące odnoszą się, przynajmniej pośrednio, do dodatkowego godzenia w obyczajność publiczną, co wynika z faktu, że wzorowane są one w dużej mierze na typach wykroczeń skierowanych właśnie przeciwko temu dobru prawnemu (art. 140 k.w. oraz 141 k.w.). Pomimo oparcia się na tych dwóch konstrukcjach, w art. 107a § 2 k.w. ustawodawca wprowadził względem nich pewne modyfikacje. Pierwszą z okoliczności kwalifikujących jest używanie słów powszechnie uznanych za obelżywe. W art. 141 k.w. mowa natomiast jest o używaniu słów nieprzyzwoitych. Naturalnym jest w tym miejscu postawienie pytania o różnice między tymi dwoma sformułowaniami? Przyjmując założenie o racjonalności ustawodawcy należy sądzić, że nie byłoby zasadne nadawanie dwóm różnym (choć zapewne bliskim sobie) terminom jednakowego znaczenia. I tak, zgodnie ze słownikowym rozumieniem słowa „obelżywy” to tyle co obrażający kogoś²⁶, zaś nieprzyzwoity to niezgodny z panującymi normami obyczajowymi²⁷. Opierając się na tych definicjach (a brak przesłanek dla nadawania tym terminom na gruncie normatywnym innego znaczenia) należałoby przyjąć, że w przypadku słowa obelżywego chodzi o takie zwroty, które są skierowane do jakiegoś odbiorcy i jednocześnie mają na celu obrażenie go. W przypadku zaś słów nieprzyzwoitych wystarczy, że będą one

²⁶ <https://sjp.pwn.pl/sjp/obelzywy;2491401.html>.

²⁷ <https://sjp.pwn.pl/szukaj/nieprzyzwoity.html>.

sprzeczne z obyczajnością panującą w społeczeństwie²⁸. To zaś powoduje, że nie każde słowo nieprzyzwoite (w rozumieniu art. 141 k.w.) będzie jednocześnie słowem obelżywym w znaczeniu nowego art. 107a § 2 k.w. Tym samym obszar penalizacji (dotyczący kwalifikowania poszczególnych zwrotów) wyrażony w tym przepisie jest węższy niż ma to miejsce na gruncie art. 141 k.w.²⁹ Pozostaje jednak pytanie, czy zabieg ten był ze strony ustawodawcy w pełni zamierzony, czy też jest konsekwencją braku dostrzeżenia, że Kodeks wykroczeń. w zakresie słów sprzecznych z obyczajnością publiczną posługuje się inną terminologią, niż ta wprowadzona w art. 107a § 2 k.w. Drugą okolicznością kwalifikującą jest „dopuszczenie się w inny sposób nieobyczajnego wybryku”. Nieobyczajny wybryk jest penalizowany w art. 140 k.w. Można przyjąć, że nieobyczajnym wybrykiem jest zachowanie, które godzi w społecznie akceptowane i pożądane wzorce postępowania, a tym samym obiektywnie jest zdolne do wywołania zgorszenia u człowieka o przeciętnym poczuciu przyzwoitości³⁰. Oczywiście katalog zachowań wypełniających tę definicję jest otwarty i w zasadzie zależy od inwencji twórczej samego sprawcy. Badania aktowe wykazały, że najczęściej spotykanymi w praktyce stanami faktycznymi z tego zakresu są publiczne spanie/leżenie w stanie głębokiego upojenia alkoholowego oraz publiczne załatwianie potrzeb fizjologicznych w miejscu do tego nieprzeznaczonym. Inne zachowania, w tym m.in. ekshibicjonizm, czy publiczna masturbacja stanowią zdecydowaną mniejszość³¹. Wydaje się, że nie ma argumentów za tym, aby nieobyczajny wybryk z art. 107a § 2 k.w. interpretować odmiennie niż ma to miejsce na gruncie art. 140 k.w., choć zapewne, ze względu na fakt że art. 107a k.w. odnosi się do zachowań podejmowanych w Internecie, nieco inaczej będą tu rozłożone akcenty³². Zwraca uwagę jednak dodatkowo fakt, że

²⁸ Szerzej na temat tej relacji patrz w: K. Wał a, Wykroczenie nieobyczajnego wybryku na tle pozostałych wykroczeń przeciwko obyczajności publicznej, Warszawa 2019, s. 253.

²⁹ Można sobie wyobrazić sytuację, w której sprawca włącza się na e-lekcję i wykrzykuje frazę „zajebicie się tu do was wbić”. W takim wypadku raczej niezasadne byłoby przyjmowanie że słowo „zajebicie” jest powszechnie uważane za obelżywe. Nikogo ono nie obraża, ale jednocześnie jest sprzeczne z powszechnie przyjmowaną obyczajnością, a tym samym może być uznane za nieprzyzwoite w znaczeniu art. 141 k.w. W danym stanie faktycznym nie będzie więc możliwości przyjęcia art. 107a § 2 k.w., ale również nie wejdzie w grę art. 141 k.w., a to z tego powodu, że zdarzenie miało miejsce w Internecie, którego nie można traktować jako miejsca publicznego (a tego wymaga art. 141 k.w.). Tym samym zdarzenie to mogłoby być kwalifikowane wyłącznie z art. 107a § 1 k.w., o ile oczywiście utrudniłoby, względnie uniemożliwiło przekazywanie informacji innej osobie, o czym przesądzać z góry nie sposób.

³⁰ K. Wał a, Wykroczenie nieobyczajnego..., s. 117.

³¹ *Ibidem*, s. 190–191.

³² Przede wszystkim w grę mogą wchodzić choćby zachowania patostreamerów włączających się w zdalnie prowadzone zajęcia z różnymi transmisjami np. z libacji alkoholowych, czy też z materiałami zawierającymi przemoc lub inne treści sprzeczne z obyczajnością publiczną (np. relacja z załatwiania potrzeby fizjologicznej w centrum miasta). Ponadto chodzić może

na gruncie omawianego przepisu nie wprowadzono wymogu, aby nieobyczajny wybryk miał być podjęty publicznie. Ten zabieg legislacyjny zdaje się być kolejnym argumentem za stanowiskiem, w myśl którego przepisy art. 107a k.w. chronią nie tylko spotkania online o charakterze oficjalnym, ale także te mające charakter czysto prywatny.

Zwraca uwagę także wysokość sankcji w przypadku typu kwalifikowanego (kara aresztu od 5 do 30 dni, kara ograniczenia wolności trwająca 1 miesiąc albo grzywna w przedziale od 3000 do 5000 zł.) Można mieć wątpliwości, czy rozwiązanie to nie jest zbyt represyjne na tle innych wykroczeń, szczególnie jeśli chodzi o dolną granicę kary grzywny. Kształt sankcji powoduje, że w opinii ustawodawcy stanowi ono – obok wykroczeń z art. 50a § 1 i 1a k.w. oraz art. 58 § 2 k.w.³³ – najpoważniejszy spośród wszystkich czynów zabronionych stypizowanych w Kodeksie wykroczeń. Nie wydaje się, aby samo użycie choćby słowa obelżywego w warunkach opisanych w art. 107a k.w. na tyle zwiększało społeczną szkodliwość, aby dolną granicę kary grzywny ustanawiać na wskazanym poziomie. Poza tym prowadzi to do znacznego rozwarstwienia odpowiedzialności wykroczeniowej za zachowania do siebie bliźniaczo podobne, a różniące się tylko tym, że jedno z nich ma miejsce w Internecie, a drugie w sali lekcyjnej³⁴. Nie negując w żaden sposób naganności takich zachowań bardziej racjonalne wydawałoby się uelastycznienie wymiaru kary w tym aspekcie. Wydaje się, że lepszym rozwiązaniem byłaby rezygnacja z podwyższania dolnych granic kary grzywny

również o materiały z zakresu ludzkiej seksualności (np. relacja z odbywanego stosunku seksualnego, czy też obnażanie się). W grę może wchodzić także choćby wykonywanie różnego rodzaju obraźliwych gestów w trakcie zdalnego prowadzenia zajęć (warto odnotować, że za nieobyczajny wybryk w orzecznictwie uznano przypadek (słusznie), w którym sprawczyni pokazała środkowy palec policjantom będącym na służbie; zob. wyrok Sądu Rejonowego w Janowie Lubelskim z dnia 27 kwietnia 2009 r., sygn. II W 71/09, niepubl.) Na tym tle interesującym jest także zagadnienie używania słów nieprzyzwoitych, które jednak nie są kwalifikowane jako powszechnie uznawane za obelżywe. Wydaje się, że użycie takich słów nie powinno być traktowane jako nieobyczajny wybryk. Po pierwsze, ustawodawca wyraźnie na gruncie art. 141 k.w. odrębnie spenalizował używanie słów nieprzyzwoitych, a tym samym niejako wyłączył to zachowanie spod art. 140 k.w. Po drugie, w § 2 art. 107a wyraźnie jako okoliczność kwalifikującą wskazano na używanie słów obelżywych. Tym samym traktowanie słów nieprzyzwoitych jako nieobyczajnego wybryku jawiłoby się jako stosowanie wykładni rozszerzającej na niekorzyść sprawcy.

³³ Zebractwo w typie kwalifikowanym jest o tyle charakterystyczne, że ustawodawca w tym wypadku w ogóle nie przewiduje kary grzywny w sankcji, a jedynie karę aresztu albo ograniczenia wolności.

³⁴ Np. jeśli sprawca włączy się na e-lekcję i przeszkodzi prowadzącemu poprzez użycie słowa wulgarnego skierowanego wobec uczniów to będzie odpowiadał na podstawie art. 107a § 2 k.w. w granicach wskazanych w sankcji tego przepisu. Jeśli natomiast sprawca uczyni dokładnie to samo, tyle że tym razem nie w Internecie, ale wejdzie do jakiejś klasy w szkole, to jego odpowiedzialność powinna opierać się na art. 141 k.w. (używanie słów nieprzyzwoitych w miejscu publicznym, jakim jest klasa w szkole), gdzie w sankcji przewiduje się karę ograniczenia wolności, karę grzywny do 1500 zł (od 20 zł) lub naganą.

(zarówno w typie podstawowym, jak i kwalifikowanym), przy jednoczesnym pozostawieniu kary aresztu w § 2, co odróżniałoby sankcję za typy zmodyfikowane względem typu podstawowego³⁵.

Z ustawowym zagrożeniem karą, które jest emanacją społecznej szkodliwości tego czynu zabronionego w ocenie ustawodawcy, wiąże się pewna jego niekonsekwencja. Otóż natura omawianego wykroczenia pozwala na postawienie tezy, zgodnie z którą sprawcami takich zachowań mogą dość często być nieletni, którzy dla swego rodzaju zdobycia uznania będą organizować np. wspomniane rajdy na e-lekcję. Na tym tle zwraca uwagę, że wykroczenie z art. 107a k.w. nie zostało uznane za czyn karalny w rozumieniu art. 1 § 2 pkt 2 lit. b ustawy z dnia 26 października 1982 r. o postępowaniu w sprawach nieletnich³⁶. Wydaje się, że skoro ustawodawca tak poważnie traktuje omawiane wykroczenie to powinno znaleźć to swój wyraz także na gruncie wspomnianego aktu prawnego. *De lege lata* jeśli 16-latek dopuści się rajdu na e-lekcję, to jego zachowanie (jeśli nie wyczerpie jednocześnie znamion innego czynu zabronionego) będzie mogło zostać potraktowane jedynie w kategoriach wykazywania przejawów demoralizacji. Wprowadzie jest to również podstawa wszczęcia postępowania w jego sprawie w oparciu o przepisy ustawy, to jednak bardziej adekwatne byłoby uznanie takiego czynu za czyn karalny.

Warto zastanowić się także nad ewentualnymi podstawami prawnymi, jakie mogły posłużyć do kwalifikacji zachowań objętych aktualną dyspozycją art. 107a § 1 i 2 k.w. przed wejściem w życie tych przepisów. Analiza ta istotna jest choćby ze względu na ustalenie, czy wprowadzenie tych mechanizmów do Kodeksu wykroczeń faktycznie było zabiegiem uzasadnionym. Oczywiście wszystko zależy od tego, w jaki sposób taki uczestnik udaremnia czy utrudnia przekazywanie informacji drugiej osobie. Jeśli polega to np. na personalnym ataku na taką osobę poprzez obrażanie lub mówienie nieprawdziwych informacji na jego temat to w grę może wchodzić stosowanie przepisów z zakresu przestępstw zniewagi lub zniesławienia. Udostępnianie np. treści pornograficznych może skutkować odpowiedzialnością karną w oparciu o art. 202 § 1 k.k. (w tym kontekście pojawia się znamień w postaci publicznego działania, co będzie przedmiotem rozważań w dalszej części opracowania). Jeśli zaś odbiorcą prezentowanych treści pornograficznych jest małoletni poniżej lat 15 (czego wykluczyć nie można biorąc pod uwagę kwestię zdalnego nauczania w szkołach), to w grę wchodzi stosowanie art. 200 § 3 k.k. Problem jednak występuje w przypadku zachowań mniej społecznie szkodliwych, takich jak używanie słów nieprzyzwoitych, czy też do-

³⁵ Typ podstawowy jest zagrożony karą ograniczenia wolności na okres 1 miesiąca albo grzywną od 1000 zł do 5000 zł.

³⁶ Tekst jedn. Dz. U. z 2018 r., poz. 969.

puszczanie się czynów o charakterze karalnego wybryku – art. 51 k.w., art. 140 k.w.).

I tak, jeśli chodzi o używanie słów nieprzyzwoitych w miejscach publicznych to ustawodawca penalizuje to zachowanie w art. 141 k.w. *in fine*. Zasadniczy jednak problem w stosowaniu tego przepisu w rozpatrywanych przypadkach tkwi w sformułowaniu „miejscie publiczne”. Czy można uznać, że użycie wulgaryzmu w trakcie zdalnego posiedzenia następuje w miejscu publicznym?³⁷ Sąd Najwyższy wprawdzie uznał Internet za miejsce publiczne³⁸, to jednak stanowisko to spotkało się ze słuszną krytyką ze strony przedstawicieli doktryny prawa karnego³⁹, choć należy podnieść, że niektórzy autorzy zdają się nie negować takiej możliwości⁴⁰. Opowiadając się jednak za odmiennym od wyrażonego przez SN podejściem w tej materii należałoby przyjąć, że skoro Internet nie może być traktowany jako miejsce, to jednocześnie użycie słowa nieprzyzwoitego w trakcie zdalnego posiedzenia nie będzie mogło skutkować odpowiedzialnością wykroczeniową z art. 141 k.w. W doktrynie na tle tej problematyki pojawił się postulat, aby art. 141 k.w. zmodyfikować dodając do niego § 2 w brzmieniu „kto publicznie wyraża się w sposób nieobyczajny...”⁴¹. Jednak i w tym wypadku można mieć wątpliwości, tym razem odnoszące się do pojęcia „działanie publiczne” i oceny jego wystąpienia w przypadku spotkań organizowanych online. W nauce prawa karnego wyrażono pogląd, że działanie publiczne zachodzi wówczas, gdy zachowanie sprawcy jest lub może być obiektywnie dostrzeżone przez nieokreśloną liczbę nieoznaczonych z góry osób⁴². Podobne stanowisko zostało wyartykułowane także w orzecznictwie⁴³. Na tym tle należy zauważyć, że zazwyczaj w zdalnych posiedzeniach (np. zdalnie prowadzonych lek-

³⁷ Oczywiście chodzi o sytuację, w której sprawca bierze udział w zdalnym spotkaniu znajdując się np. w swoim mieszkaniu. Jeśli czyni to w miejscu publicznym (np. jadąc autobusem) z wykorzystaniem jakiegoś urządzenia mobilnego, to nie ma wątpliwości, że odpowiedzialność z art. 141 k.w. może wchodzić w grę.

³⁸ Postanowienie Sądu Najwyższego z dnia 17 kwietnia 2018 r., sygn. IV KK 296/17, LEX nr 2481975.

³⁹ J. Kułesza, Glosa do postanowienia SN z dnia 17 kwietnia 2018 r., sygn. IV KK 296/17, Prokuratura i Prawo 2019, nr 3, s. 117–126.; M. Nawrocki, Postanowienie Sądu Najwyższego z dnia 17 kwietnia 2018 r., sygn. IV KK 296/17. Glosa, Orzecznictwo Sądów Polskich 2019, nr 2, s. 59–71.

⁴⁰ Przestrzeń internetową jako miejsce publiczne zdaje się traktować R. Krajewski (R. Krajewski, Karnoprawna ochrona języka polskiego, *Ius Novum* 2013, nr 4, s. 14); podobnie zdaje się uważać J. Warylewski, Nie szczypać w mieście! (Zagadkowe niekiedy) wykroczenia przeciw obyczajności publicznej, *Gazeta Sądowa* 2000, nr 11, s. 41.

⁴¹ Szerzej na temat tych zagadnień zob. w K. Wala, Wykroczenie nieobyczajnego..., s. 258–270.

⁴² D. Egierska-Miłoszewska, Nieobyczajny wybryk (art. 140 k.w. w teorii i praktyce), *Zagadnienia Wykroczeń* 1979, nr 4–5, s. 67; M. Bojarski, (w:) *Kodeks wykroczeń. Komentarz*, pod red. M. Bojarskiego i W. Radeckiego, Warszawa 2016, s. 969.

⁴³ Uchwała składu 7 sędziów Sądu Najwyższego z dnia 20 września 1973 r., sygn. VI KZP 26/73, LEX nr 18637.

cyjach) biorą udział uczestnicy, którzy są w sposób ścisły oznaczeni (np. nauczyciel i jego klasa)⁴⁴. To oznacza, że ewentualne niewłaściwe zachowania (samych uczestników, czy sprawcy, który włączył się w spotkanie) w postaci np. wybryków, czy używania słów nieprzyzwoitych nie są dostępne dla nieokreślonej liczby osób, co wyklucza traktowanie ich jako czynionych publicznie. To zaś wyłącza stosowanie w takich wypadkach choćby art. 140 k.w. (publiczne dopuszczenie się wybryku), czy też postulowanego (o czym wcześniej wspomniano) art. 141 § 2 k.w. Problem ten częściowo mógłby być rozstrzygnięty przy wykorzystaniu interesującej wykładni „działania publicznego” przedstawionej przez L. Gardockiego, który przyjął że wchodzi ono w grę również wtedy, gdy grupa osób będąca odbiorcami danego zdarzenia jest wprawdzie oznaczona, ale cechuje się większą liczbą⁴⁵. Jednak i ta koncepcja nie obejmuje przypadków zdalnych posiedzeń, w których bierze udział niewiele osób (np. zdalnie prowadzona obrona pracy dyplomowej, podczas której obecne są 4 osoby). Tym samym nie każdemu posiedzeniu online będzie można nadać cechę publiczności, co wyłącza w tych wypadkach możliwość stosowania przepisów zawierających w znamionach znamię działania publicznego.

Nie sposób nie odnieść się także do art. 51 k.w. i jego ewentualnego stosowania w przypadku niewłaściwych zachowań podejmowanych w trakcie zdalnych spotkań. Istota tego wykroczenia polega na zakłóceniu spokoju lub porządku publicznego, spoczynku nocnego lub wywołania zgorszenia w miejscu publicznym poprzez wybryk lub inne zachowania wskazane w dyspozycji tego przepisu. Przyjąłem koncepcję, w myśl której Internet nie jest miejscem publicznym, a tym samym konsekwentnie opowiadam się za brakiem możliwości stosowania tego przepisu, w zakresie w jakim penalizuje on wywołanie zgorszenia w miejscu publicznym, w przypadku niewłaściwych zachowań w trakcie zdalnych spotkań. Warto jednak przyrzeć się pozostałym skutkom wymienionym w art. 51 k.w. (oczywiście z wyłączeniem zakłócania spoczynku nocnego). Jak wskazuje M. Budyn-Kulik spokój publiczny jest stanem pewnej równowagi, odnoszącym się do funkcjonowania społec-

⁴⁴ Wprawdzie można się w takich wypadkach próbować doszukać możliwości dostrzeżenia takiego zachowania przez inne osoby, niż uczestnicy spotkania (np. przez rodziców dzieci, którzy mogą wejść do pokoju, w którym ich pociecha odbywa zdalną lekcję), to jednak po pierwsze można mieć wątpliwości, czy zachodziłaby w tym wypadku wymagana „obiektywna możliwość” zrelacjonowana do pojawienia się osób postronnych (w tym przykładzie rodziców), a po drugie nawet jeśli uznać, że w takim wypadku by ona faktycznie wystąpiła (możliwość ze względu na okoliczności dotyczące tego, że w trakcie takich zajęć teoretycznie rodzice również są obecni w domu), to z pewnością jest wiele innych zdalnych spotkań, gdzie warunek ten nie byłby spełniony, a jednocześnie nie ma racji odbieranie im ochrony karnoprawnej w kontekście ich utrudniania względnie udaremniania (np. zdalne posiedzenie katedry uniwersyteckiej liczącej 5 osób).

⁴⁵ L. Gardocki, *Prawo karne*, Warszawa 2017, s. 320.

czeństwa jako takiego⁴⁶. Ponadto w literaturze podnosi się, że zakłócenie spokoju publicznego oznacza naruszenie równowagi psychicznej ludzi (spowodowanie u nich uczucia zaniepokojenia, czy też zdenerwowania), przy czym wystarczy, że skutek taki dotknie wyłącznie jedną osobę⁴⁷. Nie wydaje się przy tym konieczne, aby do owego zakłócenia zawsze musiało dochodzić w miejscu publicznym, choć niektórzy autorzy zdają się stawiać ten warunek⁴⁸. Nie ma powodów, aby wyłączać spod ochrony karnoprawnej opartej na tym przepisie przypadki, w których zachowanie sprawcy, nawet jeśli jest podjęte w miejscu prywatnym, ze względu na jego specyfikę oddziałuje na psychikę innych osób, które też niekoniecznie muszą się znajdować w miejscach ogólnodostępnych. Takie ograniczenie z pewnością nie wynika z treści samego przepisu. Można sądzić, że zasady dotyczące wspólnej koegzystencji (np. mieszkańców bloku, czy użytkowników jakiegoś kanału w Internecie) są elementem składającym się na spójny publiczny (stanowią część życia społecznego), a tym samym ich naruszenie wywołujące zmianę w świecie zewnętrznym w postaci naruszenia owego spokoju może nastąpić bez względu na miejsce, w którym sprawca przedsięwziął swój czyn, a pokrzywdzony doświadczył skutku. Przykładem może być sytuacja, w której sprawca w porze dziennej podjudza wspólnie mieszkające z nim psy, aby bezpodstawnie ujadły, co prowadzi do naruszenia równowagi psychicznej sąsiadów. Analogicznie będzie w przypadku analizowanych zachowań zakłócających przebieg zdalnych posiedzeń. Jeśli zaś chodzi o zakłócanie porządku publicznego, to jak wskazuje się w doktrynie, polega ono na wywołaniu takiego stanu, który w konkretnych okolicznościach, w określonym miejscu i czasie oraz zgodnie z przyjętymi normami, uważa się za nienormalny. Utrudnia on lub wręcz uniemożliwia ludziom zwykłe, rutynowe zachowanie się w miejscach dostępnych dla nieokreślonej grupy osób⁴⁹. W podobnym tonie wypowiedział się na ten temat także SN⁵⁰. Ów porządek publiczny tym samym zdaje się być powiązany z funkcjonowaniem człowieka w miejscach publicznych, a takim Internet nie jest.

⁴⁶ M. Budyn-Kulik, (w:) Kodeks wykroczeń. Komentarz, pod red. P. Daniluka, Warszawa 2016, s. 325.

⁴⁷ P. Kozłowska-Kalisz, (w:) Kodeks wykroczeń. Komentarz, pod red. M. Mozgawy, Warszawa 2009, s. 180.

⁴⁸ W. Jankowski twierdzi, że zakłócenie spokoju publicznego, to takie zachowanie, które jest wprawdzie podjęte w miejscu publicznym lub prywatnym, ale narusza stan równowagi psychicznej nieoznaczonej liczby osób znajdujących się w miejscu publicznym, przy czym wystarczy, że skutek dotknie wyłącznie jedną osobę; W. Jankowski, (w:) Kodeks wykroczeń. Komentarz, pod red. T. Grzegorzcyka, Warszawa 2013, s. 228.

⁴⁹ M. Budyn-Kulik, (w:) Kodeks wykroczeń..., pod red. P. Daniluka, s. 325.

⁵⁰ Wyrok Sądu Najwyższego – Izba Karna z dnia 2 grudnia 1992 r., sygn. III KRN 189/92, Legalis nr 76822.

Oczywiście dla możliwości zastosowania art. 51 k.w. w kontekście przeszkadzania zdalnym spotkaniom konieczne jest jeszcze ustalenie, czy takie zachowanie może być traktowane jako wybryk. Wydaje się, że zasadna jest interpretacja tego pojęcia przedstawiona przez L. Falandysza. Zgodnie z nią, wybrykiem jest czyn rażąco odbiegający od przyjętych w danych okolicznościach obowiązujących norm zachowania się i okazujący lekceważenie ich przez sprawcę⁵¹. Z jednej strony wskazuje ona na aspekt podmiotowy tego pojęcia, ograniczając je jedynie do zachowań umyślnych (okazywanie lekceważenia dla norm zachowania się), a z drugiej zasadnie zawęża je do czynów, które rażąco odbiegają od przyjętych w danych okolicznościach norm zachowania się. Z zasady można przyjąć, że kryteria te w przypadku, gdy dochodzi do przerywania lub utrudniania zdalnych zajęć/posiedzeń, szczególnie takiego o charakterystyce trollingu (wspominane wcześniej tzw. rajdy na e-lekcje) są spełnione, a tym samym czyny takie mogą być traktowane jako wybryk. Należy nadmienić, że na wszelkiego rodzaju oficjalnych spotkaniach będących częścią życia społecznego obowiązuje nieco podwyższony standard zachowania, co zaś implikuje, że niektóre działania mogą być traktowane jako wybryk, nawet jeśli w innych okolicznościach za takowe uznane by nie zostały⁵². Bezsporne jest, że każdy stan faktyczny wymaga w tym zakresie poczynienia stosownych ustaleń *in concreto*⁵³. Może pojawić się wątpliwość co w przypadkach, gdy sprawca jedynie włącza się w transmisję danych (np. włącza się na kanał, gdzie prowadzone są zdalne zajęcia), ale nic poza tym nie robi. Wydaje się, że takie zachowanie nie może być traktowane jako wybryk, a już z pewnością nie jako wybryk zakłócający spokój publiczny. Zachowanie takie nie byłoby zresztą objęte również dyspozycją art. 107a k.w., gdyż wątpliwe byłoby uznanie, że samo przebywanie na zdalnie prowadzonych zajęciach utrudnia lub udaremnia przekazywanie informacji innemu użytkownikowi (np. nauczycielowi).

Mając na względzie powyższe można przyjąć, że zakłócanie zdalnych spotkań mogłoby być traktowane jako wybryk zakłócający spokój publiczny, co implikowałoby możliwość stosowania art. 51 k.w. w tego rodzaju stanach

⁵¹ L. F a l a n d y s z, Wykroczenie zakłócania porządku publicznego, Warszawa 1974, s. 30.

⁵² Np. sprawca włączając się na e-lekcję zaczyna całować się namiętnie ze swoją koleżanką, co widzą inni uczestnicy spotkania. W takim wypadku, ze względu na okoliczności czynu, ale także aspekt podmiotowy wyrażający się w lekceważeniu odczuć innych osób (nauczyciela, uczniów), można byłoby takie zachowanie traktować w kategoriach wybryku. Jeśliby natomiast takie zdarzenie miało miejsce np. na ławce w parku, to doszukiwanie się w nim cech wybryku nie byłoby zasadne.

⁵³ Np. sprawca w trakcie spotkania beka. Jeśli ma to charakter jednorazowy, być może przypadkowy (sprawca nie wiedział, że ma aktywny mikrofon), to dopatrywanie się wybryku nie wchodziłoby w grę. Jeśli natomiast sprawca robi to celowo, dla śmiechu, utrudniając prowadzenie zdalnych zajęć, to kwalifikowanie takiego zachowania w kategoriach wybryku jest prawdopodobne.

faktycznych. Oficjalne spotkania (zdalne lekcje, wykłady, obrony, czy też posiedzenia w ramach wykonywanych obowiązków służbowych itp.) zdają się stanowić część życia publicznego, a tym samym jeśli dochodzi do ich zakłócania (w tym utrudniania przekazywania informacji, udaremniania takich spotkań), to tym samym można mówić o zakłóceniu spokoju publicznego w rozumieniu wyżej wskazanym. Mając powyższe na względzie można podać w wątpliwość potrzebę wprowadzenia art. 107a k.w. do polskiego systemu prawnego.

Pewien problem może odnosić się do spotkań nieoficjalnych (w tym zwykłych spotkań towarzyskich prowadzonych online). Jak to zostało wcześniej wspomniane art. 107a k.w. zdaje się odnosić również do takich przedsięwzięć. Prywatna rozmowa dwóch osób prowadzona za pomocą sieci teleinformatycznej z natury rzeczy nie ma wymiaru publicznego, stąd też przeszkadzanie jej trudno byłoby uznać za zakłócanie spokoju publicznego lub porządku publicznego. Oczywiście nie oznacza to, że jej przerywanie/utrudnianie jest zupełnie irrelevantne prawnokarnie. W grę może wchodzić stosowanie choćby art. 107 k.w., odnoszącego się do wykroczenia polegającego na złośliwym niepokojeniu innej osoby⁵⁴. Oczywiście nie jest wykluczone także ewentualne kwalifikowanie takiego zachowania w oparciu o inne przepisy (np. przestępstwo zniewagi), co zależy od konkretnego stanu faktycznego i inwencji twórczej samego sprawcy.

Na jeszcze jedną, jak się zdaje dość istotną kwestię należy zwrócić uwagę. Chodzi o zachowania osób, które np. udostępniają kody dostępu do kanałów, na których prowadzone są zdalne posiedzenia. Wykluczone zdaje się stosowanie wobec takich osób przepisu art. 269b k.k., gdyż ten penalizuje m.in. udostępnianie kodów dostępu, ale do informacji przechowywanych np. w systemie teleinformatycznym⁵⁵. Nie sposób uznać wykładu prowadzonego na żywo w sieci za informację przechowywaną w systemie teleinformatycznym. Odpowiedzialność takich osób zdaje się więc zasadzać na konstrukcji pomocnictwa do czynu zabronionego. Oczywiście w grę może wchodzić niekiedy pomocnictwo do popełnienia przestępstwa (np. gdy udostępniający kod przynajmniej zamiarem ewentualnym obejmuje to, że osoba nieuprawniona do udziału w transmisji w jej trakcie zaprezentuje film pornograficzny wobec osób małoletnich poniżej 15 lat). Problem pojawia się jednak, gdy dane zachowanie o charakterze pomocnictwa jest zrelacjonowane do czynu zabronionego o statusie jedynie wykroczenia. Pomocnictwo w prawie wykroczeń jest karalne wyłącznie wtedy, gdy ustawa tak stanowi (art. 14 § 1 k.w.).

⁵⁴ Szerzej na temat tego przepisu patrz w: K. Wala, Wykroczenia przeciwko osobie jako forma ochrony jednostki na przedpolu realizacji znamion przestępstwa znęcania, (w:) Znęcanie, pod red. M. Mózgawy, Warszawa 2020, s. 511–523.

⁵⁵ Szerzej na temat tego przestępstwa patrz w: F. Radoniewicz, Odpowiedzialność karana..., s. 143–145.

W tym kontekście zwraca uwagę brak odpowiedniej klauzuli w tym zakresie względem art. 107a k.w. Można przyjąć założenie, że takie zachowania (udostępnianie kodów) mogą stanowić dość często integralną część np. rajdów na e-lekcję. Potrzeba przeciwdziałania takim czynom stanowi zaś istotny element walki ze zjawiskiem objętym dyspozycją art. 107a k.w. Niestety konstrukcja ta nie przewiduje odpowiednich narzędzi w tym zakresie. Jedynie na marginesie należy zauważyć, że w przypadku wykroczeń z art. 51 k.w. pomocnictwo jest (słusznie) karalne (§ 3).

Reasumując, wprowadzenie art. 107a k.w. było reakcją na pojawienie się pewnych nowych (a niekiedy intensyfikację dotychczas istniejących) zagrożeń związanych ze zdalnym prowadzeniem różnego rodzaju spotkań (głównie nauczania). Nie ma wątpliwości, że takie zachowania jak utrudnianie lub udaremnianie takich przedsięwzięć jest naganne i społecznie szkodliwe w stopniu uzasadniającym reakcję karnoprawną. Tym samym chęć przeciwdziałania takim czynom należy ocenić pozytywnie. Nie zmienia to jednak faktu, że potrzeba wprowadzenia art. 107a k.w. nie do końca jest uzasadniona. Sam kształt przepisu rodzi wiele wątpliwości, z których główną jest – jak się wydaje – błędne określenie podmiotu zdatnego do jego popełnienia, co w sposób oczywisty determinuje zakres jego wykładni. Kontrowersje budzi także wysokość sankcji przewidzianej w art. 107a k.w., jawiącej się jako zbyt represyjna, ale przede wszystkim zbyt mało elastyczna. Można sądzić, że szczególnie społecznie szkodliwe są te przypadki, które odnoszą się do bezprawnej ingerencji w spotkania oficjalne. Jednak takie zachowania, jak to zostało wspomniane, już wcześniej mogły skutkować odpowiedzialnością wykroczeniową, głównie w oparciu o art. 51 k.w., którego sankcja, co podkreślono, jednocześnie jest na tyle elastyczna, że umożliwia organowi orzekającemu dostosowanie jej do konkretnego stanu faktycznego. Spotkania zaś prywatne (które również zdają się być objęte art. 107a k.w.) także zasługują na ochronę karnoprawną (choć zapewne nie na równi z tymi oficjalnymi), a ta zaś już wcześniej funkcjonowała w oparciu choćby o art. 107 k.w. Biorąc pod uwagę powyższe można postawić tezę, że wcześniejsze mechanizmy prawne również pozwalały na przeciwdziałanie zachowaniom aktualnie opisanym dyspozycją art. 107a § 1 oraz 2 k.w. Jeśli jednak ustawodawca uznaje za zasadne wyodrębnienie tej grupy czynów i objęcie ich osobną penalizacją, to warto rozważenia wydają się postulaty wyrażone w niniejszym opracowaniu.

Bibliografia

1. Bojarski M., (w:) Kodeks wykroczeń. Komentarz, pod red. M. Bojarskiego i W. Radeckiego, Warszawa 2016.

2. Budyn-Kulik M., (w:) Kodeks wykroczeń. Komentarz, pod red. P. Daniluka, Warszawa 2016.
3. Daśko N., Komentarz do art. 119, teza 7, (w:) Ustawa o prawie autorskim i prawach pokrewnych. Komentarz, pod red. A. Michalaka, Legalis.
4. Egierska-Miłoszewska D., Nieobyczajny wybryk (art. 140 k.w. w teorii i praktyce), Zagadnienia Wykroczeń 1979, nr 4–5.
5. Falandysz L., Wykroczenie zakłócania porządku publicznego, Warszawa 1974.
6. Gardocki L., Prawo karne, Warszawa 2017.
7. Jankowski W., (w:) Kodeks wykroczeń. Komentarz, pod red. T. Grzegorzcyka, Warszawa 2013.
8. Kosiński J., Lach A., (w:) Zwalczanie nielegalnych treści w Internecie, pod red. A. Lacha, Toruń 2015.
9. Kozłowska-Kalisz P., (w:) Kodeks wykroczeń. Komentarz, pod red. M. Mozgawy, Warszawa 2009.
10. Krajewski R., Karnoprawna ochrona języka polskiego, *Ius Novum* 2013, nr 4.
11. Kulesza J., Glosa do postanowienia SN z dnia 17 kwietnia 2018 r., sygn. IV KK 296/17, *Prokuratura i Prawo* 2019, nr 3.
12. Mozgawa M., Komentarz do art. 190a k.k., (w:) Kodeks karny. Komentarz, pod red. M. Mozgawy, LEX 2020.
13. Mozgawa M., Kozłowska-Kalisz P., Pozakodeksowe przestępstwa przeciwko własności intelektualnej, (w:) Szczególne dziedziny prawa karnego. Prawo karne wojskowe, skarbowe i pozakodeksowe, System Prawa Karnego, Tom 11, Warszawa 2018.
14. Naruszewicz-Duchlińska A., Intencjonalne językowe zakłócenia komunikacji internetowej (trolling, flaming, hejting), *Prace Językoznawcze* 2014, nr XVI/4.
15. Nawrocki M., Postanowienie Sądu Najwyższego z dnia 17 kwietnia 2018 r., IV KK 296/17. Glosa, *Orzecznictwo Sądów Polskich* 2019, nr 2.
16. Radoniewicz F., Odpowiedzialność karna za przestępstwo hackingu, *Prawo w Działaniu. Sprawy Karne* 13, nr 2013.
17. Siwicki M., *Cyberprzestępczość*, Warszawa 2013.
18. Wala K., Wykroczenia przeciwko osobie jako forma ochrony jednostki na przedpolu realizacji znamion przestępstwa znęcania, (w:) *Znęcanie*, pod red. M. Mozgawy, Warszawa 2020.
19. Wala K., Wykroczenie nieobyczajnego wybryku na tle pozostałych wykroczeń przeciwko obyczajności publicznej, Warszawa 2019.
20. Warylewski J., Nie szczypać w mieście! (Zagadkowe niekiedy) wykroczenia przeciw obyczajności publicznej, *Gazeta Sądowa* 2000, nr 11.

Ratio legis and analysis of statutory features of the petty offence under Article 107a of the Code on Petty Offences

Abstract

This study discusses a new petty offence of disturbing remote communication, specified in Article 107a of the Code of Petty Offences. Reasons for introducing this prohibited act into the Polish legal system are indicated, with features of the offence being examined. Attention is brought to numerous interpretative doubts concerning aspects such as a perpetrator or features of a subjective side of the offence, and demands for relevant changes are formulated. Moreover, the analysis of other regulations, which might have applied to behaviours that are currently covered by Article 107a of the Code on Petty Offences, leads to the conclusion that mechanisms preceding the introduction of Article 107a were also capable of tackling behaviours concerned.

Janusz Kanarek¹

Odpowiedzialność karna skarbową jako odpowiedzialność o charakterze w pełni homogenicznym w stosunku do odpowiedzialności opartej na zasadach Kodeksu karnego

Streszczenie

Autor wyraża pogląd, że rozwiązania przyjęte w prawie karnym skarbowym świadczą o pełnej homogeniczności odpowiedzialności karnej skarbowej w stosunku do odpowiedzialności przewidzianej w polskim kodeksie karnym. Swoje wywody w tym zakresie opiera na poglądach przedstawicieli doktryny prawa karnego oraz bogatym orzecznictwie sądów, Trybunału Konstytucyjnego, Europejskiego Trybunału Praw Człowieka oraz Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej.

Prawo karne skarbowe oparte jest w przeważającej mierze na zasadach i instytucjach typowych i charakterystycznych dla całego prawa karnego. Widać wyraźnie dążenie do jak największej jednolitości terminologii, instytucji i przyjmowanych rozwiązań w stosunku do powszechnego prawa karnego dotyczących przestępstw i wykroczeń². Zauważyć w tym miejscu wypada, że generalne założenie samodzielności i autonomii regulacji prawnej kodeksu karnego skarbowego, które wyeksponowane zostało w art. 20 § 1 k.k.s. ma jedynie charakter deklaratoryjny, bowiem jednocześnie dopuszcza się stosowanie wielu przepisów kodeksu karnego (art. 20 § 2 k.k.s.), kodeksu postępowania karnego (art. 113 k.k.s.), kodeksu karnego wykonawczego (art. 178 k.k.s.) oraz w niewielkim zakresie kodeksu wykroczeń (art. 186 § 5 k.k.s.). Zasadne jest więc wyrażenie poglądu, że w zakresie rozwiązań i unormowań materialnoprawnych dotyczących przestępstw skarbowych czerpie ono podbudowę teoretyczną i określenie podstaw oraz ram penalizacji z prawa karnego, natomiast do wykroczeń skarbowych wzorem jest prawo wykroczeń. Rozwiązania dotyczące postępowania w sprawach kar-

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

² Tak V. Konarska-Wrzošek, (w:) V. Konarska-Wrzošek, T. Oczkowski, J. Skorupka (red.), Prawo i postępowanie karne skarbowe, Warszawa 2010, s. 25.

nych skarbowych wzorowane są przede wszystkim na postępowaniu karnym typowym dla przestępstw, ale w pewnej mierze także na postępowaniu w sprawach wykroczeń powszechnych. Unormowania dotyczące wykonywania orzeczeń wydanych w postępowaniu karnym skarbowym generalnie opierają się na rozwiązaniach przyjętych na gruncie powszechnego prawa karnego wykonawczego³.

Już bowiem *prima facie*, nawet bez głębszej analizy teoretycznej czy też dogmatycznej, zauważalna jest homogeniczność tak fundamentalnych instytucji odpowiedzialności karnej i karnej skarbowej, jak m.in. przyjęcie materialnej definicja przestępstwa (art. 1 § 2 k.k.) oraz przestępstwa skarbowego (art. 1 § 1 k.k.s.), oparcie odpowiedzialności karnej i karnej skarbowej na zasadzie winy (art. 1 § 3 k.k. i art. 1 § 3 k.k.s.), identyczne wymogi w odniesieniu do strony podmiotowej (art. 9 k.k. i art. 4 k.k.s.), odpowiedzialności za przestępstwo skutkowe przez zaniechanie (art. 2 k.k. i art. 1 § 4 k.k.s.), tożsame zasady intertemporalne modyfikacji penalizacji i depenalizacji (art. 4 k.k. i art. 2 k.k.s.), przyjęcie identycznego wieku odpowiedzialności karnej (art. 10 k.k.) i karnej skarbowej (art. 5 k.k.s.), zbieg przepisów (art. 11 k.k. i art. 6 i 7 k.k.s.), postaci zjawiskowe przestępstwa (art. 18 k.k.) oraz przestępstwa skarbowego (art. 9 k.k.s.), okoliczności wyłączających odpowiedzialność karną (art. 25–31 k.k.) i odpowiedzialność karną skarbową (art. 10–11 k.k.s.), zasada humanitaryzmu (art. 3 k.k. i art. 12 § 1 k.k.s.) oraz dyrektywy sądowego wymiaru kary (art. 53 k.k. i art. 12 § 2 i 3 k.k.s.). Zauważalny jest także jednolity i homogeniczny co do zasady system sankcji za naruszenie norm sankcjonowanych, zawartych w części szczególnej kodeksu karnego i kodeksu karnego skarbowego. Powyższa okoliczność pozwala tym samym wykorzystywać bogaty dorobek nauki powszechnego prawa karnego również w procesie stosowania prawa karnego skarbowego. Reasumując za zasadną uznać należy konstatację A. Wiśniewskiego, w myśl której w Polsce nie istnieją dwa rodzaje prawa karnego: skarbowe i inne, ale jeden system prawa karnego. Prawo karne skarbowe jest działem szczególnym prawa karnego. Specjalność tego działu przejawiająca się w odmiennym rodzajowym przedmiocie ochrony i specyficzności środków represji przemawia za uznaniem go za prawo karne specjalne, a nie odrębne. Rola i charakter prawa karnego skarbowego w systemie polskiego prawa karnego jest bowiem taka sama, jak prawa karnego wojskowego⁴.

W jednym z orzeczeń Trybunał Konstytucyjny⁵ trafnie konstatawał, że dopuszczalne jest osobne, a nawet częściowo i odrębne wobec regulacji kodeksu karnego normowanie problematyki szeroko rozumianej odpowie-

³ Tak V. Konarska-Wrzosek, *ibidem*, s. 25.

⁴ A. Wiśniewski, *Zagadnienie odrębności prawa karnego skarbowego*, Szczecin 2012, s. 184.

⁵ Wyrok TK z dnia 16 stycznia 2001 r., sygn. P 5/00, OTK 2001, nr 1, poz. 1.

działności karnej. Normatywnym potwierdzeniem powyższej tezy jest choćby dyspozycja art. 116 k.k., zgodnie z którym „przepisy części ogólnej tego kodeksu stosuje się do innych ustaw przewidujących odpowiedzialność karną, chyba że ustawy te wyraźnie wyłączają ich zastosowanie”. W sytuacji więc, gdy regulacja problemu odpowiedzialności karnej w danej dziedzinie stosunków społecznych winna opierać się na założeniach odmiennych wobec tych, wynikających z przepisów części ogólnej kodeksu karnego, ustawodawca jest w pełni uprawniony dokonać tego rodzaju odejścia od modelu wyznaczonego przepisami kodeksu karnego i ma prawo zaakcentować swoistą autonomię prawa karnego skarbowego. Trybunał Konstytucyjny podkreślił jednak z całą stanowczością, że w żadnym wypadku nie oznacza to dopuszczalności takiego ukształtowania przepisów danej ustawy, które odbiegać będzie od treści norm konstytucyjnych determinujących sferę odpowiedzialności karnej.

Trafnie tym samym konstatuje L. Wilk podkreślając, że jedynie konstytucyjnie zagwarantowane standardy odpowiedzialności karnej wyznaczają granice autonomii szczególnych działów prawa karnego. Przestrzeń między tymi standardami a zasadami powszechnego prawa karnego pozostawiona jest do zagospodarowania ustawodawcy⁶.

Reasumując uznać należy, że występujące w prawie karnym skarbowym odrębności od powszechnego prawa karnego, stanowiące przejaw jego samodzielności i autonomii, jako odrębnej dziedziny prawa karnego, są indyferentne dla zanegowania jego charakteru w pełni homogenicznego w stosunku do odpowiedzialności opartej na zasadach kodeksu karnego. Podkreślić w tym miejscu należy tożsamość funkcji gwarancyjnej, znajdującej swoje oparcie w ustawie zasadniczej, a mającej swoje odzwierciedlenie zarówno w powszechnym prawie karnym, jak i prawie karnym skarbowym. Aplikując w tym miejscu omówione powyżej stanowisko Trybunału Konstytucyjnego dojść należy do wniosku, że w sytuacji, gdy w prawie karnym skarbowym zachowane są konstytucyjnie zagwarantowane standardy odpowiedzialności karnej, to odrębności występujące w tejże wyodrębnionej dziedzinie prawa karnego nie mają wpływu na pozbawienie odpowiedzialności karnej skarbowej przymiotu szeroko rozumianej odpowiedzialności karnej.

Okoliczność ta ma prymarne znaczenie m.in. dla stosowania instytucji idealnego zbiegu czynów zabronionych, przede wszystkim w sytuacji, gdy do wartościowania zachowania sprawcy, któremu zarzucono popełnienie przestępstwa i (lub) wykroczenia skarbowego i przestępstwa i (lub) wykroczenia powszechnego dochodzi w odrębnie prowadzonych postępowaniach karnym i karnym skarbowym. Zachodzi bowiem wówczas konieczność oce-

⁶ Tak L. Wilk, W sprawie autonomii materialnego prawa karnego skarbowego, PiP 2009, nr 8, s. 45.

ny możliwości zastosowania instytucji, o której mowa w przepisie art. 8 § 1 k.k.s. przez pryzmat fundamentalnego dla procesu karnego zakazu *ne bis in idem* oraz zakazu litispendencji. Tylko bowiem w razie zaprzeczenia tezy o odpowiedzialności karnej skarbowej jako odpowiedzialności o charakterze w pełni homogenicznym w stosunku do odpowiedzialności opartej na zasadach kodeksu karnego nie będzie zachodziła potrzeba udzielenia odpowiedzi na pytanie, czy zastosowanie znajdują zasady *res iudicata* oraz litispendencji.

W piśmiennictwie wyrażony został przez R. Kmiecika pogląd kontestujący zasadę postrzegania odpowiedzialności karnej skarbowej jako rodzaju odpowiedzialności represyjnej o charakterze w pełni homogenicznym w stosunku do odpowiedzialności karnej przewidzianej w kodeksie karnym i innych ustawach karnych⁷. Zdaniem tegoż autora postępowanie karne skarbowe nie jest szczególną formą procesu karnego, lecz – podobnie jak postępowanie dyscyplinarne lub postępowanie w sprawach o wykroczenia – należy do odrębnego systemu prawa z pogranicza prawa normującego wymiar sprawiedliwości w sprawach karnych i szeroko pojmowanego prawa administracyjnego. System ten – zauważa dalej R. Kmiecik – przewiduje odpowiedzialność *quasi*-karną za czyny zabronione skierowane przeciwko interesom finansowym państwa realizowanym przez właściwe organy administracji; czyny te nie są jednak przestępstwami w rozumieniu prawa karnego (kodeksu karnego) i szczególnych ustaw karnych. Możliwość subsydiarnego stosowania „w sposób odpowiedni” przepisów k.p.k. w sprawach o wykroczenia, przewinienia dyscyplinarne, a także tzw. „przestępstwa i wykroczenia skarbowe” nie przesądza o tym, że postępowania w tego rodzaju sprawach są w swej istocie „postępowaniem karnym” („procesem karnym”) w rozumieniu art. 1 k.p.k.; istotną cechą procesu karnego jest gwarancyjność procedury zapewniająca osiągnięcie rzeczywistej sprawiedliwości materialnej i proceduralnej w sprawach o przestępstwa. Tymczasem postępowanie karne skarbowe, kontynuuje dalej R. Kmiecik podporządkowane przede wszystkim celom fiskalnym i prowadzone w sprawach o czyny zabronione niebędące przestępstwami w rozumieniu art. 7 § 1–3 k.k. (podobnie jak nie są przestępstwami wykroczenia i przewinienia dyscyplinarne) – nie zawsze gwarantuje realizację uzasadnionych w sensie aksjologicznym roszczeń i interesów uczestników postępowania. Na zakończenie swojego wywodu autor ten konstatuje, że między postępowaniem karnym („procesem karnym”) a postępowaniem karnym skarbowym (które na miano „procesu karnego” – zdaniem R. Kmiecika – nie zasługuje) – nie zachodzi relacja określona przez fundamentalny dla procesu karnego zakaz *ne bis in idem*, a prawomocne

⁷ Zob. R. Kmiecik, E. Skrętowicz, *Proces karny. Część ogólna*, Warszawa 2009, s. 48 (przypis 2), s. 203–204; zob. też R. Kmiecik, Głosa do postanowienia SN z dnia 28 listopada 2003 r., sygn. V KK 240/03, OSP 2004, nr 9, s. 456–457 oraz tenże, Głosa do postanowienia SN z dnia 24 stycznia 2013 r., sygn. I KZP 21/12, PiP 2014, nr 12, s. 115–123.

skazanie za czyn o znamionach przestępstwa skarbowego w postępowaniu karnym skarbowym nie stanowi przeszkody do ponownego rozpoznania sprawy o ten sam czyn w postępowaniu karnym pod kątem odpowiedzialności karnej przewidzianej w k.k.⁸

W swojej późniejszej wypowiedzi R. Kmiecik, podtrzymując swoje wcześniej wyrażone stanowisko, że postępowanie karne skarbowe nie jest ani procesem karnym, tzn. postępowaniem karnym przewidzianym w art. 1 i art. 2 § 1 k.p.k., ani jego formą szczególną (w rozumieniu tytułu działu X k.p.k.), lecz stanowi odrębną formę procedury typu represyjnego (penalnego), podobną do innych procedur tego typu (dyscyplinarnej, wykroczeniowej, lustracyjnej), wyraził wręcz *de lege ferenda* pogląd, w myśl którego przestępstwa skarbowe nie powinny być nawet rozpoznawane w tym samym postępowaniu karnym, którego przedmiotem są przestępstwa przewidziane w kodeksie karnym, a w wypadku ujawnienia dopiero podczas rozprawy sądowej, że przestępstwo uzasadniające odpowiedzialność karną w myśl art. 1 k.k. zawiera również znamiona przestępstwa lub wykroczenia skarbowego, sąd powinien wyłączać stosowne materiały i przekazywać je do odrębnego prowadzenia postępowania przygotowawczego przez właściwe organy finansowe⁹.

Z przedstawionym powyżej stanowiskiem nie sposób się zgodzić. Z przytoczonego już powyżej wyroku Trybunału Konstytucyjnego *explicite* wynika, że dokonanie przez ustawodawcę normatywnej delimitacji przestępstw powszechnych i wykroczeń powszechnych od przestępstw skarbowych i wykroczeń skarbowych, a także jedynie możliwość subsydiarnego stosowania przepisów k.k., k.p.k. oraz k.k.w. do odpowiedzialności, która przewidziana jest poza k.k., nie ma jednak – jak chce tego R. Kmiecik – determinującego wpływu na możliwość zakwalifikowania danej odpowiedzialności do odpowiedzialności *stricto* karnej, a nie *quasi*-karnej. W jednym z innych wyroków Trybunał Konstytucyjny zasadnie bowiem zauważył, że nie ma zasadniczego znaczenia „nazwanie” postępowania, z którym mamy do czynienia, ale czy wobec charakteru norm prawnych zawartych w ustawie, regulującej takie postępowanie, istnieje konieczność zastosowania w ramach tego postępowania gwarancji konstytucyjnych dotyczących odpowiedzialności karnej¹⁰.

Zbitka językowa „odpowiedzialność karna” jest wytworem języka prawnego. Pojawia się ona zarówno w treści art. 1 § 1 k.k., jak i w treści art. 1 § 1 k.k.s. W zdefiniowaniu prawnokarnego pojęcia odpowiedzialności karnej wy-

⁸ Tak R. Kmiecik, Glosa do postanowienia Sądu Najwyższego z dnia 28 listopada 2003 r., sygn. V KK 240/03, OSP 2004, nr 9, s. 456.

⁹ Tak R. Kmiecik, Glosa do postanowienia Sądu Najwyższego z dnia 24 stycznia 2013 r., sygn. I KZP 21/12, PiP 2014, nr 12, s. 244.

¹⁰ Wyrok TK z dnia 3 listopada 2004 r., sygn. K 18/03; podobnie w wyrokach TK z dnia 10 grudnia 2002 r., sygn. P 6/02, OTK-A 2002, nr 7, poz. 91 oraz z dnia 18 lipca 2013 r., sygn. SK 18/09, OTK-A 2013, nr 6, poz. 80.

różnić możemy dwie koncepcje. Pierwsza formuła (*sensu stricto*) zakłada, że chodzi tylko o pewien rodzaj odpowiedzialności represyjnej, któremu normodawca wprost przypisał taki charakter, posługując się stosownym terminem języka prawnego. Drugi z kolei sposób wykładni (*sensu largo*) uznaje, że chodzi o każdy rodzaj odpowiedzialności o charakterze represyjnym. Utożsamia się zatem zakres pojęciowy terminów „odpowiedzialność karna” i „odpowiedzialność represyjna”¹¹.

Ustawodawca w treści art. 1 § 1 k.k.s. wprost odwołuje się do odpowiedzialności karnej. Z brzmienia treści tegoż przepisu *expressis verbis* wynika bowiem, że odpowiedzialności karnej za przestępstwo skarbowe lub odpowiedzialności za wykroczenie skarbowe podlega ten tylko, kto popełnia czyn społecznie szkodliwy, zabroniony pod groźbą kary przez ustawę obowiązującą w czasie jego popełnienia. Pewne wątpliwości budzi pominięcie przez ustawodawcę określenia „karna” przy formułowaniu warunków odpowiedzialności za wykroczenia skarbowe. Fakt ten może więc implikować uznanie, że odpowiedzialność za wykroczenia skarbowe nie jest odpowiedzialnością karną *sensu stricto*. Trafnie jednak zauważa V. Konarska-Wrżosek, że pogląd taki nie jest trafny, gdyż odpowiedzialność ponoszona za wykroczenia skarbowe opiera się na tych samych zasadach co odpowiedzialność za przestępstwa skarbowe i pociąga za sobą reakcję o charakterze represyjnym analogiczną do tej, jaką ponoszą sprawcy przestępstw skarbowych, z tą tylko różnicą, że z racji mniejszej społecznej szkodliwości czynów o randze wykroczeń skarbowych katalog kar i pozostałych środków reakcji na te czyny jest skromniejszy, ograniczony zarówno pod względem liczby, jak i stopnia planowanej dolegliwości. Nie ma zatem – zdaniem V. Konarskiej-Wrżosek – merytorycznych podstaw do tego, aby kwestionować represyjny, w pełni karny charakter odpowiedzialności ponoszonej za wykroczenia skarbowe¹².

Zasadne jest tym samym, przy dokonywaniu oceny odpowiedzialności karnej i odpowiedzialności karnej skarbowej, odwołanie się do dyrektywy konsekwencji terminologicznej (zakaz wykładni homonimicznej). Racjonalność prawodawcy wymaga, by tym samym terminom nadawał on to samo znaczenie. Dyrektywa ta zabrania przyjmować, że w języku prawnym występują wyrażenia wieloznaczne, w więc zabrania nadawać temu samemu wyrażeniu różne znaczenia w kontekście różnych przepisów¹³. *Ratio legis* wspomnianej reguły uzasadnia się względami na zasadę jednolitej wykładni prawa i zachowania jego spójności. W sytuacji więc, gdy ustawodawca za-

¹¹ Tak J. Raglewski, (w:) W. Wróbel, A. Zoll (red.), Kodeks Karny. Część ogólna. Tom 1. Komentarz do art. 54–116, Warszawa 2016, s. 1078.

¹² Tak V. Konarska-Wrżosek, (w:) I. Zgoliński (red.), Kodeks karny skarbowy. Komentarz, Warszawa 2018, s. 24–25.

¹³ Zob. L. Morawski, Zasady wykładni prawa, Toruń 2006, s. 104 oraz J. Wróblewski, Sądowe stosowanie prawa, Warszawa 1988, s. 133–134.

równy w kodeksie karnym przy określaniu warunków odpowiedzialności za przestępstwa, jak i w kodeksie karnym skarbowym przy określaniu warunków odpowiedzialności karnej skarbowej, posługuje się tożsamym zwrotem „odpowiedzialność karna”, to uznać należy, że utożsamia tym samym odpowiedzialność za czyny ujemne społecznie niezależnie od tego, w którym z tych aktów zostały one stypizowane.

Pojęcie „odpowiedzialność karna” odnaleźć można również w ustawie zasadniczej. Zgodnie z treścią przepisu art. 42 ust. 1 zd. pierwsze Konstytucji RP odpowiedzialności karnej podlega ten tylko, kto dopuścił się czynu zabronionego pod groźbą kary przez ustawę obowiązującą w czasie jego popełnienia. Pojęcie „odpowiedzialność karna” na gruncie Konstytucji RP, w szczególności na gruncie art. 42, ma samodzielne znaczenie, które jest niezależne od treści przypisywanych mu w ustawodawstwie zwykłym, co powoduje konieczność odrębnej interpretacji tego zwrotu na gruncie ustawy zasadniczej w stosunku do ustaw zwykłych¹⁴. Autonomiczność pojęć konstytucyjnych oznacza – zdaniem TK – że poszczególne terminy przyjęte w ustawach (już nie tylko definiowane) nie mogą przesądzać o sposobie interpretacji przepisów konstytucyjnych. Zasada ta jest uzasadniana systemowo i funkcjonalnie, gdyż Trybunał wskazuje, że „w przeciwnym wypadku gwarancje konstytucyjne utraciłyby jakikolwiek sens”. Jednocześnie TK wskazuje, że kryteriami interpretacyjnymi dla pojęć konstytucyjnych może być „ukształtowane historycznie i ustalone w doktrynie prawa rozumienie terminów użytych w tekście Konstytucji”¹⁵.

Trybunał Konstytucyjny nigdy w swoim orzecznictwie nie zdefiniował wprost pojęcia „odpowiedzialność karna”. W licznych orzeczeniach wskazywał jedynie, że konstytucyjne gwarancje dotyczące tego rodzaju odpowiedzialności odnoszą się do wszystkich przepisów o charakterze represyjnym, czyli przepisów, których celem jest wymierzanie kar wobec jednostki, poddanie jednostki jakiejś formie ukarania lub sankcji¹⁶. Z orzecznictwa Trybunału Konstytucyjnego wynika teza, że wpływ na stwierdzenie represyjności charakteru sankcji (odpowiedzialności) mają rodzaj sankcji, jej surowość (sto-

¹⁴ Bliżej na ten temat zob. m.in. T. Sroka, *Konstytucja RP. Tom I. Komentarz. Art. 1–86* (red.) M. Safjan, L. Bosek, Warszawa 2016, s. 1018–1023 oraz T. Stawicki, *Koncepcja autonomicznej wykładni pojęć konstytucyjnych: od praktyki do teorii*, (w:) T. Stawicki, J. Winczorek (red.), *Wykładnia Konstytucji. Inspiracje, teorie, argumenty*, Warszawa 2014, s. 242–268.

¹⁵ Wyrok TK z dnia 7 lutego 2001 r., sygn. K 27/00, OTK 2001, nr 2, poz. 29.

¹⁶ Zob. m.in. orzeczenia TK z dnia 1 marca 1994 r., sygn. U 7/93, OTK 1994, nr 1, poz. 5; z dnia 26 września 1995 r., sygn. U 4/95, OTK 1995, nr 1, poz. 4; z dnia 8 lipca 2003 r., sygn. P 10/02, OTK-A 2003, nr 6, poz. 62; z dnia 19 marca 2007 r., sygn. K 47/05, OTK-A 2007, nr 7, poz. 27; z dnia 12 kwietnia 2011 r., sygn. P 90/08, OTK-A 2011, nr 3, poz. 21; z dnia 20 maja 2014 r., sygn. K 17/13, OTK-A 2015, nr 4, poz. 48; z dnia 21 kwietnia 2015 r., sygn. P 40/13, OTK-A 2014, nr 4, poz. 44.

pień dolegliwości) oraz cel, w jakim została przewidziana określona sankcja¹⁷. Tym samym dla uznania, czy *in casu* mamy do czynienia z odpowiedzialnością karną w rozumieniu art. 42 ust. 1 Konstytucji RP ustalić należy po pierwsze, czy sankcja jest sankcją egzekucyjną czy też sankcją karną, po drugie głębokość ingerencji sankcji w prawa i wolności człowieka i obywatela oraz po trzecie, czy głównym celem sankcji jest represja czy też prewencja.

O ile celem sankcji karnej, będącej emanacją odpowiedzialności karnej, jest zadanie dolegliwości, wymierzanie kary za niezgodne z prawem zachowanie się adresata normy prawnej, to celem sankcji egzekucyjnej jest jedynie złamanie oporu zobowiązanego i przymuszenie do wykonania obowiązku. W wyniku sankcji karnych dochodzi do pogorszenia sytuacji adresata normy prawnej przez fakt nałożenia na ich adresata dodatkowych obowiązków względnie pozbawienie go praw, zaś w wyniku sankcji egzekucyjnych dochodzi jedynie do faktycznej realizacji już wcześniej istniejących obowiązków, a nie nakładania nowych¹⁸. W prawie karnym skarbowym, w którym wprawdzie dominuje funkcja egzekucyjno-kompensacyjna, której realizacji służy wiele instytucji, pozwalających nie tylko na istotną regresję karania, a nawet na odstąpienie od wymierzenia środków reakcji prawnokarnych, to nie sposób nie doszukać się w nim sankcji, mających za zadanie nie tylko realizację celu, o którym mowa w przepisie art. 114 § 1 k.k.s., ale posiadających również wybitnie charakter represyjny. Karami za przestępstwa skarbowe, zgodnie z przepisem art. 22 § 1 k.k.s., są kara grzywny w stawkach dziennych, kara ograniczenia wolności oraz kara pozbawienia wolności. Powyższe środki reakcji karnej na przypisany sprawcy przestępstwa skarbowego czyn bardzo głęboko ingerują w jego prawa i wolności, co implikuje tym samym obdarzenie ich przymiotem represyjnych. Również niektóre ze środków karnych, wymienionych w przepisie art. 22 § 2 k.k.s., zwłaszcza zaś zakaz prowadzenia określonej działalności gospodarczej, wykonywania określonego zawodu lub zajmowania określonego stanowiska, podanie wyroku do publicznej wiadomości oraz pozbawienie praw publicznych noszą cechy represji, co pozwala zaliczyć je właśnie do sankcji karnych.

Jak już to powyżej zaanonsowano, dla określenia czy *in concreto* mamy do czynienia z odpowiedzialnością karną, czy też inną odpowiedzialnością, określoną przepisami prawa (np. odpowiedzialnością cywilną, administracyjną, zawodową) niezbędne jest ponadto ustalenie dolegliwości środków reakcji na przełamanie normy sankcjonowanej. Wprawdzie kodeks karny skarbowy nie przewiduje kary dożywotniego pozbawienia wolności, czy też kary 25 lat pozbawienia wolności, to jednak kara pozbawienia wolności trwać

¹⁷ Tak A. Błachno-Parzych, *Zbieg odpowiedzialności karnej i administracyjno-karnej jako zbieg reżimów odpowiedzialności represyjnej*, Warszawa 2016, s. 60.

¹⁸ Tak D. Szumiło-Kulczycka, *Prawo administracyjno-karne*, Kraków 2004, s. 27–28 oraz podana tam literatura.

może nawet 5 lat (art. 27 § 1 k.k.s.), a w razie wymierzenia kary nadzwyczajnie obostrzonej wynosić ona może aż 10 lat pozbawienia wolności (art. 28 § 2 k.k.s.). Progresja karania, która doprowadzić może do wymierzenia sprawcy czynu zabronionego kary nawet 10 lat pozbawienia wolności, przewidziana jest w przypadku poważniejszych przestępstw skarbowych, zagrożonych karami alternatywnymi, tj. karą pozbawienia wolności i grzywny, w razie zajścia jednej z okoliczności, o których mowa w przepisie art. 37 § 1 k.k.s., tj. popełnienia umyślnego przestępstwa skarbowego, powodującego uszczuplenie należności publicznoprawnej dużej wartości albo popełnienia umyślnego przestępstwa skarbowego, gdy wartość przedmiotu czynu zabronionego jest duża; popełnienia przestępstwa skarbowego określonego w art. 62 § 2 k.k.s., gdy kwota podatku wynikająca z faktury albo suma kwot podatku wynikających z faktur jest dużej wartości; uczynienia sobie z popełnienia przestępstw skarbowych stałego źródła dochodu; popełnienia dwóch lub więcej przestępstw skarbowych, zanim zapadł pierwszy wyrok, chociażby nieprawomocny, co do któregośkolwiek z nich i każdy z tych czynów wyczerpuje znamiona przestępstwa skarbowego określonego w tym samym przepisie, a odstępy czasu pomiędzy nimi nie są długie; skazania za umyślne przestępstwo skarbowe na karę pozbawienia wolności lub karę ograniczenia wolności albo karę grzywny, w ciągu 5 lat po odbyciu co najmniej 6 miesięcy kary pozbawienia wolności albo po uiszczeniu grzywny wynoszącej co najmniej 120 stawek dziennych, gdy sprawca popełnia umyślne przestępstwo tego samego rodzaju; popełnienia przestępstwa skarbowego w zorganizowanej grupie albo w związku mającym na celu popełnienie przestępstwa skarbowego; popełnienia przestępstwa skarbowego, używając przemocy lub grożąc natychmiastowym jej użyciem albo działając wspólnie z inną osobą, która używa przemocy lub grozi natychmiastowym jej użyciem; nadużycia stosunku zależności lub wykorzystania krytycznego położenia i doprowadzając w ten sposób inną osobę do popełnienia czynu zabronionego jako przestępstwo skarbowe.

Zasadne jest wyrażenie poglądu, że katalog okoliczności, w razie zajścia których istnieje możliwość wymierzenia sprawcy kary izolacyjnej nawet w wymiarze 10 lat pozbawienia wolności jest bardzo szeroki. Oceniając represyjność reakcji karnej na popełnienie czynu stypizowanego w kodeksie karnym skarbowym nie można pominąć również rozwiązania, o którym mowa w przepisie art. 39 k.k.s., statuującego możliwość wymierzenia kary łącznej nawet w wymiarze 15 lat pozbawienia wolności. J. Sawicki zwraca uwagę, że z dniem 8 marca 2010 r. poprzez recypowanie art. 86a § 1 a k.k.¹⁹ (przepis ten pojawił się w art. 20 § 2 k.k.s. odsyłającym do k.k.) istnieje na-

¹⁹ Ustawa z dnia 5 listopada 2009 r. o zmianie ustawy – Kodeks karny, ustawy – Kodeks postępowania karnego, ustawy – Kodeks karny wykonawczy, ustawy – Kodeks karny skarbowy oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. Nr 206, poz. 1589).

wet możliwość wymierzenia kary łącznej 25 lat pozbawienia wolności. Chodzi o sytuację, gdy wyrok łączny obejmuje: a) skazania za kilka przestępstw skarbowych będącym w realnym zbiegu, b) skazania za dwa lub więcej ciągów przestępstw skarbowych, c) skazania za ciąg przestępstw skarbowych i inne przestępstwo skarbowe. Wcześniej, na podstawie art. 88 k.k. w związku z art. 20 § 2 k.k.s., było to możliwe jedynie w przypadku, gdy sprawca popełnił przestępstwo skarbowe i przestępstwo powszechne, za które zapadł wyrok skazujący na karę 25 lat pozbawienia wolności lub kara dożywotniego pozbawienia wolności. Po wprowadzeniu do prawa karnego skarbowego rozwiązania normatywnego, o którym mowa w art. 86 § 1 a k.k. stało się możliwe skazanie na karę 25 lat pozbawienia wolności także sprawcy, który popełnił wyłącznie przestępstwa skarbowe. W myśl tego bowiem przepisu, jeżeli suma orzeczonych kar pozbawienia wolności wynosi 25 lat albo więcej, a chociażby jedna z podlegających kar pozbawienia wolności wynosi nie mniej niż 10 lat, sąd może orzec karę łączną 25 lat pozbawienia wolności²⁰.

Nie tylko jednak kara izolacyjna przewidziana w kodeksie karnym skarbowym świadczy o istotnej dolegliwości reakcji karnej na popełnienie czynu relewantnego prawnokarnie. Również bowiem kara ograniczenia wolności oraz kara grzywny posiadają powyższą cechę. Najwyższa liczba stawek dziennych kary grzywny wynosić może 720. W razie nadzwyczajnego zaostrzenia kary, jak również wymierzenia kary łącznej, kara grzywny nie może zaś przekroczyć 1080 stawek dziennych (art. 28 § 2 k.k.s. oraz art. 39 § 1 k.k.s.). Biorąc pod uwagę okoliczność, że stawka dzienna nie może być niższa od jednej trzydziestej części minimalnego wynagrodzenia ani też przekraczać jej czterystukrotności (art. 23 § 2 k.k.s.), to w sytuacji, gdy w 2020 r. minimalne miesięczne wynagrodzenie wynosi 2600,00 złotych²¹, kara grzywny może wynieść nawet 24 960 960 złotych. Nie trzeba chyba głębszego wyводу, który musiałby uzasadnić tezę, że również kara grzywny przewidziana w prawie karnym skarbowym ma charakter represyjny, która to konstatacja pozwala uznawać tę dziedzinę prawa karnego za ponoszenie odpowiedzialności karnej, o której mowa w art. 42 ust. 1 Konstytucji RP.

²⁰ J. Sawicki, Charakterystyka sankcji w prawie karnym skarbowym, (w:) P. Góralski, A. Muszyńska (red.), Współczesne przekształcenia sankcji karnych – zagadnienia teorii, wykładni i praktyki stosowania, Warszawa 2018, s. 309. Trafnie autor ten podnosi również, że takie rozwiązanie szczególnie razi, jeżeli zestawimy je z treścią art. 39 § 1 k.k.s., który wyraźnie stanowi, że kara łączna za przestępstwa skarbowe nie może przekroczyć 15 lat. Wygląda to tak, konstatuje dalej autor, jakby możliwość wymierzenia kary łącznej 25 lat pozbawienia wolności za same przestępstwa skarbowe wprowadzono „kuchennymi drzwiami”, nie bacząc na treść istniejącego w tym zakresie rozwiązania przyjętego w kodeksie karnym skarbowym.

²¹ Ustawa z dnia 10 października 2002 r. o minimalnym wynagrodzeniu (Dz. U. z 2017 r., poz. 1747) oraz rozporządzenie Rady Ministrów z dnia 10 września 2019 r., w sprawie minimalnego wynagrodzenia za pracę oraz wysokości minimalnej stawki godzinowej w 2020 r. (Dz. U. z 2019 r., poz. 1778).

Ostatnim elementem, pozwalającym uznać daną odpowiedzialność za odpowiedzialność karną *sensu largo* jest cel, jaki ustawodawca stawia sankcji za przełamanie zakazu wynikającego z normy sankcjonowanej lub też niedostosowanie się do nakazu z niej dekodowanego. Nie ulega wątpliwości, gdyż wynika to z wcześniej przeprowadzonych rozważań, że prawo karne skarbowe, pomimo dominującej w nim funkcji egzekucyjnej i kompensacyjnej, nie jest pozbawione również funkcji represyjnej, zwanej także funkcją „karzącą” czy też funkcją sprawiedliwościową. Trafnie zauważa L. Wilk, że nie kwestionując zasady priorytetu represji ekonomicznej w prawie karnym skarbowym, nie można wszakże tracić z pola widzenia także tego, że często przestępczość skarbową przybiera charakter swoistej „działalności”, w którą wkalkulowane jest ryzyko poniesienia nawet znacznej dolegliwości ekonomicznej oraz tego, że w wielu wypadkach przestępczość skarbową powiązana jest z pospolitą, dlatego uwzględnienie tych okoliczności oznacza konieczność stosowania adekwatnych środków, w tym takich, jakie stosowane są wobec przestępczości „kryminalnej”²².

W postępowaniu karnym skarbowym zastosowanie ma także norma prawna wynikająca z treści art. 2 § 1 k.p.k. w zw. z art. 113 § 1 k.k.s., a co za tym idzie postępowanie karne skarbowe winno być tak ukształtowane, aby m.in. sprawca przestępstwa skarbowego został wykryty i pociągnięty do odpowiedzialności karnej, a osoba niewinna nie poniosła tej odpowiedzialności. Dyrektywa trafnej reakcji karnej winna uwzględniać wszystkie cele kary w stosunku do sprawcy. W treści art. 12 § 2 k.k.s., zawierającej dyrektywę sądowego wymiaru kary, ustawodawca wprost odwołuje się do dolegliwości kary i środka karnego, które wymierzone winny być przez sąd według swego uznania, w granicach przewidzianych przez kodeks, z uwzględnieniem stopnia winy oraz stopnia społecznej szkodliwości czynu, jak również przy wzięciu pod uwagę celów zapobiegawczych i wychowawczych, które mają one osiągnąć w stosunku do sprawcy, a także w zakresie kształtowania świadomości prawnej społeczeństwa. Wymierzanie sprawcy przestępstwa skarbowego, czy też wykroczenia skarbowego, kar jak również środków karnych przewidzianych w kodeksie karnym skarbowym, stanowi zaś niewątpliwie przejaw sprawiania sprawcy dolegliwości, gdyż istotą każdej kary jest właśnie „sprawianie człowiekowi dolegliwości”²³. Tym samym również funkcja represyjna prawa karnego skarbowego pozwala zaliczyć odpowiedzialność wynikającą z tej dziedziny prawa do odpowiedzialności karnej *sensu largo*.

²² L. Wilk, Kodeks karny skarbowy, Komentarz, Warszawa 2007, s. 110; zob. również m.in. V. Konarska-Wrzošek, Prawnokarne instrumenty walki z przestępczością zawodową i zorganizowaną przewidziane w kodeksie karnym skarbowym, Prok. i Pr. 2000, nr 4, s. 59–69.

²³ M. Cieślak, O węzłowych pojęciach związanych z sensem kary, NP 1969, nr 2, s. 196.

Reasumując zasadnym jest zaaprobowanie poglądu o pełnej homogeniczności odpowiedzialności karnej skarbowej w stosunku do odpowiedzialności opartej na zasadach kodeksu karnego. Zgodzić się bowiem należy z poglądem, wyrażonym w jednym z orzeczeń Sądu Najwyższego, w myśl którego „pojęcie odpowiedzialność karna (...) należy odnieść do czynów (...), które zagrożone są karą kryminalnymi²⁴. Skoro więc ustawodawca w przepisie art. 22 § 1 i § 2 k.k.s. określa katalog środków penalnych (kryminalnych) za naruszenie norm sankcjonowanych określonych w kodeksie karnym skarbowym, to tym samym zasadne jest zakwalifikowanie odpowiedzialności karnej skarbowej nie tylko do odpowiedzialności karnej *sensu largo*, w rozumieniu nadanym jej treścią art. 42 ust. 1 Konstytucji RP, ale również do odpowiedzialności karnej *sensu stricto*.

Wejście Rzeczypospolitej Polskiej do Unii Europejskiej dnia 1 maja 2004 r. wprowadziło istotną modyfikację istniejącego stanu normatywnego. Jak trafnie podnosi E. Łętowska, w związku z tego rodzaju zmianami otoczenia normatywnego obowiązujący jeszcze do niedawna hierarchicznie zbudowany model monocentryczny zaczyna być wypierany przez multicentryczne pojmowanie systemu prawa, które charakteryzuje się wielością ośrodków decyzyjnych co do stosowania prawa i jego interpretacji²⁵. Zasadne jest tym samym dokonanie oceny, czy odpowiedzialność karna skarbową jest również w pełni homogeniczna z odpowiedzialnością karną, której sposób rozumienia wyinterpretowany został w orzecznictwie trybunałów międzynarodowych z ratyfikowanych przez Rzeczpospolitą Polską umów.

W orzecznictwie ETPC ukształtowane zostały kryteria oceny odpowiedzialności jako „karnej” w rozumieniu art. 6 EKPCz. Przepis ten posługuje się bowiem pojęciem „sprawy karnej”. W razie stwierdzenia, że badana odpowiedzialność ma taki charakter, wymagany jest w stosunku do niej najwyższy poziom gwarancji przewidzianych w art. 6 EKPCz. W ślad za A. Błachnio-Parzych zauważyć należy, że kryteriami wyróżnienia odpowiedzialności karnej, w rozumieniu EKPCz są: ustawowe zaklasyfikowanie sprawy w prawie krajowym, kryminalny charakter czynu oraz rodzaj i surowość sankcji przewidzianej prawem²⁶.

²⁴ Uchwała składu siedmiu sędziów SN z dnia 5 kwietnia 1973 r., sygn. VI KZP 80/72, OSNKW 1973, nr 6, poz. 72.

²⁵ Tak E. Łętowska, *Dialog i metody. Interpretacja w multicentrycznym systemie prawa* (cz.1), EPS 2008, nr 11, s. 6; zob. również P. Kardas, *Rola i znaczenie wykładni pro-wspólnotowej w procesie dekodowania norm prawa karnego*. Uwagi na marginesie uchwały Sądu Najwyższego z 3 marca 2009 r., sygn. I KZP 30/08, CzepkiNP 2009, nr 2, s. 7–31 oraz podane tamże piśmiennictwo.

²⁶ A. Błachnio-Parzych, *Zbieg odpowiedzialności karnej i administracyjno-karnej jako zbieg reżimów odpowiedzialności represyjnej*, Warszawa 2016, s. 67.

„Sprawą karną” jest przede wszystkim sprawa, która według regulacji krajowych należy do prawa karnego²⁷. Wynika to z zasady przyjmowanej w orzecznictwie strasburskim, że EKPCz stanowi jedynie minimum gwarancyjne praw człowieka, a co za tym idzie, gdy rozwiązania krajowe ten minimalny standard podwyższają, to właśnie one mają zastosowanie. Nie ulega wątpliwości, gdyż wykazane zostało już to we wcześniejszych rozważaniach, że polski ustawodawca zakwalifikował odpowiedzialność karną skarbową do odpowiedzialności karnej.

Jeśli chodzi o kryterium kryminalnego charakteru czynu, to jak zauważa A. Błachnio-Parzych stanowi ono okoliczność niezwykle trudną do uchwycenia i zdefiniowania. W orzecznictwie ETPCz znaleźć można twierdzenie, że sprowadza się ono do oceny, czy czyn jest ze swej istoty zabroniony „karnie”²⁸. Relevantne zaś dla powyższego kryterium są krąg adresatów normy, gdyż dla przyjęcia odpowiedzialności karnej niezbędne jest, aby odpowiedzialność ta nie dotyczyła jedynie wyodrębnionej grupy podmiotów²⁹ oraz cel normy, co rozumieć należy jako cel wynikającej z niej dolegliwości. Jeżeli celem sankcji jest karanie albo prewencja połączona z karaniem, świadczy to o karnym w rozumieniu art. 6 EKPC celu normy³⁰. Przestępstwa skarbowe i wykroczenia skarbowe stypizowane w kodeksie karnym skarbowym mają charakter powszechny. Ustawodawca stypizował wprawdzie niektóre zachowania, podobnie jak uczynił to w kodeksie karnym, jako przestępstwa indywidualne właściwe, nie wpływa to jednak na ogólną zasadę, że typy czynów zabronionych, o których mowa w kodeksie karnym skarbowym, mają charakter powszechny. Również cel sankcji przewidzianych w kodeksie karnym skarbowym ma charakter wybitnie karny, gdyż połączony jest z zadaniem sprawcy dolegliwości oraz ma charakter prewencyjny, co *expressis verbis* wynika z treści normy prawnej, zawartej w przepisie art. 12 § 2 k.k.s. Tym samym również biorąc pod uwagę kryterium kryminalnego charakteru czynu uznać należy, że odpowiedzialność karna skarbową ma charakter karny, w rozumieniu art. 6 EKPCz.

Trzecim wymienionym kryterium wyróżnienia „sprawy karnej” jest rodzaj i surowość przewidzianej w określonej regulacji sankcji. Zauważyć wypada, że dla ETPCz znaczenie ma przede wszystkim zagrożenie wynikające z regulacji prawnych, a nie faktycznie nałożona dolegliwość w konkretnej spra-

²⁷ Wyrok ETPC z dnia 8 czerwca 1976 r., Engel i inni przeciwko Holandii, skarga nr 5100/71, § 80–82, LEX nr 80797.

²⁸ Wyrok ETPC z dnia 23 lipca 2002 r., Janosevic przeciwko Szwecji, skarga nr 34619/97, § 67–68, LEX nr 75486.

²⁹ Wyrok ETPC z dnia 22 maja 1990 r., Weber przeciwko Szwajcarii, skarga nr 11034/84, § 33, LEX nr 81103.

³⁰ Tak A. Błachnio-Parzych, Zbieg odpowiedzialności karnej i administracyjno-karnej jako zbieg odpowiedzialności represyjnej, Warszawa 2016, s. 68–72; zob. również D. Szumiło-Kulczycka, Prawo administracyjno-karne, Kraków 2004, s. 79.

wie³¹. We wcześniejszych rozważaniach na temat represyjności odpowiedzialności karnej skarbowej podniesiono, że środki reakcji karnej skarbowej na czyn prawno-karnie relewantny charakteryzują się istotną dolegliwością, która może w określonych okolicznościach doprowadzić do wymierzenia nawet kary 15 lat pozbawienia wolności i grzywny w rozmiarze aż 24 960 960,00 złotych. Reasumując dojść należy do wniosku, że również rodzaj i surowość przewidzianych w kodeksie karnym skarbowym sankcji świadczą o karnej, w rozumieniu art. 6 EKPC, odpowiedzialności za czyny przełamujące zakazy opisane w powyższym akcie prawnym.

Nie sposób *ipso facto* zaaprobować poglądu R. Kmiecika, który dokonując oceny rozwiązania legislacyjnego, o którym mowa w art. 8 § 1 k.k.s., nie dopatruje się w nim potencjalnej możliwości naruszenia zasady litispendencji oraz powagi rzeczy osądzonej (art. 17 § 1 pkt 7 k.p.k.)³². W sytuacji bowiem gdy uznamy, w ślad za powyżej przeprowadzonymi rozważaniami, że odpowiedzialność karna skarbową jest odpowiedzialnością karną w rozumieniu art. 6 EKPCz, to zasadne jest wyrażenie stanowiska przeciwnego, zasadzającego się na przekonaniu, że nie unikniemy zastosowania rozwiązania normatywnego, o którym mowa w art. 4 ust. 1 Protokołu nr 7 do Konwencji o ochronie praw człowieka i podstawowych wolności z dnia 22 listopada 1984 r.³³, zgodnie z którym nikt nie może być ponownie sądzony lub ukarany w postępowaniu przed sądem tego samego państwa za przestępstwo, za które został uprzednio skazany prawomocnym wyrokiem lub uniewinniony zgodnie z ustawą i zasadami postępowania karnego tego państwa.

Dnia 7 grudnia 2000 r. w Nicei Unia Europejska proklamowała Kartę Praw Podstawowych³⁴, która obecnie jest podstawowym aktem prawnym odnoszącym się do praw człowieka. Jak wynika z wyroku TS z dnia 29 stycznia 2013 r. w sprawie C-396/11, Radu, od dnia wejście w życie traktatu z Lizbony należy opierać się bezpośrednio na postanowieniach Karty, a nie EKPCz. Jednocześnie jednak, zgodnie z art. 52 ust. 3 KPP, Karta przewiduje standard ochrony co najmniej taki jak EKPCz, zaś z art. 53 KPP wprost wynika, iż „Żadne z postanowień niniejszej Karty nie będzie interpretowane jako ograniczające lub naruszające prawa człowieka i podstawowe wolności uznane, we właściwych im obszarach zastosowania, przez prawo Unii i pra-

³¹ Zob. np. wyrok ETPC z dnia 28 czerwca 1984 r., Campbell i inni przeciwko Wielkiej Brytanii, skarga nr 7819/77 i 7878/77, § 72, LEX nr 80940; z dnia 22 maja 1990 r., Weber przeciwko Szwajcarii, skarga nr 11034/84, § 34, LEX 81103; z dnia 4 marca 2014 r., Grande Stevens i inni przeciwko Włochom, skarga nr 18640/10, 18647/10, 18663/10, 18668/10, 18698/10, § 94, LEX nr 1663433.

³² Tak R. Kmiecik, Glosa do postanowienia Sądu Najwyższego z dnia 24 stycznia 2013 r., sygn. I KZP 21/12, PiP 2014, nr 12, s. 117.

³³ Dz. U. z 2003 r., Nr 42, poz. 364.

³⁴ Karta Praw Podstawowych Unii Europejskiej (Dz. Urz. UE C 303 z dnia 14 grudnia 2007 r., poz., 483 ze zm.).

wo międzynarodowe oraz konwencje międzynarodowe, których Unia lub wszystkie Państwa Członkowskie są stronami, w szczególności przez europejską Konwencję o ochronie praw człowieka i podstawowych wolności oraz przez konstytucje Państw Członkowskich”³⁵. Zauważyć wypada, że TSUE nie wypracował własnych kryteriów wyróżnienia odpowiedzialności o charakterze karnym (represyjnym). Dokonując oceny odpowiedzialności odwoływał się do dorobku ETPCz³⁶.

Reasumując uznać należy, że rozwiązania instytucjonalne przewidziane w prawie karnym skarbowym świadczą o pełnej homogeniczności odpowiedzialności karnej skarbowej w stosunku do odpowiedzialności przewidzianej w kodeksie karnym. Teza ta znajduje bowiem potwierdzenie w bogatym orzecznictwie TK, ETPCz oraz TSUE.

Full homogeneity between penal tax liability and liability under the Penal Code

Abstract

This paper takes the view that solutions adopted in penal tax law prove full homogeneity between penal tax liability and liability under the Polish Penal Code. The view is based on opinions of academics and commentators in the field of criminal law, and on abundant case law of courts, the Constitutional Tribunal, the European Court of Human Rights, and the Court of Justice of the European Union.

³⁵ Zob. M. R a m s, Specyfika wykładni prawa karnego w kontekście brzmienia i celu prawa Unii Europejskiej, Warszawa 2016, s. 239.

³⁶ Tak A. B ł a c h n i o - P a r z y c h, Zbieg odpowiedzialności karnej i administracyjno-karnej jako zbieg reżimów odpowiedzialności represyjnej, Warszawa 2016, s. 79.

Marcin Borodziuk

Doręczenie komornicze w praktyce sądowej po zmianach procedury cywilnej dokonanych 7 listopada 2019 roku

Streszczenie

W niniejszej pracy autor porusza zagadnienie doręczenia komorniczego po zmianach dokonanych na mocy art. 1 pkt 45 ustawy z dnia 4 lipca 2019 r. o zmianie ustawy – Kodeks postępowania cywilnego oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. z 2019 r., poz. 1469 z dnia 6 sierpnia 2019 r.). W opracowaniu zostały omówione zakres i przesłanki zastosowania art. 139¹ § 1 i 2 k.p.c., w powiązaniu z innymi przepisami, które także w znacznym zakresie uległy zmianie. Autor staje na stanowisku, że jakkolwiek obligatoryjne doręczenie komornicze tylko nieznacznie usprawnia postępowanie, to bezspornie zapewnia stabilność orzeczeń sądowych, która była wątpliwa w poprzednim stanie prawnym. Przede wszystkim jednak zwraca uwagę na trudności proceduralne, jakie mogą pojawić się przy stosowaniu omawianego przepisu w praktyce.

1. Zarys regulacji i dotychczasowa praktyka

Choć doręczenie pisma w toku postępowania cywilnego było już możliwe w oparciu o przepisy Kodeksu postępowania cywilnego obowiązujące do dnia 7 listopada 2019 r., dopiero od tej daty zyskało ono doniosłe znaczenie w praktyce organów wymiaru sprawiedliwości. Na mocy art. 1 pkt 45 ustawy z dnia 4 lipca 2019 r. o zmianie ustawy – Kodeks postępowania cywilnego oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. z 2019 r., poz. 1469 z dnia 6 sierpnia 2019 r.), w art. 139¹ § 1 i 2 k.p.c. wprowadzony został bowiem obligatoryjny tryb doręczenia pisma za pośrednictwem komornika, w sytuacji gdy pozew lub inne pismo wywołujące potrzebę obrony praw strony pozwanej, nie został skutecznie doręczony pozwanemu zgodnie z art. 131–139 k.p.c. Ustawodawca nałożył przy tym wynikające z tego obowiązki nie na organ procesowy, lecz na podmiot inicjujący postępowanie w sprawie.

Kierunek tych zmian w ocenie autora należy ocenić pozytywnie. Dotychczasowy stan prawny w omawianym zakresie podważał wagę sprawowania wymiaru sprawiedliwości przez sądy, skoro legalizował prowadzenie fik-

cyjnych procesów¹. Problem ten dostrzeżono także w orzecznictwie, skoro mimo jednoznacznego brzmienia przepisów, Sąd Najwyższy na kanwie zagadnienia prawnego stwierdził, że doręczenie zastępcze w trybie art. 139 § 1 k.p.c. dotyczy także pierwszego pisma w sprawie². Autorzy projektu ustawy uchwalonej w dniu 4 lipca 2019 roku słusznie zauważyli więc, że znaczenie doręczenia pierwszego pisma w sprawie jest kluczowe dla biegu całego dalszego postępowania, ponieważ z założenia powoduje uznanie za doręczone wszystkich kolejnych pism sądowych³.

W judykaturze podniesiono, że doręczenie w sposób przewidziany w art. 139 § 1 k.p.c. może być uznane za dokonane wtedy, gdy przesyłka sądowa została wysłana pod aktualnym adresem oraz imieniem i nazwiskiem odbiorcy⁴. Nie zmienia to jednak tego, że na ogół możliwość weryfikacji tego, czy adres wskazany w pozwie jest aktualny, będzie miała charakter następczy. Iluzoryczne są też próby weryfikowania tego adresu przez dane zawarte w systemie PESEL2–SAD, skoro zawiera on jedynie dane dotyczące meldunku.

W okresie wzmożonej aktywności procesowej funduszy sekurytyzacyjnych, tj. w latach 2012–2019, liczba spraw podlegających rozpoznaniu w procesie cywilnym, w których pozwani nie odbierali pozwów, stanowiła znaczną część statystycznego referatu sędziego. Sprzyjało to podważaniu mocy wiążącej orzeczeń sądowych, nawet po upływie wielu lat, na etapie prowadzenia przez powoda egzekucji. Niejednokrotnie zdarzało się bowiem, że strona pozwana w procesie cywilnym faktycznie zamieszkiwała pod innym adresem, niż wskazany w pozwie, a korespondencja była uznawana za doręczoną w trybie art. 139 § 1–3 k.p.c. Nie zawsze za ten stan rzeczy można było winić stronę powodową.

Jakkolwiek tego rodzaju ryzyko było oczywiście wpisane w istotę dotychczas obowiązującej regulacji (motywowane skądinąd słusznym założeniem, że w przeważającej części spraw powód zna prawidłowy adres zamieszkania pozwanego), sprzyjało to niestety nadużywaniu prawa procesowego zarówno ze strony powodowej, jak i ze strony pozwanej.

Podmiot inicjujący proces cywilny miał możliwość wskazania jakiegokolwiek adresu pozwanego i często zdarzało się, że pomimo wiedzy o faktycz-

¹ Ł. Zamojski, Doręczenie pozwanemu pierwszego pisma procesowego wywołującego potrzebę obrony na podstawie art. 139¹ KPC, *Monitor Prawa Handlowego*, 2019 nr 3, s. 14; ten sam autor na s. 25 wyraża jednak wątpliwość co do celowości wprowadzenia omawianego przepisu, wskazując na istniejące dotychczas mechanizmy obrony pozwanego związane z nieprawidłowym doręczeniem korespondencji sądowej.

² Postanowienie Sądu Najwyższego z dnia 8 grudnia 2010 r., sygn. III CZP 105/10, LEX nr 694257.

³ Uzasadnienie projektu VIII.3137, Zmiana ustawy – Kodeks postępowania cywilnego oraz niektórych innych ustaw., pkt VII ppkt 49 lit c.

⁴ Uchwała Sądu Najwyższego z dnia 16 lutego 2017 r., sygn. III CZP 105/16, OSNC 2017, nr 10, poz. 112.

nym adresie zamieszkania pozwanego, w pozwie podawał był inny adres, wynikający np. z zameldowania. Takie postąpienie było z reguły obliczone na uzyskanie wyroku zaocznego, który z urzędu jest zaopatrywany w rygor natychmiastowej wykonalności (art. 333 § 1 pkt 3 k.p.c.), a przy braku podjęcia korespondencji przez pozwanego, staje się bez przeszkód prawomocny.

Z kolei pozwany, który dążył do obstrukcji procesowej, mógł celowo nie odbierać korespondencji z sądu, a po kilku miesiącach (a niekiedy nawet latach) podnosić trudną do zweryfikowania okoliczność, że tak naprawdę zamieszkiwał pod innym adresem.

Reasumując część rozważań *de lege ferenda*, podzielić należy zapatrywanie wyrażone w doktrynie, zgodnie z którym „pojęcie efektywności postępowania nie jest zawężone wyłącznie do ekonomii postępowania i maksymalnego skrócenia jego trwania. Efektywność to również realizacja gwarancji objętych prawem do sądu. Doręczenie pozwu jest jedną z podstawowych gwarancji procesowych, która umożliwia pozwanemu obronę jego praw”⁵.

Na marginesie wskazać należy, że w dotychczasowym stanie prawnym błędna była praktyka składania przez strony i ich pełnomocników wniosków o przywrócenie terminu do dokonania czynności procesowej, z powodu dokonania doręczenia pod adresem wskazanym przez przeciwnika procesowego, pod którym pozwany nie zamieszkiwał. W takiej sytuacji termin procesowy w ogóle nie rozpoczyna bowiem biegu. Właściwym środkiem procesowym było więc dokonanie tej czynności procesowej i złożenie zażalenia w przypadku potraktowania jej przez sąd jako bezskuteczną (np. odrzucenie wniesionego środka zaskarżenia)⁶.

Omawianą regulację należy ocenić pozytywnie w aspekcie stabilności orzeczeń sądowych, oraz częściowo w zakresie sprawności postępowania. W tym zakresie wydaje się, że dużo lepszym pomysłem byłoby zrealizowanie planów wprowadzenia sądowej służby doręczeniowej, w której wynagrodzenie pracowników byłoby choćby częściowo uzależnione od skuteczności doręczania pism.

W niniejszej pracy zostaną omówione przesłanki dokonania doręczenia komorniczego wynikające z art. 139¹ § 1 k.p.c., przesłanki zawieszenia postępowania, tryb doręczenia komorniczego i sposób rozstrzygnięcia w procesie cywilnym o kosztach nieegzekucyjnego postępowania przed komornikiem. Przy omawianiu tych zagadnień zostanie położony nacisk na prak-

⁵ Por. A. Torbus, *Ekspertyza...*, s. 21 i n., cytat za: J. Bodio, (w:) T. Zembrzusk, *Kodeks postępowania cywilnego. Koszty sądowe w sprawach cywilnych. Dochodzenie roszczeń w postępowaniu grupowym. Przepisy przejściowe. Komentarz do zmian. Tom I i II*, art. 139¹, teza 12, s. 343–344.

⁶ Tak: postanowienie Sądu Najwyższego z dnia 17 listopada 2016 r., sygn. IV CZ 69/16; odmienne stanowisko zajął Sąd Najwyższy w postanowieniu z dnia 28 marca 2019 r., sygn. III CZP 92/18, OSNC 2019, nr 12, poz. 127, pogląd wyrażony w tym ostatnim judykacie nie został jednak przekonująco uzasadniony.

tyczną stronę stosowania omawianego przepisu, z uwzględnieniem różnorodnego charakteru postępowań, które mogą się toczyć w oparciu o przepisy Kodeksu postępowania cywilnego.

2. Podmiotowy zakres zastosowania

Kwestią nastroczającą najmniej potencjalnych trudności jest określenie, do jakich podmiotów omawiany przepis znajduje zastosowanie. Sprawa nie jest jednak tak prosta, jak wynika z brzmienia samego przepisu, który wskazuje na niemożność doręczenia pisma „pozwanemu”.

Wprost wyłączone jest stosowanie wobec pozwanego trybu określonego w art. 139¹ § 1 i 2 k.p.c. w jednym przypadku – gdy został on pozwany w elektronicznym postępowaniu upominawczym (art. 505²⁹ § 1 k.p.c.). W razie niemożności dokonania na podstawie art. 131–139 k.p.c. doręczenia w tym postępowaniu, nakaz zapłaty uznaje się za doręczony, o ile adres, pod którym pozostawiono zawiadomienia, jest zgodny z adresem ujawnionym w rejestrze PESEL. W przeciwnym przypadku sąd z urzędu uchyla nakaz zapłaty i umarza postępowanie (art. 505³⁴ § 1 i 2 k.p.c.).

Wyjątek ten wydaje się nieuzasadniony, skoro prowadzi do uznawania fikcji doręczenia zastrzeżonej dla nakazów zapłaty wydanych w elektronicznym postępowaniu upominawczym. Mając na uwadze brak obowiązku meldunkowego, wielu obywateli wymeldowało się z dotychczasowych adresów, lecz jeszcze więcej tego nie robi, nie meldując się w nowym miejscu zamieszkania. Ciężko postawić tym osobom zarzut, aby czyniły to ze złej woli, skoro żadna norma prawa administracyjnego nie nakłada już takiego obowiązku.

W przypadku uznania pisma za doręczone w oparciu o art. 505³⁴ § 1 k.p.c., pozwany nie ma możliwości skutecznego złożenia skargi o wznowienie postępowania, powołując się na fakt że nie zamieszkiwał pod adresem z rejestru PESEL, skoro w art. 401 pkt 2 k.p.c. mowa o pozbawieniu możliwości obrony swych praw „wskutek naruszenia przepisów prawa”. Wydaje się jednak, że praktyka sądowa powinna pójść w kierunku umożliwienia pozwanemu wykazywania, że nie mieszkał pod adresem wskazanym w rejestrze PESEL, i ponownego doręczenia korespondencji na właściwy adres, skoro z art. 126 § 2 pkt 1, art. 135 § 1 i art. 136 § 1 k.p.c. wynika, że korespondencja powinna być kierowana na adres zamieszkania.

W kontekście powyższego zauważyć należy, że niesłuszne są postulaty „rozwoju bazy PESEL” w miejsce wprowadzonej regulacji dotyczącej doręczenia komorniczego⁷. Sprzyjają one bardziej inwigilacji społeczeństwa, niż skuteczności doręczeń w postępowaniu sądowym.

⁷ M. Gutowski, *Opinia...*, s. 21–23, cyt. za: J. Bodio, (w:) T. Zembruski, *Kodeks postępowania cywilnego. Koszty sądowe w sprawach cywilnych. Dochodzenie roszczeń*

Wprost niewysłowionym warunkiem zastosowania art. 139¹ § 1 k.p.c., na co trafnie zwrócono uwagę w piśmiennictwie⁸, jest posiadanie przez pozwanego miejsca zamieszkania na terenie Rzeczypospolitej Polskiej. Nie sposób wymagać od powoda, aby dokonywał doręczeń zagranicznych, które podlegają odrębnym regułom, wynikającym z norm o charakterze międzynarodowym, w tym przepisów unijnych, takich jak Rozporządzenie nr 1393/2007 Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 13 listopada 2007 r. dotyczące doręczania w państwach członkowskich dokumentów sądowych i pozasądowych w sprawach cywilnych i handlowych (doręczanie dokumentów) oraz uchylające rozporządzenie Rady (WE) nr 1348/2000.

Status pozwanego w procesie może uzyskać osoba, która nie została wskazana w samym pozwie. W tym kontekście wątpliwości może budzić sytuacja, w której doszło do tzw. dopozwania w procesie na skutek wniosku strony pozwanej (art. 194 § 1 k.p.c.). W przypadku, gdy kolejny pozwany w sprawie mimo dwukrotnego awizowania korespondencji nie odbierze postanowienia o wezwaniu go do udziału w sprawie oraz odpisów pism procesowych i załączników (art. 198 § 1 k.p.c.), powstaje wątpliwość, czy podmiotem, który powinien zostać zobowiązany na gruncie art. 139¹ § 2 k.p.c. do doręczenia korespondencji za pośrednictwem komornika, jest powód, który wniósł pozew w sprawie, czy też pozwany, który wnioskował o dopozwanie innego podmiotu.

Stanowisko, w świetle którego kierowanie wniosku o dopozwanie przez pozwanego miałyby powodować powstanie obowiązków procesowych po stronie powodowej, i to obwarowanych rygorem zawieszenia postępowania, należy odrzucić jako prowadzące do nadużywania prawa procesowego. Co prawda pozwany ponosiłby ryzyko obciążenia go kosztami procesu poniesionymi przez podmiot wezwany do udziału w sprawie, to mimo tego mógłby instrumentalnie wskazywać sądowi niewłaściwy adres, co mogłoby prowadzić do przewlekania postępowania.

Z tego względu podmiotem, do którego powinno zostać skierowane wezwanie w trybie art. 139¹ § 2 k.p.c., jest w omawianym przypadku wbrew literalnej wykładni § 1 tego przepisu sam pozwany. Konstatacja w tym zakresie prowadzi do pytania o rygor procesowy, którym nie powinno być w tym przypadku zawieszenie postępowania (dla pozwanego byłoby najczęściej wręcz pożądanym rezultatem), lecz oddalenie wniosku o dopozwanie. Jedynie tego rodzaju rygor, choć nie wynika wprost z ustawy, byłby dostatecznie motywu-

w postępowaniu grupowym. Przepisy przejściowe. Komentarz do zmian. Tom I i II, art. 139(1), teza 9, s. 342.

⁸ M. Klonowski, *Kierunki...*, s. 192–193; E. Marszałkowska-Krześ, *Opinia...*, s. 11, cytata za: J. Bodio, (w:) T. Zembruski, *Kodeks postępowania cywilnego. Koszty sądowe w sprawach cywilnych. Dochodzenie roszczeń w postępowaniu grupowym. Przepisy przejściowe. Komentarz do zmian. Tom I i II, art. 139(1), teza 11, s. 343.*

jący do wskazania przez pozwanego prawidłowego adresu zamieszkania podmiotu wezwanego na jego wniosek do udziału w sprawie w charakterze pozwanego.

We wszystkich innych przypadkach, do wezwania do udziału w sprawie w charakterze pozwanego dochodzi na skutek wskazania określonej osoby przez powoda, z podaniem przez niego jej adresu zamieszkania lub siedziby. Stąd też podobne wątpliwości nie powinny mieć w tych przypadkach miejsca.

W postępowaniu cywilnym oprócz „pozwanego” mogą występować podmioty na prawach strony. Modelowym przykładem jest tu interwenient uboczny (art. 77 § 1 k.p.c.), który swoją pozycję procesową uzyskuje na skutek własnego pisma, w którym ma obowiązek podać także swój adres. W praktyce zdarza się jednak, że to na skutek pisma jednej ze stron sąd dokonuje tzw. przypozwania, tj. zawiadomienia o toczącym się procesie podmiotu zainteresowanego rozstrzygnięciem (art. 84 § 1 i 2 k.p.c.), który niejako w następstwie może dopiero zgłosić interwencję uboczną w sprawie. Niezależnie od tego, do której ze stron miałby potencjalnie przystąpić potencjalny interwenient uboczny (czego nie sposób antycypować na etapie zawiadamiania go o toczącym się postępowaniu), art. 139¹ § 1 k.p.c. nie daje podstawy do wdrożenia wobec niego trybu doręczenia komorniczego. Mowa bowiem o zainteresowanym, który nie jest jeszcze ani stroną, ani podmiotem na prawach strony.

Prawidłowym postąpieniem sądu przy braku odbioru korespondencji mimo dwukrotnego awizowania byłoby więc uznanie jej za doręczoną. Co prawda z przypozwaniem ustawa łączy doniosłe skutki prawne (art. 82 w zw. z art. 85 k.p.c.), jednakże wydaje się, że to w kolejnym postępowaniu, w którym podmiot zawiadamiany występowałby już w charakterze strony, kwestia tego, czy został skutecznie zawiadomiony o wcześniejszej sprawie, powinna podlegać badaniu.

Posłużenie się przez ustawodawcę zwrotem „pozwany” wydaje się wykluczać stosowanie obligatoryjnego trybu doręczania pism za pośrednictwem komornika w odniesieniu do powoda lub wnioskodawcy w postępowaniu nieprocesowym. Wskazuje na to także prosta logika – skoro warunkiem formalnym pisma inicjującego postępowanie cywilne jest wskazanie własnego adresu zamieszkania lub adresu siedziby (art. 126 § 2 pkt 1 k.p.c.), a także adresu zamieszkania lub adresu siedziby przedstawiciela ustawowego lub pełnomocnika procesowego (art. 126 § 2 pkt 2 k.p.c.), to adres ten na ogół nie może budzić jakichkolwiek wątpliwości.

Wskazując błędnie swój własny adres powód ryzykuje tym, że korespondencja kierowana do niego z sądu, pomimo braku jej odbioru, będzie uznawana za doręczoną w trybie art. 139 § 1–3 k.p.c. Także gdy podmiot inicjujący postępowanie zmieni adres zamieszkania, będzie zachodziła podstawa

do uznania korespondencji za doręczoną, z uwagi na brzmienie art. 136 § 2 k.p.c. Niedoskonałym aspektem omawianej regulacji wydaje się obowiązek pouczenia przy pierwszym doręczeniu o skutkach niedopełnienia obowiązku zawiadomienia o zmianie swego miejsca zamieszkania. Wszak skuteczność właśnie pierwszego doręczenia w sprawie, gdy pismo nie zostaje podjęte, może być przedmiotem wątpliwości organu procesowego.

Podchodząc do tej kwestii z praktycznego punktu widzenia stwierdzić należy jednak, że to powód (wnioskodawca) jest stroną na ogół zainteresowaną w sprawnym przeprowadzeniu postępowania sądowego, i zazwyczaj niezwłocznie zawiadamia sąd o zmianie swojego adresu lub jakichkolwiek niedokładnościach w tym zakresie, zawartych w pozwie (wniosku). Jeżeli nie przejawia należytej staranności, będzie ryzykował przeprowadzeniem postępowania *de facto* bez swojego udziału.

Polska procedura cywilna przewiduje możliwość wezwania powoda przez sąd do oznaczenia innych powodów, których łączny udział w sprawie jest konieczny, w taki sposób, aby zawiadomienie ich o toczącym się postępowaniu było możliwe, albo w razie potrzeby, aby wystąpiła z wnioskiem o ustanowienie kuratora (art. 195 § 1 k.p.c.).

Wydaje się, że w przypadku braku odbioru korespondencji skierowanej do takiej osoby mimo dwukrotnego awizowania, art. 139¹ § 1 k.p.c. nie może znajdować zastosowania. O ile wykładnia funkcjonalna w sytuacji określonej w art. 194 § 1 k.p.c. pozwala pod pojęciem „powoda” rozumieć „pozwanego wzywającego inną osobę do udziału w sprawie w charakterze strony pozwanej”, to sytuacja, gdy to nie pozwany, lecz powód miałby zostać wezwany do udziału w sprawie, nie poddaje się wykładni rozszerzającej omawianego przepisu, a wręcz byłaby to wykładnia *contra legem*.

Ponadto ustawodawca, posługując się art. 195 § 1 i 2 k.p.c. pojęciem współuczestnika „koniecznego”, przesądza, że właściwym rygorem braku prawidłowego oznaczenia wszystkich powodów, którzy powinni występować w sprawie, jest oddalenie powództwa z uwagi na brak legitymacji, która w określonej kategorii spraw ma charakter łączny. Tego rodzaju postąpienie sądu, w sytuacji wątpliwości co do prawidłowości adresu wskazanego przez powoda, powinno być jednak poprzedzone wezwaniem powoda do złożenia wniosku o ustanowienie kuratora dla osoby nieznanej z miejsca pobytu (art. 195 § 1 *in fine* k.p.c.).

Specyficzną sytuacją umożliwiającą uznanie powoda za pozwanego, jest wniesienie przez pozwanego powództwa wzajemnego (art. 204 § 1 k.p.c.). Gdyby powód nie podjął korespondencji z takim powództwem, a nie został wcześniej pouczonego o art. 136 § 1 k.p.c., byłoby możliwe zastosowanie do niego art. 139¹ § 1 k.p.c., ale wyłącznie z racji tego, że byłby jednocześnie pozwanym w sprawie.

Na zasadzie określonej w art. 13 § 2 k.p.c. art. 139¹ § 1 i 2 k.p.c. dotyczy nie tylko pozwanego, lecz także uczestników postępowania nieprocesowego (art. 510 § 1 k.p.c.).

Wydaje się, że w takim postępowaniu na ogół brak podstaw do zastosowania rygoru zawieszenia postępowania określonego w art. 139¹ § 1 i 2 k.p.c. Jakkolwiek Sąd powinien zobowiązać wnioskodawcę do doręczenia pisma za pośrednictwem komornika pod rygorem zawieszenia postępowania, faktycznym rygorem wydaje się wówczas ustanowienie kuratora, którego wynagrodzenie poniesie wnioskodawca. Art. 510 § 2 zd. 3 k.p.c. zawiera bowiem wskazanie, że w postępowaniu nieprocesowym ustanowienie kuratora dla uczestnika nieznanego z miejsca pobytu powinno nastąpić z urzędu.

Skoro ustawodawca w postępowaniu procesowym wyraźnie nakazuje zawiesić postępowanie na podstawie art. 177 § 1 pkt 6 k.p.c., to brak doręczenia pisma za pośrednictwem komornika, brak wskazania aktualnego adresu oraz udowodnienia, że adres wskazany we wniosku jest aktualny, należy traktować jako sytuację, w której adres uczestnika nie jest znany.

Do takich sytuacji w postępowaniu nieprocesowym obligatoryjnie znajduje zastosowanie instytucja ustanowienia kuratora dla uczestnika nieznanego z miejsca pobytu, i takim też rygorem powinno być obarczone wezwanie wnioskodawcy do doręczenia odpisu pisma za pośrednictwem komornika, na podstawie art. 13 § 2 k.p.c.

Jedynym przypadkiem, kiedy zasadne wydaje się egzekwowanie od wnioskodawcy rygoru zawieszenia postępowania, jest wyraźne wskazanie przez niego, w reakcji na wezwanie skierowane w trybie art. 139¹ § 1 k.p.c., że adres uczestnika wskazany we wniosku jest aktualny, bez złożenia jakichkolwiek dowodów tego stanu rzeczy.

Kolejnymi podmiotami, do których znajduje zastosowanie art. 139¹ § 1 k.p.c., są przeciwnik w sprawie o zawezwanie do próby ugodowej (art. 185–186 k.p.c.), oraz dłużnik w postępowaniu egzekucyjnym. W tym ostatnim przypadku należy jednak poczynić zastrzeżenie, że do doręczeń dokonywanych za pośrednictwem komornika w postępowaniu egzekucyjnym ustawodawca wyłączył możliwość zastosowania omawianego przepisu (art. 759² § 2 k.p.c.). Skoro komornik jest w tym przypadku organem procesowym, zobowiązanie strony do doręczenia pisma za jego pośrednictwem, byłoby bezprzedmiotowe i zupełnie nielogiczne.

Podobnie nielogiczne wydaje się stosowanie instytucji doręczenia komorniczego w sprawie o wyjawienie majątku, w przypadku gdy wniosek w tym przedmiocie jest pokierowany bezskutecznością egzekucji komorniczej (art. 913 § 1 k.p.c.).

Brak jakichkolwiek podstaw do stosowania art. 139¹ § 1 i 2 k.p.c. do innych podmiotów, takich jak świadkowie, biegli, tłumacze. W przypadku braku

odbioru korespondencji z sądu przez te podmioty, ustawa przewiduje inny sposób procedowania.

3. Pozew lub pismo procesowe wywołujące potrzebę podjęcia obrony praw

Obligatoryjne doręczenie komornicze znajduje zastosowanie jedynie do pism określonych w art. 139¹ § k.p.c., tj. do pozwu (wniosku w postępowaniu nieprocesowym lub postępowaniu egzekucyjnym – art. 13 § 2 k.p.c.), oraz do pism procesowych wywołujących potrzebę podjęcia obrony praw. Pod pojęciem pisma procesowego ustawodawca nakazuje rozumieć takie pisma stron, które obejmują wnioski i oświadczenia składane poza rozprawą (art. 125 § 1 k.p.c.), co nie wywołuje jakichkolwiek wątpliwości interpretacyjnych.

Większą trudność może sprawiać określenie, jakiego rodzaju pisma poza pozwem wywołują potrzebę podjęcia obrony praw. Chodzi tu przy tym przede wszystkim o pisma, które mogą być doręczane stronie pozwanej jeszcze przed doręczeniem jej pozwu, jak wniosek o zabezpieczenie dowodu⁹, czy wniosek o udzielenie zabezpieczenia roszczenia.

Po skutecznym doręczeniu pozwu dezaktualizuje się inna przesłanka doręczenia komorniczego, w postaci braku doręczenia wcześniej jakiegokolwiek pisma w sposób przewidziany w artykułach poprzedzających (tj. *per aviso* oraz gdy nie ma zastosowania art. 139 § 2–3¹ k.p.c.¹⁰). Do pomyslenia jest jednak sytuacja, w której sąd, pomimo skutecznego doręczenia pierwszego pisma w sprawie, nie wypełnił obowiązku pouczenia o obowiązku zawiadomienia o zmianie miejsca zamieszkania (art. 136 § 2 k.p.c.), a pozwany nie podjął dalszej korespondencji w sprawie.

Oczywistym jest, że nie wszystkie pisma strony powodowej, mające wpływ na tok postępowania, wywołują potrzebę obrony praw strony pozwanej. W szczególności nie mają takiego charakteru wnioski powoda o zawieszenie postępowania, czy też wnioski o odroczenie rozprawy, gdyż to w interesie strony powodowej, a nie pozwanej, leży zazwyczaj sprawny przebieg postępowania sądowego. Oceny tej kwestii nie można sprowadzić do prostych stwierdzeń wyrażanych *in abstracto* – każdorazowo sąd musi zbadać, czy poprzestanie na uznaniu danego pisma za doręczone po dwukrotnym jego awizowaniu, w danym przypadku nie narusza praw strony pozwanej.

Omawiając przesłankę potrzeby podjęcia obrony praw stwierdzić należy, że ustawodawca nie wprowadził tu nowego pojęcia prawnego, i w pełni uprawnione wydaje się sięganie do dorobku judykatury i piśmiennictwa zgromadzonego na bazie art. 143 k.p.c. Przepis ten wyłącza stosowanie do-

⁹ Ł. Zamojski, *op. cit.*, s. 15.

¹⁰ J. Bodio, *op. cit.*, teza 6, s. 339–340.

ręczenia przez ogłoszenie (art. 145 k.p.c.) do pism, które taką właśnie potrzebę stwarzają.

W tym kontekście zwrócić należy uwagę na pogląd orzecznictwa, zgodnie z którym „rozpoznanie sprawy bez ustanowienia mimo wniosku powoda oraz istnienia przesłanek przewidzianych w art. 143 i 144 k.p.c., kuratora dla nieznanego z miejsca pobytu pozwanego, powoduje pozbawienie go możliwości obrony swych praw, co jest przyczyną nieważności postępowania (art. 369 pkt 5 k.p.c.)” (wyrok Sądu Najwyższego z dnia 16 grudnia 1994 r., sygn. I PRN 33/94, OSNP 1995, nr 9, poz. 109). Znajduje on pełne przełożenie na gruncie art. 139¹ § 1 i 2 k.p.c., co oznacza, że doręczenie dokonane z naruszeniem tego przepisu (w szczególności przesyłki zawierającej pozew), będzie na ogół prowadziło do nieważności postępowania.

Z zestawienia art. 139¹ § 1 k.p.c. z art. 133 § 2, § 2¹ i § 2² k.p.c. jednoznacznie wynika, że nie znajduje on zastosowania do orzeczeń sądowych. Ustawodawca wprost zawęził jego hipotezę do „pism procesowych”, zaś orzeczenia to odrębna kategoria, która ma ściśle urzędowy charakter (art. 244 § 1 k.p.c.). Stąd też nie jest wadliwe uznanie za doręczone w oparciu o art. 139 § 1–3 k.p.c. np. postanowienia o przekazaniu sprawy według właściwości, czy doręczonego wraz z pozwem postanowienia o udzieleniu zabezpieczenia roszczenia. W tym drugim przypadku zarządzenie dotyczące skuteczności doręczenia powinno wprost określać, że doręczenie jest skuteczne jedynie w zakresie orzeczenia sądowego.

Jakkolwiek orzeczenia sądowe pociągają za sobą dalej idące skutki niż pisma procesowe, stosowanie do nich art. 139 § 1–3 k.p.c. nie powinno budzić wątpliwości. Postanowienia stają się bowiem skuteczne w takim zakresie i w taki sposób, jaki wynika z ich treści, z chwilą ogłoszenia, a jeżeli ogłoszenia nie było – z chwilą podpisania sentencji (art. 360 k.p.c.). Skoro już z datą wydania postanowienia o charakterze incydentalnym (procesowym) wywołują skutki, kwestia ich doręczenia ma znaczenie jedynie uboczne.

Podkreślić bowiem należy, że ustawodawca z doręczeniem orzeczenia wiąże skutki w postaci biegu terminu do wniesienia środka zaskarżenia, a w razie upływu tego terminu, także w postaci prawomocności orzeczenia. Strona pozwana ma możliwość późniejszego podważenia skuteczności tego doręczenia przez wniesienie środka zaskarżenia, podnosząc że przewidziany ku temu termin nie rozpoczął biegu.

Niezależnie od tego, że art. 139¹ § 1 k.p.c. nie ma zastosowania do orzeczeń sądowych, nie wydaje się właściwe uznawanie za doręczoną dwukrotnie awizowanej korespondencji adresowanej do pozwanego, zawierającej odpis postanowienia o zawieszeniu lub umorzeniu postępowania. Jakkolwiek ustawodawca pozwala na doręczenie w trybie art. 139 § 1–3 k.p.c. orzeczenia, takiego jak postanowienie o przekazaniu sprawy innemu sądo-

wi, to w głównej mierze dotyczy to orzeczeń doręczanych przed samym doręczeniem pozwu.

Można powiedzieć, że brak podjęcia przesyłki przez pozwanego, jakkolwiek nie zawsze rodzi domniemanie faktyczne (art. 231 k.p.c.) tego, że pozwany nie zamieszkuje pod adresem na który została skierowana korespondencja, to niewątpliwie stwarza stan niepewności w tym zakresie.

Wydaje się, że tego rodzaju rozstrzygnięcia, jak zawieszenie lub umorzenie postępowania, nie wywołują potrzeby obrony praw przez pozwanego, jako podmiotu który na ogół nie jest zainteresowany w tym, aby toczyło się postępowanie sądowe. W przypadku tych postanowień, mających znaczenie dla biegu postępowania (zażalenie przysługuje do sądu wyższej instancji – art. 394 § 1 k.p.c.), właściwe wydaje się doręczenie pozwanemu korespondencji w tym zakresie przez wywieszenie na tablicy ogłoszeń sądu (art. 145 k.p.c.).

Najpoważniejszym mankamentem omawianej regulacji jest jej niedostosowanie do postępowania upominawczego i nakazowego. Mimo tego, że nakaz zapłaty jest orzeczeniem, to z uwagi na to że podlega doręczeniu wraz z pozwem, a przy tym ma charakter orzeczenia kończącego postępowanie, nie powinien podlegać doręczeniu w trybie art. 139 § 1–3 k.p.c.

Poza elektronicznym postępowaniem upominawczym ustawodawca nie przewidział skutków niemożności doręczenia pozwu w sprawie w sytuacji, gdy wraz z nim doręczeniu podlega nakaz zapłaty. Brak tego rodzaju okoliczności w przepisie dotyczącym uchylecia nakazu zapłaty wydanego w postępowaniu upominawczym lub nakazowym (art. 480² § 5 k.p.c.) musi budzić zdziwienie.

W obecnym stanie prawnym można postawić sobie pytanie, czy wydawanie nakazu zapłaty ma jakąkolwiek rację bytu. Sąd został bowiem uprawniony do wydania wyroku zaocznego na posiedzeniu niejawnym (art. 339 § 1 k.p.c.), a wydanie nakazu zapłaty może prowadzić do trudności z ustaleniem trybu jego doręczenia, gdy korespondencja nie zostanie podjęta przez pozwanego.

Podnieść należy zatem, że w świetle art. 480¹ § 1 k.p.c. wydanie nakazu zapłaty, w szczególności w postępowaniu upominawczym, nadal ma charakter obligatoryjny, a negatywne przesłanki rozstrzygnięcia sprawy nakazem zostały zawężone względem stanu prawnego sprzed 7 listopada 2019 r. (art. 499 k.p.c.). Tylko ziszczenie się negatywnych przesłanek wydania nakazu zapłaty uprawnia do skierowania sprawy do postępowania zwykłego.

Na marginesie wskazać należy też, że zaniechanie wydawania nakazów zapłaty najbardziej godziłoby w interes pozwanych, z uwagi na zróżnicowanie stawek wynagrodzenia profesjonalnych pełnomocników w zależności od tego, czy sprawa podlega rozpoznaniu w postępowaniu nakazowym, upominawczym, czy w zwykłym (art. 99 k.p.c., § 2 i 3 rozporządzenia Ministra Sprawiedliwości z dnia 22 października 2015 r. w sprawie opłat za czynności adwokackie). Nadto wydanie wyroku zaocznego wiąże się z obligatoryjnym

nadaniem mu rygoru natychmiastowej wykonalności, a przy tym powoduje konieczność uiszczenia przez stronę pozwaną opłaty od ewentualnego sprzeciwu od takiego wyroku.

Z istoty nakazu zapłaty wynika (co potwierdza także obecna treść art. 480² § 3 k.p.c.), że powinien zostać doręczony pozwanemu wraz z pouczeniem o sprzeciwie, skutkach niezaskarżenia nakazu oraz odpisem pozwu z pouczeniami (art. 205² k.p.c.). Taka była też praktyka orzecnicza w dotychczasowym stanie prawnym. Wydaje się jednak, że powołany przepis znajduje zastosowanie jedynie do pierwszej próby doręczenia, zaś na etapie zobowiązania powoda do doręczenia korespondencji za pośrednictwem komornika, to właśnie art. 139¹ § 1 k.p.c. należy potraktować jako normę o charakterze *lex specialis*.

Za takim poglądem przemawia nie tylko literalna wykładnia art. 139¹ § 1 k.p.c., który traktuje o pismach procesowych, a nie orzeczeniach, lecz także wzgląd na racje celowościowe. Możliwa jest bowiem sytuacja, w której powód doręczy korespondencję za pośrednictwem komornika, ale nie powiadomi o tym sądu. Wówczas sąd, z uwagi na upływ dwumiesięcznego terminu z art. 139¹ § 2 k.p.c., zawiesi postępowanie. Niewykluczone jest, że w momencie rozstrzygania w tym przedmiocie nakaz zapłaty stanie się już prawomocny. Do takich sytuacji prowadzi praktyka doręczania nakazu zapłaty wraz z pozwem, wobec czego musi ona zostać określona jako z gruntu rzeczy wadliwa.

Omawiany przykład wskazuje, że to po stronie sądu powinna istnieć pełna kontrola nad tym, kiedy jego orzeczenie zostaje doręczone, i kiedy zyskuje ono przymiot niewzruszalności. Jako sposób wybrnięcia z tych trudności wskazano w piśmiennictwie na możliwość bezpośredniego zlecenia przez sąd komornikowi dokonania doręczenia, stosując art. 3 ust. 4 pkt 1 ustawy z dnia 22 marca 2018 r. o komornikach sądowych, a nie art. 139¹ § 1 k.p.c.¹¹ Jednak pogląd ten należy jednoznacznie odrzucić. Może on bowiem prowadzić do dokonywania doręczeń przez dwóch różnych komorników, w różnym czasie (art. 10 tej ustawy), a przy tym rodzi to dodatkowe ryzyko, że dwaj komornicy dojdą do rozbieżnych ustaleń co do tego, gdzie faktycznie zamieszkuje dłużnik.

Zachowaniu kontroli sądu nad losami wydanego przezeń orzeczenia najlepiej sprzyja praktyka zobowiązywania powoda do doręczenia za pośrednictwem komornika samego odpisu pozwu, wraz z pouczeniami z art. 205² k.p.c., przy jednoczesnym przesłaniu odpisu pisma, oraz treści pouczeń. Dopiero po uzyskaniu przez sąd potwierdzenia, że komornik doręczył korespondencję, zasadne staje się doręczenie samego odpisu nakazu zapłaty wraz z pouczeniami o sprzeciwie i skutkach niezaskarżenia nakazu.

¹¹ Ł. Zamojski, *op. cit.*, s. 16.

Co prawda zachodzi wówczas ryzyko, że pozwany zdąży niejako „samorzutnie” złożyć odpowiedź na pozew, jednakże w tej sytuacji można ją potraktować jako sprzeciw lub zarzuty od nakazu zapłaty. Sąd powinien wówczas doręczyć odpis nakazu z ewentualnym wezwaniem do uzupełnienia braków formalnych pisma pozwanego, np. do wskazania zakresu zaskarżenia (gdy z pisma nie wynika jednoznacznie, że pozwany wnosi o oddalenie powództwa w całości), ale także do ewentualnego opłacenia zarzutów itp., informując że w przypadku uzupełnienia braków formalnych sprawie zostanie nadany dalszy bieg (w przypadku postępowania upominawczego – nakaz utraci moc).

W sytuacji, gdy powód nie wykona zobowiązania z art. 139¹ § 2 k.p.c., nakaz zapłaty wydany w postępowaniu upominawczym utraci moc wraz z umorzeniem postępowania, bez potrzeby zamieszczania przez sąd osobnego rozstrzygnięcia w tym przedmiocie. Odmienne w postępowaniu nakazowym ustawodawca przewidział konieczność rozstrzygnięcia w przedmiocie uchylenia nakazu zapłaty (art. 493 § 4 k.p.c.), co wynika z odrębności tego postępowania, w którym po wydaniu nakazu zapłaty sąd rozstrzyga o jego dalszym losie.

Można dyskutować nad zasadnością braku wprowadzenia odpowiednika dawnego art. 492¹ § 1 k.p.c. w postępowaniu nakazowym. Oznacza to, że mimo, że sąd dysponuje informacją o tym, że miejsce pobytu pozwanego nie jest znane, nie ma podstawy do uchylenia nakazu zapłaty aż do czasu umorzenia postępowania¹². Powód ma więc niemal pół roku na przeprowadzenie egzekucji z majątku dłużnika, o czym ten może dowiedzieć się ze znacznym opóźnieniem. Wydaje się, że taki kształt unormowania nie był uświadomiony przez ustawodawcę i doszło do przeoczenia tego aspektu omawianej regulacji.

Problematyczna pozostaje także kwestia rozstrzygnięcia o kosztach doręczenia komorniczego w sytuacji, gdy pozwany nie wniesie sprzeciwu lub zarzutów od nakazu zapłaty. Zgodnie z art. 108 § 1 k.p.c., sąd rozstrzyga o kosztach w każdym orzeczeniu kończącym sprawę w instancji. Tymczasem owym orzeczeniem kończącym sprawę w instancji jest nakaz zapłaty, który zostaje wydany na etapie, gdy jeszcze nie wiadomo, czy będzie zachodziła potrzeba poniesienia kosztów doręczenia komorniczego.

Nie wydaje się w tym przypadku możliwe zastosowanie trybu uzupełnienia nakazu zapłaty (art. 353² k.p.c. w zw. z art. 351 § 1 k.p.c.), skoro termin do złożenia wniosku w tym przedmiocie wynosi dwa tygodnie od dnia doręczenia odpisu nakazu zapłaty, a ustawowy termin na powiadomienie sądu o doręczeniu pisma za pośrednictwem komornika wynosi dwa miesiące. Nie wydaje się również właściwe wymaganie od strony, aby składała tego rodza-

¹² Tak też J. Bodio, (w:) T. Zembrzusi, Kodeks postępowania cywilnego. Koszty sądowe w sprawach cywilnych. Dochodzenie roszczeń w postępowaniu grupowym. Przepisy przejściowe. Komentarz do zmian. Tom I i II, art. 139(1), teza 11, s. 343.

ju wniosek, połączony z wnioskiem o przywrócenie terminu do złożenia wniosku o uzupełnienie nakazu zapłaty. Na moment rozstrzygania sprawy sąd zawiera bowiem w nakazie zapłaty (art. 394^{1a} § 1 pkt 9 k.p.c.) całość rozstrzygnięcia o kosztach procesu, jakie powstały do chwili jego wydania. Brak zatem takiego orzeczenia, które wymagałoby uzupełnienia.

Sposobem na wyjście z tego impasu wydaje się wypłacenie komornikowi kosztów przeprowadzonego przezeń postępowania nieegzekucyjnego ze środków Skarbu Państwa, oraz następcze obciążenie nimi stron w oparciu o art. 108¹ k.p.c., który odmiennie niż art. 108 k.p.c., pozwala to uczynić w każdym czasie.

4. Przestanki zawieszenia postępowania wobec nieskuteczności doręczenia komorniczego

Z zestawienia ze sobą § 1 i 2 art. 139¹ k.p.c. wynika, że powinnością sądu w przypadku niemożności doręczenia pozwanemu odpisu pozwu lub innego pisma wywołującego potrzebę obrony praw, jest wezwanie powoda do złożenia potwierdzenia doręczenia pisma pozwanemu za pośrednictwem komornika, w terminie dwóch miesięcy, pod rygorem zawieszenia postępowania.

Jak słusznie podniesiono w piśmiennictwie¹³, powinność ta nie ma bezwzględnego charakteru w sytuacji, gdy sąd dysponuje aktualnym adresem pozwanego, podanym w toku innego postępowania, bądź też relatywnie świeżo ujawnionym adresem z bazy danych PESEL–SAD. Wskazuje się także, że powód, wyprzedzając niejako tok postępowania, już wraz z pozwem może dołączyć dowody, że pozwany zamieszkuje pod adresem podanym w pozwie.

W celu umożliwienia dokonania doręczenia za pośrednictwem komornika, należy przesłać powodowi odpis pozwu wraz z pouczeniami, a nadto zobowiązanie do złożenia odpowiedzi na pozew w określonym terminie (art. 205¹ § 1 i 2 k.p.c.), w sytuacji gdy nie wydano nakazu zapłaty.

To ostatnie zastrzeżenie, jakkolwiek nie wynika wprost z omawianych przepisów, ma na celu usprawnienie postępowania. Jednoczesne doręczenie zobowiązania do wniesienia odpowiedzi na pozew powoduje określenie pozwanemu terminu procesowego. Bez jego doręczenia pozwany będzie mógł złożyć odpowiedź na pozew praktycznie w każdym czasie, dopóki stosowne zobowiązanie nie zostanie mu doręczone, co w innym wypadku wymaga wydania odrębnego zarządzenia przez przewodniczącego.

Brak doręczenia takiego zobowiązania uniemożliwia wydanie wyroku zaocznego, pozwanemu nie zostaje bowiem doręczone zobowiązanie zakre-

¹³ Ł. Zamojski, *op. cit.*

śląjące termin na zajęcie stanowiska w sprawie, wymagane w świetle art. 339 § 1 k.p.c.

Odmienne jest w przypadku nakazu zapłaty, gdyż z samej jego treści powinno wynikać, że pozwany ma dwa tygodnie na wniesienie środka zaskarżenia (art. 480² § 1 k.p.c.). Jak wskazano wcześniej, zobowiązanie do wniesienia ewentualnego sprzeciwu powinno jednak zostać doręczone już po dokonaniu doręczenia odpisu pozwu za pośrednictwem komornika, wraz z odpisem nakazu zapłaty z pouczeniami z art. 205² k.p.c..

Do powoda niereprezentowanego przez zawodowego pełnomocnika będącego adwokatem lub radcą prawnym, należy ponadto w trybie art. 5 k.p.c. skierować pouczenie o możliwości wskazania aktualnego adresu pozwanego lub dowodu, że pozwany przebywa pod adresem wskazanym w pozwie. Zamiast wskazania aktualnego adresu pozwanego powód może uprawdopodobnić, że pozwany jest nieznan z miejsca pobytu, wnosząc jednocześnie o ustanowienie kuratora do reprezentowania jego praw (art. 143 i 144 k.p.c.)¹⁴. W przypadku zgłoszenia takiego wniosku, sąd nie może zawiesić postępowania bez jego uprzedniego oddalenia¹⁵ (np. z uwagi na brak uiszczenia zaliczki).

Jako niezrozumiałe należy ocenić zapatrywanie wyrażone w piśmiennictwie, zgodnie z którym „tak zwane doręczenie komornicze stawia pod znakiem zapytania podstawę ustanowienia kuratora dla nieznanego z miejsca pobytu wobec niemożności ustalenia miejsca zamieszkania pozwanego, także w następstwie fiaska doręczenia pisma przez komornika”¹⁶. Nieskuteczność doręczenia komorniczego potwierdza właśnie zasadność wystąpienia z wnioskiem o ustanowienie dla pozwanego kuratora w oparciu o powołane przepisy ustawy. Trafnie podnosi się, że są to instytucje rozłączne¹⁷, choć lepsze byłoby określenie „uzupełniające się”. Konieczność dokonania pierwszego doręczenia tak, by pozwany mógł podjąć obronę w procesie, przyczyni się do częstszego wyznaczania kuratorów procesowych.

Wątpliwości może budzić jedynie sytuacja, w której złożenie wniosku o ustanowienie kuratora nie zostało poprzedzone próbą doręczenia pisma za pośrednictwem komornika. Wydaje się, że taki wniosek może zostać uwzględniony, powinien jednak zostać szczególnie starannie uargumentowany.

Bezskuteczny upływ terminu dwóch miesięcy ustawodawca wprost nakazuje traktować jako pozytywną przesłankę do zawieszenia postępowania na podstawie art. 177 § 1 pkt 6 k.p.c., i taka też podstawa prawna powinna znajdować się w samym postanowieniu (art. 178¹ k.p.c.). Przytoczony przepis

¹⁴ Postanowienie Sądu Rejonowego w Giżycku z dnia 19 sierpnia 2020 r., sygn. IV P 179/19, LEX nr 3054120.

¹⁵ Por. postanowienie Sądu Najwyższego z dnia 5 listopada 1970 r., sygn. II CZ 133/70, LEX nr 1197.

¹⁶ J. Bodio, *op. cit.*, teza 10, s. 342.

¹⁷ Ł. Zamojski, *op. cit.*, s. 14.

stanowi, że jeżeli na skutek braku lub wskazania złego adresu powoda albo niewskazania przez powoda w wyznaczonym terminie adresu pozwanego lub danych pozwalających sądowi na ustalenie numerów, o których mowa w art. 208¹, lub niewykonania przez powoda innych zarządzeń nie można nadać sprawie dalszego biegu, sąd może zawiesić postępowanie z urzędu.

Ubocznie wskazać w tym miejscu należy, że art. 177 § 1 pkt 6 k.p.c. nadal znajduje zastosowanie w sytuacjach, w których nie doszło do dwukrotnego awizowania przesyłki (np. odesłanie korespondencji omyłkowo odebranej przez osobę nieuprawnioną do odbioru, adnotacja o nieistnieniu takiego adresu, jak wskazany w pozwie, lub o zburzeniu budynku). Wówczas sąd z pominięciem art. 139¹ § 1 i 2 k.p.c. może wezwać powoda do podania aktualnego adresu zamieszkania powoda, w wyznaczonym przez siebie terminie, pod rygorem zawieszenia postępowania. Zastosowanie powołanego przepisu jest więc obligatoryjne przed zawieszeniem postępowania, gdy pozwany nie odebrał korespondencji mimo dwukrotnego awizowania¹⁸.

Podkreślić należy, że wskazane w art. 139¹ § 2 k.p.c. trzy możliwe postąpienia powoda, jak również złożenie wniosku o ustanowienie kuratora dla pozwanego jako osoby nieznanej z miejsca pobytu, po uiszczeniu stosownej zaliczki, stanowią negatywne przesłanki zawieszenia postępowania. Jednocześnie są one pozytywnymi przesłankami do podjęcia postępowania zawieszonego. Pamiętać należy przy tym, że sąd podejmie postępowanie tylko w przypadku, gdy strona wniesie o podjęcie postępowania w ciągu trzech miesięcy od daty postanowienia o zawieszeniu postępowania (art. 182 § 1 pkt 1 k.p.c.).

Podkreślić przy tym należy, że jakakolwiek z czynności wymienionych w art. 139¹ § 2 k.p.c., podjęta po upływie określonego nim ustawowego terminu, jest bezskuteczna (art. 169 § 1 k.p.c.). Sąd powinien jednak uwzględnić tę czynność, o ile jest połączona ze złożeniem wniosku o podjęcie postępowania, zgłoszonym w ustawowym terminie trzech miesięcy od daty wydania postanowienia o zawieszeniu postępowania (art. 182 § 1 pkt 1 k.p.c.). W praktyce może być jednak tak, że część sądów będzie uznawała zawieszanie postępowania, w sytuacji przekroczenia przez powoda dwumiesięcznego terminu, za bezprzedmiotowe.

5. Skutki wykonania zobowiązania do doręczenia pisma za pośrednictwem komornika.

Jeżeli chodzi o tryb doręczenia pisma za pośrednictwem komornika, obszernie wypowiedział się w tym zakresie w doktrynie Ł. Zamojski¹⁹, a powiela-

¹⁸ Postanowienie Sądu Okręgowego w Suwałkach z dnia 15 maja 2020 r., sygn. I Cz 115/20, LEX nr 3021571.

¹⁹ Ł. Zamojski, *op. cit.*

nie poczynionych przez niego wywodów nie byłoby celowe, ze względu na ramy niniejszego opracowania, dotyczącego postępowania przed sądem. Należy zatem skrótowo wskazać, że możliwa jest sytuacja, w której komornik:

- doręczy pismo bezpośrednio adresatowi,
- pozostawi awizo dla adresata, także w sytuacji obecności dorosłego domownika,
- powiadomi o niemożności doręczenia pisma (niekiedy także o niemożności ustalenia adresu zamieszkania adresata).

Pierwsza z omawianych sytuacji może mieć miejsce zarówno pod adresem wskazanym w pozwie, jak i pod innym adresem, ustalonym przez komornika. Podkreślić należy, że gdy adres wskazany w pozwie był prawidłowy, potwierdzenie go przez komornika nie powoduje „wstecznej” mocy doręczenia dokonanego uprzednio przez sąd. Brak podstawy ku temu, aby w tej sytuacji uznać wcześniejszą korespondencję za doręczoną. Skoro ustawodawca położył taki nacisk na świadomość pozwanego, że toczy się przeciwko niemu postępowanie sądowe, nie sposób uznać, że wcześniejsze dwukrotne awizowanie przesyłki pod tym adresem mogłoby nieść za sobą inne negatywne skutki procesowe dla pozwanego, niż zwiększenie kosztów procesu o należność komornika.

Jako błędną należy uznać także praktykę zobowiązania do doręczenia odpisu pozwu za pośrednictwem komornika, a po ustaleniu że pozwany faktycznie zamieszkuje pod adresem wskazanym w pozwie, uznawania za doręczony po dwukrotnym awizowaniu odpisu nakazu zapłaty, który był doręczany pierwotnie wraz z odpisem pozwu. Omawiana regulacja ma na celu zapobieganie nie tylko temu, by pozwby były kierowane na fikcyjne lub niezwyfikowane adresy, ale także temu, aby powód nie mógł odnieść korzyści z wiedzy o np. dłuższej nieobecności pozwanego w miejscu zamieszkania.

Należy w tym miejscu poczynić kilka uwag co do alternatywnych sposobów zrealizowania zobowiązania sądu, z których pierwszym jest wskazanie aktualnego adresu zamieszkania lub siedziby strony pozwanej. Z treści omawianego przepisu jednoznacznie wynika, że nie może to być ten sam adres, który został wskazany w pozwie. Co do niego ustawodawca przewidział bowiem wymóg złożenia dowodów, że jest to adres aktualny.

Gdyby powód poprzestał na wskazaniu tego samego adresu co dotychczas, postępowanie należałoby zawiesić. Wyjątkiem byłaby sytuacja, w której strony postępowania łączy umowa najmu. Wówczas powód powinien oświadczyć, że pozwany nie poinformował go o zmianie adresu swojego zamieszkania, opierając się na treści art. 6g ustawy z dnia 21 czerwca 2001 r. o ochronie praw lokatorów, mieszkaniowym zasobie gminy i o zmianie Kodeksu cywilnego. Jest to „inny przepis szczególny przewidujący skutek doręczenia” w rozumieniu art. 139¹ § 1 i 2 k.p.c.

W przypadku wykazania przez pozwanego, że informował powoda o zmienionym adresie, orzeczenie można by podważyć przez proste wniesienie środka zaskarżenia, zaś powód mógłby zostać obciążony kosztami wywołanymi swoim niesumiennym postępowaniem (art. 103 § 1 k.p.c.).

W świetle powyższego jako nieuzasadnione należy określić obawy wyrażane w piśmiennictwie, w kwestii domniemanego ograniczenia przez ustawodawcę możliwości skutecznego dochodzenia swych roszczeń przeciwko najemcom²⁰.

Jeżeli zaś chodzi o podanie przez powoda nowego adresu, to również kolejna próba doręczenia może okazać się nieskuteczna, mimo dwukrotnego awizowania korespondencji. Rodzi się zatem pytanie, czy w tej sytuacji cała procedura przewidziana w art. 139¹ § 1 i 2 k.p.c. powinna zostać powtórzona.

Wydaje się, że tak właśnie powinien postąpić sąd, mając na uwadze że to powód jest „gospodarzem” procesu, a sąd rozstrzyga w granicach jego żądań (art. 321 § 1 k.p.c.). Jednakże kilkukrotne wskazywanie przez powoda domniemanych adresów strony pozwanej, z których żaden nie doprowadzi do doręczenia korespondencji, przy jednoczesnym niepodjęciu próby doręczenia pisma za pośrednictwem komornika, powinno zostać potraktowane jako nadużycie prawa procesowego i pociągnąć za sobą określone sankcje procesowe ze strony sądu (art. 4¹ i art. 226² k.p.c.).

Pamiętać należy także, że w przypadku, gdyby powód wskazał adres znajdujący się poza obszarem właściwości sądu, do którego został wniesiony pozew, sąd powinien przekazać sprawę sądowi miejscowo właściwemu, nie oczekując na zarzut strony pozwanej (art. 200 § 1² k.p.c.). Wyjątkiem od tej reguły powinna być sytuacja, w której sąd, do którego wniesiono pozew, wydał nakaz zapłaty w postępowaniu upominawczym lub nakazowym. Nakaz kończy bowiem postępowanie i w przypadku niezaskarżenia ma skutki prawomocnego wyroku (art. 480² § 4 k.p.c.). Po wydaniu orzeczenia końcowego nie ma podstaw do przekazywania sprawy „do rozpoznania” innemu sądowi.

Jeśli zaś chodzi o dowody zamieszkiwania pod adresem wskazanym dotychczas, to ich katalog jest otwarty i nie ograniczają się one do dowodów z dokumentów. Na okoliczność miejsca zamieszkania pozwanego sąd może przesłuchać na posiedzeniu jawnym także świadków, co znajdzie zastosowanie przede wszystkim w sprawach o stwierdzenie nabycia spadku. W praktyce częściej spotykane będą zapewne pisemne oświadczenia osób zamieszkujących w sąsiedztwie pozwanego. Takie oświadczenia dla swej skuteczności powinny zostać potwierdzone przez sąd w drodze odebrania zeznań na piśmie (art. 271¹ k.p.c.)²¹, tj. przez pisemne pouczenie o treści

²⁰ Tak A. Sikorska-Lewandowska, Problemy z dochodzeniem roszczeń po nowelizacji przepisów KPC o doręczeniach, *Nieruchomości* 2020, nr 9.

²¹ Ł. Zamojski, *op. cit.*

art. 233 § 1 k.k. skierowane do tak „przybranego” świadka, z prośbą o potwierdzenie wcześniejszego oświadczenia.

W piśmiennictwie wskazuje się także na takie środki dowodowe, jak zwrotne potwierdzenia odbioru przesyłki kurierskiej, potwierdzenie odbioru przekazu pocztowego, czy raporty detektywistyczne²².

Jeżeli doręczenie pisma w żaden z omawianych sposobów nie jest możliwe, wówczas sąd po upływie trzech miesięcy od daty postanowienia o zawieszeniu postępowania, wydaje postanowienie o umorzeniu postępowania. W omawianym przypadku brak podstaw do zasądzenia jakichkolwiek kosztów procesu – choć powód w znaczeniu procesowym przegrywa sprawę, to jego obciąża wskazanie nieprawidłowego adresu przeciwnika procesowego. W przypadku braku cofnięcia pozwu, nie zachodzi żadna z sytuacji, która pozwalałaby na zwrot choćby części opłaty od pozwu powodowi.

6. Kwestie międzyczasowe

Na koniec należy zwrócić uwagę na kwestię stosowania art. 139¹ § 1 i 2 k.p.c. do postępowań wszczętych przed dniem wejścia w życie ustawy z dnia 4 lipca 2019 r. o zmianie ustawy – Kodeks postępowania cywilnego oraz niektórych innych ustaw, tj. przed dniem 7 listopada 2019 r.

Zgodnie z art. 9 ust. 1 tej ustawy, w sprawach wszczętych i niezakończonych przed dniem wejścia w życie niniejszej ustawy zachowują moc czynności dokonane zgodnie z przepisami, w brzmieniu dotychczasowym. Wynika z tego, że jeżeli korespondencja do pozwanego została powtórnie awizowana do dnia 30 października 2019 r., można ją uznać za skutecznie doręczoną w oparciu o dotychczasowe przepisy (przy czym przewodniczący może to uczynić zarządzeniem wydanym także w późniejszej dacie, bowiem jedynie stwierdza w ten sposób skutki prawne, które już wcześniej zaistniały).

Z kolei przesyłki powtórnie awizowane po tej dacie podlegają ustawie w nowym brzmieniu. Zgodnie bowiem z ust. 2 powołanego przepisu, do spraw wszczętych i niezakończonych przed dniem wejścia w życie niniejszej ustawy stosuje się przepisy ustaw zmienianych w art. 1 i art. 5, w brzmieniu nadanym niniejszą ustawą. Od tej reguły ustawodawca przewidział jednak kilka wyjątków.

Zgodnie z art. 11 powołanej ustawy, sprawy: 1) w których przed dniem wejścia w życie niniejszej ustawy wydano nakaz zapłaty w postępowaniu upominawczym, 2) wszczęte przed dniem wejścia w życie niniejszej ustawy rozpoznawane w postępowaniu nakazowym, 3) wszczęte przed dniem wejścia w życie niniejszej ustawy rozpoznawane w elektronicznym postępowaniu

²² M. Świtkowski, Nowe zasady doręczania pism procesowych po reformie postępowania cywilnego z lipca 2019 r., LEX/el. 2019.

niu upominawczym – do czasu zakończenia postępowania w danej instancji podlegają rozpoznaniu zgodnie z przepisami, w brzmieniu dotychczasowym.

Nie jest do końca jasne, z jakich względów ustawodawca akurat w tej kategorii spraw podlegających rozpoznaniu w procesie (art. 13 § 1 k.p.c.) zdecydował się na stosowanie przepisów dotychczasowych, i to z ograniczeniem do jednej instancji. W przypadku, gdy sprawa jest rozpoznawana w takiej właśnie kategorii spraw przez sąd pierwszej instancji, postępowanie odwoławcze toczy się już z uwzględnieniem przepisów nowych. Oznacza to, że sąd pierwszej instancji nie ma obowiązku zastosowania art. 139¹ § 1 i 2 k.p.c.

Sąd odwoławczy na ogół również nie będzie miał takiej sposobności, skoro wcześniejsza korespondencja w sprawie zostałaby uznana za skutecznie doręczoną w oparciu o art. 139 § 1–3 k.p.c. Do przesłanek omawianego przepisu należy bowiem brak doręczenia wcześniej pisma w sposób przewidziany w artykułach poprzedzających. Na etapie postępowania odwoławczego nie są przy tym dopuszczalne zmiany podmiotowe powództwa (art. 391 § 1 k.p.c.).

Jedynie w sytuacji, gdyby sąd odwoławczy wyszedł poza podmiotowe granice zaskarżenia (art. 378 § 1 k.p.c.), strona pozwana, która nie zaskarżyła wyroku, może zmienić adres zamieszkania i nie można jej czynić z tego powodu zarzutu. Konieczność poszukiwania takiego pozwanego, w celu doręczenia pisma w trybie art. 139¹ § 1 i 2 k.p.c. wydaje się jednak wątpliwa, skoro w omawianym trybie może zapaść jedynie orzeczenie na jego korzyść, a więc takie, które nie wywołuje potrzeby podjęcia obrony swych praw.

Z powyższego wynika, że dla sądu odwoławczego wprowadzenie doręczenia komorniczego będzie miało takie znaczenie, że po wpłynięciu apelacji (wniesionej przez powoda lub innego pozwanego), sąd ten będzie zajmował się oceną trybu doręczenia komorniczego, w aspekcie pozbawienia pozwanego możliwości obrony swych praw, do czego będzie zobowiązany z urzędu (art. 379 pkt 5 k.p.c.).

Nie można przy tym wykluczyć, że doręczenie zawiadomienia o ostatniej rozprawie zostanie zakwestionowane przez sąd odwoławczy nie tylko przez naruszenie przepisów postępowania przez sąd, ale także przez komornika, gdy naruszy on tryb doręczenia określony ustawą z dnia 22 marca 2018 r. o komornikach sądowych. Wówczas to sądowi pierwszej instancji, który usankcjonował wadliwe doręczenie komornicze, można postawić zarzut obrazy art. 139¹ § 1 i 2 k.p.c.

Jeżeli zaś komornik skorzysta z możliwości awizowania korespondencji w trybie art. 3a ust. 3 tej ustawy, pozwany który wbrew ustaleniom komornika zamieszkuje pod innym adresem, będzie mógł złożyć skargę o wznowienie postępowania w oparciu o art. 401 pkt 2 k.p.c., choć problematyczna wydaje się wówczas możliwość zarzucenia komornikowi naruszenia przepisów postępowania. Z tych względów komornicy powinni korzystać z oma-

wianego sposobu doręczenia pisma wyłącznie w sytuacjach, gdy są pewni zamieszkiwania przez dłużnika pod wskazanym adresem.

Service by a court enforcement officer in the practice of courts, following changes of 7 November 2019 to the civil procedure

Abstract

This paper addresses service by a court enforcement officer following amendments under Art. 1(45) of the Act of 4 July 2019 amending the Act – Code of Civil Procedure and some other acts (Journal of Laws.2019.1469 of 06 July 2019). The scope and conditions for the application of Art. 139¹ (1 and 2) of the Code of Civil Procedure are discussed with reference to other provisions that have also been substantially amended. It is claimed that, despite its limited capability of streamlining proceedings, mandatory service by a court enforcement officer ensures the stability of court judgments, which stability was questionable before the amendments were made. Attention is brought to procedural difficulties likely to arise from the practical application of the provision concerned.

Malwina Waksmańska

Sytuacja oskarżonego w procesie karnym w Zjednoczonych Emiratach Arabskich

Streszczenie

W niniejszej pracy scharakteryzowano system prawny Zjednoczonych Emiratów Arabskich, podwójny system wymiaru sprawiedliwości oraz sam proces karny. Na tym tle zaprezentowana została sytuacja oskarżonego w postępowaniu przygotowawczym oraz na rozprawie głównej w emirackim procesie karnym ze szczególnym uwzględnieniem regulacji zawartych w emirackim Kodeksie postępowania karnego oraz Arabskiej Karcie Praw Człowieka.

1. Podstawowe wiadomości dotyczące Zjednoczonych Emiratów Arabskich

Powstałe w grudniu 1971 roku¹ Zjednoczone Emiraty Arabskie są małym państwem (1,5 mln obywateli²), jednak odgrywającym istotną rolę nie tylko wśród krajów Zatoki³. W ciągu ostatnich 10 lat ZEA uzyskało znaczący wpływ na wydarzenia w regionie ze względu na zaangażowanie na Bliskim Wschodzie i w Afryce w zajął o znaczeniu politycznym, ekonomicznym i militarnym, takie jak odsunięcie od władzy Muammara Al-Kaddafiego w Libii, walki z Państwem Islamskim w Syrii czy interwencja w Jemenie. Kraj ten posiada 8.1% światowych rezerw ropy naftowej i zajmuje 4. miejsce na liście światowych eksporterów tego surowca, co dodatkowo wzmacnia jego pozycję⁴.

Państwo Zjednoczonych Emiratów Arabskich jest jedyną bliskowschodnią federacją. Stanowi jedno państwo, stabilne politycznie, pomimo, że poszczególne emiraty charakteryzują się odrębną tożsamością. Jedność państwa została zagwarantowana w Konstytucji Zjednoczonych Emiratów Arabskich (art. 1 i 2)⁵. Państwo składa się z siedmiu emiratów: Abu Dhabi (stoli-

¹ R. Said Zahlan, *The making of the modern Gulf States*, New York 2016, s. 90.

² M. K. Nalla podaje, że populacja ZEA na rok 2009 wynosiła 5,06 mln z czego jedynie 19% było Emiratczykami. Więcej na ten temat M. K. Nalla (red.), *Crime and Punishment around the World. Africa and the Middle East*, Santa Barbara 2011, s. 377.

³ M. Eriksson, *An overview of the Arab Revolutions and the Balance of Power in the Middle East*, Stockholm 2012, s. 76–78.

⁴ H. Ilish, *The UAE's Evolving National Security Strategy*, Washington 2017, s. 3–4, 23–24.

⁵ Konstytucja Zjednoczonych Emiratów Arabskich z dnia 2 grudnia 1971, z późn. zm.

ca), Dubai, Sharjah, Ajman, Ras Al-Khaimah, Fujairah, oraz Umm Al-Quwain⁶. Na czele każdego z emiratów stoi przedstawiciel rodziny, która z pokolenia na pokolenie rządzi danym terytorium, razem władcy wszystkich emiratów tworzą władzę federalną⁷. Na czele całego państwa stoi prezydent. Natomiast za kierowanie rządem odpowiada premier, któremu pomaga Rada Ministrów, najwyższa rada władców i stanowiąca ciało opiniodawcze Federalna Rada Narodowa, która składa się z 40 członków, z których jedna połowa jest wybierana, a druga połowa mianowana przez władców emiratów. W ZEA nie ma partii politycznych. Posiadana przez władców władza wynika z ich pozycji dynastycznej, a legitymizacja tej władzy oparta jest na systemie plemiennych porozumień⁸.

Każdy z emiratów posiada rozległą władzę, w tym prawo do zarządzania surowcami, takimi jak gaz czy ropa naftowa. Pozycja ekonomiczna danego emiratu przekłada się na jego sytuację polityczną. Abu Dhabi jest największym producentem ropy naftowej, dlatego władca właśnie tego emiratu został prezydentem państwa. Pozycja Dubaju jako ośrodka handlowego również jest silna, dlatego jego władca jest wiceprezydentem i premierem⁹.

Struktura administracyjna jest nowoczesna, ale jednocześnie zawiera w sobie elementy związane z tradycją i lokalnością¹⁰. Nowoczesności tej można dopatrywać się w obecności kobiet w Federalnej Radzie Narodowej¹¹. Natomiast lokalność jest bardzo istotnym elementem wpływającym na funkcjonowanie państwa. W 1915 r. John Gordon Lorimer w swojej wielkopomnej encyklopedii "The Gazetteer of the Persian Gulf, Oman and Central Arabia" (Indeks nazw geograficznych Zatoki Perskiej, Omanu i Arabii centralnej) wymieniając ponad 40 plemion, stwierdził, że emiraty pod względem zamieszkujących je grup etnicznych stanowią jedno z najbardziej różnorodnych i wprawiających w zakłopotanie państw¹². Wraz z upływem lat poszczególne społeczności do pewnego stopnia zasymilowały się i niektórzy

⁶ Polska Agencja Inwestycji i Handlu S.A., Zjednoczone Emiraty Arabskie – przewodnik po rynku, Warszawa 2018, s. 4. <https://www.paih.gov.pl/publikacje/eksport>, dostęp w dniu 3 kwietnia 2020 r.

⁷ *Ibidem*.

⁸ M. K. Nalla (red.), *Crime and Punishment around the World. Africa and the Middle East*, Santa Barbara 2011, s. 377–378.

⁹ M. K. Nalla (red.), *Crime and Punishment around the World. Africa and the Middle East*, Santa Barbara 2011, s. 377.

¹⁰ K. Czajkowska, A. Diawot-Sitko, *Systemy polityczne wybranych państw Bliskiego Wschodu*, Warszawa 2012, s. 304.

¹¹ M. K. Nalla (red.), *Crime and Punishment around the World. Africa and the Middle East*, Santa Barbara 2011, s. 378.

¹² J. G. Lorimer, *The Gazetteer of the Persian Gulf, Oman and Central Arabia*, <https://archive.org/details/in.ernet.dli.2015.206963/page/n5/mode/2up>, dostęp w dniu 5 kwietnia 2020 r.

obecnie mówią o wykształceniu się narodowości emirackiej¹³. Podkreślenia jednak wymaga fakt, że podstawę tej emirackiej tożsamości stanowi ludność o różnorodnym składzie etnicznym i tradycjach, której przodkowie byli rdzennymi mieszkańcami obszaru, który obecnie stanowi terytorium ZEA bądź też wyemigrowali na te tereny. Nie należy również pomijać wpływu tej ludności – mieszkańców wybrzeży ZEA, Beduinów zamieszkujących pustynię oraz imigrantów przybywających z terenów zamorskich na kształtowanie się państwa¹⁴.

2. Emiracki system prawny

Podczas opisywania krajów arabskich część uczonych próbuje przedstawić tematykę związaną z dziedziną prawa poprzez objęcie swoimi badaniami całego świata arabskiego, jednak jak wskazują N. Ouassini i A. Ouassini świat ten jest bardzo różnorodny i pomimo prób zjednoczenia podejmowanych z inicjatywy samych Arabów, stosunkowo podzielony¹⁵. Społeczeństwa arabskie różnią się orientacją religijną, a w konsekwencji system wymiaru sprawiedliwości w sprawach karnych w poszczególnych krajach odzwierciedla wyjątkową interpretację prawa islamskiego, która stanowi inspirację lub źródło dla przepisów prawnych¹⁶.

Jak podają N. i A. Ouassini z punktu widzenia prawa doświadczenie kolonialne ma istotne znaczenie, ponieważ silnie scentralizowane struktury chroniące ustroje współczesnych systemów wymiaru sprawiedliwości w sprawach z zakresu prawa karnego zostały wprowadzone przez administratorów kolonialnych w celu utrzymania interesów politycznych i ekonomicznych. W konsekwencji w większości krajów świata arabskiego powstały systemy prawa karnego łączące w sobie prawo islamskie, europejskie prawo stanowione oraz *common law*. Elementy te były widoczne w myśli prawni-

¹³ W latach 90. XX wieku jedynie 43% spośród ludności emiratów stanowili Arabowie. Obco-krajowcy pochodzili głównie z Filipin, Indii, Iranu, Pakistanu, Sri Lanki, Stanów Zjednoczonych i Europy Zachodniej. Od kilkunastu lat władze ZEA prowadzą działania mające na celu budowanie i wzmacnianie tożsamości narodowej. Takim działaniem było wprowadzenie nakazu posługiwania się językiem arabskim w 2008 roku. Więcej na ten temat K. Czajkowska, A. Dia wo ł-Sitko, Systemy polityczne wybranych państw Bliskiego Wschodu, Warszawa 2012, s. 307 i n.

¹⁴ Sultan Sooud Al Qassemi, In the UAE the only tribe is the Emirati, <https://gulfnews.com/opinion/op-eds/in-the-uae-the-only-tribe-is-the-emirati-1.1261996>, dostęp w dniu 5 kwietnia 2020 r.

¹⁵ N. Ouassini i A. Ouassini, Criminology in the Arab World: Misconceptions, Nuances and Future Prospects, (w:) The British Journal of Criminology 2020, vol. 60(3), s. 519–536.

¹⁶ D. Brown, A New Introduction to Islam, Oxford 2017.

czej, wymiarze sprawiedliwości, orzecznictwie czy egzekwowaniu prawa¹⁷. W ten model wpisują się Zjednoczone Emiraty Arabskie¹⁸.

Emirackie prawodawstwo opiera się w głównej mierze na prawie islamu, prawie świeckim oraz wpływach prawa egipskiego¹⁹ i francuskiego²⁰. Według J. Crystal szerokie opisywanie prawa *shari'a* może być mylące, ponieważ jedynie niektóre państwa opierają swoje systemy prawne na prawie islamu. W większości jednak państw na Bliskim Wschodzie w stosunku do prawa *shari'a* wyrażany jest szacunek²¹, prawodawcy w poszczególnych krajach dokonują tego w różny sposób, na przykład poprzez zawarcie odpowiednich sformułowań w konstytucji. Zgodnie z art. 7 Konstytucji ZEA islam jest oficjalną religią federacji, a islamskie prawo *shari'a* stanowi główne źródło ustawodawstwa²². Poprzez takie sformułowanie art. 7 Konstytucji należy rozumieć, że pomimo iż podstawowe zasady prawa ZEA mają swoje źródło w *shari'a* to, jak podaje Kamali, istnieją również inne źródła prawa wykorzystywane dla celów legislacyjnych, tj. uchwalania nowych aktów prawnych oraz dla praktyki orzeczniczej sądów²³. Autor jednak nie doprecyzowuje, o jakie inne źródła prawa chodzi. Zapewne odnosi się do kodeksów prawnych, przepisów federalnych i innych przepisów zawartych w aktach prawnych. Ponadto, prawodawstwo ZEA nie wskazuje żadnej określonej szkoły prawa²⁴ dla wspominanych wcześniej celów legislacyjnych. W przypadku

¹⁷ N. Ouassini i A. Ouassini, Criminology in the Arab World: Misconceptions, Nuances and Future Prospects, (w:) The British Journal of Criminology 2020, vol. 60(3), s. 519–536.

¹⁸ W przeciwieństwie do ZEA, niektóre kraje w okresie zimnej wojny znalazły się pod wpływem Związku Radzieckiego, inne przyjęły baasizm, a w niektórych, takich jak Arabia Saudyjska czy Jemen, nie wprowadzono elementów prawa europejskiego czy państw należących do tradycji *common law*.

¹⁹ M. Hashim Kamali, Crime and Punishment in Islamic Law: A Fresh Interpretation, New York 2019, s. 331.

²⁰ Federal judiciary as per the UAE's Constitution, <https://u.ae/en/about-the-uae/the-uae-government/the-federal-judiciary#mixed-legal-system>, dostęp w dniu 18 kwietnia 2020 r.

²¹ J. Crystal, Criminal Justice in the Middle East, (w:) Journal of Criminal Justice 2001, nr 29, s. 469–482.

²² Konstytucja Zjednoczonych Emiratów Arabskich z dnia 2 grudnia 1971 r., z późn. zm.

²³ M. Hashim Kamali, Crime and Punishment in Islamic Law: A Fresh Interpretation, New York 2019, s. 331.

²⁴ Wraz z kształtowaniem się prawa, na znaczeniu zyskali prawnicy i sędziowie, wśród których były wybitne jednostki. Ich rozstrzygnięcia zaczęto uznawać za obowiązujące i inni prawnicy zaczęli je naśladować. W konsekwencji wokół sędziów zaczęli gromadzić się inni praktycy prawa, co doprowadziło do powstania szkół prawa (*madhab*). Szkoły te stanowiły ośrodki uczonych. Tak było do IX w., kiedy to wykształcił się obecny system obejmujący cztery szkoły sunnickie: hanaficką, malicką, szafi'icką i hanbalicką, oraz jedną szyicką (dżafarycką). Każda ze szkół odwołuje się do własnego zbioru tradycji, które zostały wskazane przez jej twórców i ich następców. Różnice pomiędzy szkołami opierają się na odmiennym traktowaniu źródeł prawa, takich jak Koran i sunna oraz metod podejmowania prawnych decyzji, czyli m.in. *iğmy* (zgodne opinie prawników muzułmańskich) oraz *qiyas* (analogia). Więcej na ten temat J. Danecki, Podstawowe wiadomości o islamie, Warszawa 2011, s. 209–219.

praktyki orzeczniczej sądów w ZEA ustawodawca dopuszcza stosowanie każdej szkoły prawa zgodnie z wyborem przewodniczącego składu sędziowskiego²⁵. Ponadto, w emirackiej Konstytucji jako instytucja (władza) federalna, obok Federalnej Rady Najwyższej, prezydenta i wiceprezydenta, Rady Ministrów i Federalnej Rady Narodowej, zostało wskazane sądownictwo federalne (art. 45).

Należy jednak zaznaczyć, że sądownictwo w ZEA dzieli się w rzeczywistości na dwa systemy. Pierwszy z nich to właśnie system sądownictwa federalnego, w którego skład wchodzi poszczególne organy sądowe na poziomie lokalnych samorządów, a rolę naczelnego organu władzy sądowniczej pełni Federalny Sąd Najwyższy. Natomiast drugi to lokalny system sądownictwa. Każdy z siedmiu emiratów posiada prawo decydowania, czy na jego terenie będzie funkcjonowało sądownictwo federalne czy system sądownictwa lokalnego. W ZEA na poziomie lokalnym trzy emiraty posiadają sądownictwo lokalne i niezależne organy władzy sądowniczej. W Abu Dhabi istnieje Wymiar Sprawiedliwości Abu Dhabi (دائرة القضاء – أبوظبي), w Dubaju – Sądy Dubaju (محاكم دبي), a w Ras Al-Khaimah – Sądy RAK (دائرة المحاكم في رأس الخيمة). Sądom tym przysługuje jurysdykcja w sprawach, które zgodnie z Konstytucją nie zostały przydzielone Sądownictwu Federalnemu. Na terenie pozostałych emiratów obowiązuje federalny wymiar sprawiedliwości. Niemniej jednak Konstytucja ZEA (art. 94–109) określa podstawowe zasady, które znajdują zastosowanie do obu systemów sądownictwa. Organom samorządowym natomiast przysługują kompetencje do wprowadzania bardziej szczegółowych regulacji. Na poziomie federalnym nadzór nad sądami i organami Prokuratury sprawuje Minister Sprawiedliwości. To on mianuje sędziów oraz dopuszcza do wykonywania zawodu prawników, biegłych i tłumaczy przysięgłych²⁶.

Zgodnie z art. 105 Konstytucji ZEA na wniosek danego emiratu jurysdykcja sądów lokalnych, w całości lub części, może zostać przeniesiona na sądy federalne I instancji. W niektórych przypadkach, które określają inne przepisy, od orzeczeń sądów lokalnych przysługuje odwołanie do sądów federalnych.

Zgodnie z art. 94 Konstytucji obywatelom ZEA zagwarantowany jest niezależny wymiar sprawiedliwości pod egidą Sądu Najwyższego Unii, który składa się z przewodniczącego i nie więcej niż pięciu sędziów wybieranych przez prezydenta ZEA po zatwierdzeniu ich przez Radę Najwyższą Unii, czyli najwyższy organ federalny posiadający kompetencje ustawodawcze i wykonawcze, w którego skład wchodzi władcy wszystkich emiratów. Jak

²⁵ M. Hashim Kamali, *Crime and Punishment in Islamic Law: A Fresh Interpretation*, New York 2019, s. 331.

²⁶ Structure of the judicial system, <https://u.ae/en/about-the-uae/the-uae-government/the-federal-judiciary/structure-of-the-judicial-system>, dostęp w dniu 18 kwietnia 2020 r.

słusznie zwraca uwagę M. K. Nalla, istnienie tego organu sprawia, że podział władzy w ZEA jest symboliczny²⁷.

Obok sądów świeckich istnieją również sądy *shari'a*. Na oficjalnej stronie emirackiego rządu podano informację, że sądy te są właściwe do rozpatrywania spraw z zakresu prawa rodzinnego (rozwoły, dziedziczenie, opieka nad małoletnimi, przemoc wobec dzieci)²⁸. W zakresie prawa karnego sytuację nieletnich reguluje ustawa o wymiarze sprawiedliwości wobec nieletnich. Jak podaje emiracki rząd, jej celem jest zapewnienie ochrony interesów nieletnich w postępowaniach sądowych oraz podejmowanie odpowiednich środków, które mają naprawić ich zachowanie oraz zapewnić skuteczną resocjalizację i reintegrację²⁹.

Zgodnie z Ustawą Federalną Nr 5 z 1985 r. o czynnościach cywilnoprawnych, w sytuacji, w której dany przypadek nie został uregulowany w aktach prawnych, sądy mogą wydać orzeczenie na podstawie zasad istniejących w prawie *shari'a*.

Postępowania w ZEA można określić jako trójinstancyjne. Istnieją sądy pierwszej instancji lokalne i federalne, sądy apelacyjne, również lokalne i federalne oraz Federalny Sąd Najwyższy – na poziomie federalnym i Sąd Kasacyjny na lokalnym poziomie emiratów, które posiadają niezależne wydziały sądowe³⁰.

3. Proces karny w Zjednoczonych Emiratach Arabskich

Proces karny uregulowany został w Kodeksie postępowania karnego ZEA (k.p.k. ZEA), który został uchwalony w 1992 r.³¹, a następnie był kilkakrotnie znowelizowany. Ostatnia nowelizacja miała miejsce w 2018 roku³². Objęło ona wprowadzenie rozdziału dotyczącego „Specjalnych procedur karnych” oraz dodatkowych 53 artykułów odnoszących się do postępowania karnego.

Jedną z takich zmian było wprowadzenie w art. 332 k.p.k. ZEA definicji nakazu karnego, który zgodnie z treścią tego przepisu stanowi nakaz sądowy wydany w sprawach o występki i wykroczenia zagrożonych karą więzienia lub grzywny przez członka prokuratury, który rozstrzyga co do istoty

²⁷ M. K. Nalla (red.), *Crime and Punishment around the World. Africa and the Middle East*, Santa Barbara 2011, s. 378.

²⁸ Federal judiciary as per the UAE's Constitution, <https://u.ae/en/about-the-uae/the-uae-government/the-federal-judiciary#mixed-legal-system>, dostęp w dniu 18 kwietnia 2020 r.

²⁹ Committee on the Rights of the Child, United Nations, List of issues in relation to the second periodic report of the United Arab Emirates, Nr CRC/C/ARE/Q/2/Add.1, 2015.

³⁰ The system of courts, <https://u.ae/en/about-the-uae/the-uae-government/the-federal-judiciary/the-system-of-courts>, dostęp w dniu 22 kwietnia 2020 r.

³¹ Ustawa Federalna nr 35 z 1992 r. dotycząca Prawa Karnego Procesowego.

³² Dekret Federalny z mocą ustawy Nr 17/2018. Szerzej w kwestii omówienia najnowszej nowelizacji zob. Lexis Middle East.

sprawy. Nakaz ten jest wydawany, jeżeli prokurator nie znajduje podstaw do umorzenia sprawy lub skierowania jej do właściwego sądu. Nakaz ten jest prawomocny, nawet jeżeli w toku postępowania nie przeprowadzono śledztwa lub w przypadku nieobecności oskarżonego. Jeżeli oskarżony wniesie sprzeciw od nakazu w terminie 7 dni od daty jego wydania, jeżeli był obecny lub daty jego ogłoszenia, jeżeli był nieobecny lub od daty uzupełnienia nakazu to w konsekwencji wniesienia takiego sprzeciwu nakaz uznaje się za niebyły, a postępowanie toczy się normalnym trybem zgodnie z przepisami^{33,34}.

Dodatkową zmianą było wprowadzenie tzw. aresztu domowego. Jest to środek stosowany przez władze w stosunku do oskarżonego lub skazanego, zazwyczaj zamiast kary więzienia, w celu ograniczenia poruszania się tej osoby. Taka osoba nie może w ogóle opuszczać swojego miejsca zamieszkania lub innego wskazanego miejsca, poza pewnymi wyjątkami. Zgodnie z Dekretem Federalnym z mocą ustawy Nr 17/2018 jest to kara pozbawienia wolności w systemie dozoru elektronicznego, którą wykonuje się poprzez zobowiązanie danej osoby do noszenia nadajnika elektronicznego przez cały okres trwania dozoru elektronicznego³⁵.

Zgodnie z art. 1 ust. 1 k.p.k. ZEA przepisy zawarte w tym kodeksie znajdują zastosowanie jedynie do procedur związanych z przestępstwami, które nie zostały określone w prawie *shari'a*, tj. przestępstw należących do kategorii *ta'zir* (تعزير), *qisas* (قصاص) lub *hudud* (حدود), o ile nie są one sprzeczne z zasadami *shari'a*. Ze względu na obszerność tematyki związanej z każdą z wymienionych kategorii, przedmiotem niniejszej pracy będą przepisy zawarte w k.p.k. ZEA.

Ogólny cel procesu karnego stanowi rozstrzygnięcie o przedmiocie procesu³⁶, czyli kwestii odpowiedzialności oskarżonego. Natomiast sam oskarżony jest w procesie karnym centralną figurą. To osoba, której grozi kara w związku z zarzutem popełnienia przestępstwa. W konsekwencji oskarżony jest podmiotem procesu, czyli stroną procesową³⁷. Poprzez wprowadzenie odpowiednich regulacji zawartych w art. 71 k.p.k. polski Kodeks postępowania karnego w precyzyjny sposób wskazuje, kim jest osoba oskarżonego.

³³ O. Khodeir, E. Hassan Ali, Significant Amendments to the UAE's Criminal Procedures Law, 2019, <https://www.tamimi.com/law-update-articles/significant-amendments-to-the-uaes-criminal-procedures-law/>, dostęp w dniu 14 kwietnia 2020 r.

³⁴ Highlights on UAE Federal Law No. 17 of 2018, <https://www.khairallahlegal.com/blog/uae-law/criminal-litigation/highlights-uae-federal-law-17-2018/>, dostęp w dniu 14 kwietnia 2020 r.

³⁵ O. Khodeir, E. Hassan Ali, Significant Amendments to the UAE's Criminal Procedures Law, 2019, <https://www.tamimi.com/law-update-articles/significant-amendments-to-the-uaes-criminal-procedures-law/>, dostęp w dniu 21 kwietnia 2020 r.

³⁶ K. Marszał, (w:) K. Marszał, J. Zagrodnik (red.), Proces karny, Warszawa 2017, s. 30.

³⁷ J. Zagrodnik, (w:) K. Marszał, J. Zagrodnik (red.), Proces karny, Warszawa 2017, s. 246.

Ponadto, samej osobie oskarżonego poświęcony został cały rozdział w Kodeksie. Podobnego rozdziału trudno doszukać się w emirackim Kodeksie postępowania karnego, jednak podkreślenia wymaga fakt, że o ile w polskim Kodeksie znajduje się dział regulujący kwestie związane z uczestnikami procesu, to w emirackim taki dział nie został wyodrębniony. Regulacje dotyczące uczestników postępowania, w tym oskarżonego³⁸, pojawiają się w zasadzie we wszystkich częściach k.p.k. ZEA.

4. Sytuacja oskarżonego w postępowaniu przygotowawczym

Prawo do obrony stanowi podstawowe prawo, jakie przysługuje oskarżonemu. Zakres tego prawa jest wypełniony różnymi uprawnieniami częściowymi. Celem korzystania z tych uprawnień jest dążenie do odparcia oskarżenia bądź złagodzenie ewentualnej odpowiedzialności oskarżonego. Uprawnienia te mają również służyć ograniczeniu uciążliwości, jakich oskarżony może doświadczyć w związku z toczącym się postępowaniem karnym, które skierowane jest przeciwko niemu³⁹.

W prawie międzynarodowym uprawnienie to zostało zawarte w art. 6 ust. 3 Europejskiej Karty Praw Człowieka (EKPC), jednak EKPC została zawarta przez państwa członkowskie Rady Europy, a zatem ZEA nie są stroną tej umowy międzynarodowej. Ponadto państwo to nie jest stroną Międzynarodowego Paktu Praw Obywatelskich i Politycznych (MPPOiP). Podkreślenia jednak wymaga fakt, że w zakresie prowadzenia sprawiedliwego procesu treść MPPOiP odpowiada Arabskiej Karcie Praw Człowieka (AKPC), którą ZEA ratyfikowały. W ogólnym założeniu AKPC ma stanowić odpowiednik EKPC. Natomiast odzwierciedleniu regulacji zawartej w art. 6 EKPC, pomimo ujęcia jej w węższy sposób, ma służyć art. 13 AKPC, zgodnie z którym każdy ma prawo do rzetelnego procesu prowadzonego przed niezależnym i bezstronnym sądem. W trakcie postępowania karnego każdej osobie zapewnia się odpowiednie uprawnienia. Jednym z takich uprawnień jest prawo do obrony.

Na tym tle należy zwrócić uwagę na regulacje zawarte w emirackim Kodeksie postępowania karnego. Zgodnie z art. 70 k.p.k. ZEA śledztwo powinno być prowadzone w języku arabskim. Jeżeli jednak oskarżony nie zna języka arabskiego, prokurator korzysta z pomocy tłumacza, który zanim przystąpi do wykonywania swoich obowiązków, musi złożyć przysięgę, że będzie

³⁸ W niniejszej pracy, zgodnie z treścią przepisów k.p.k. ZEA posługiwano się jedynie wyrażeniem „oskarżony”, należy jednak uznać, że w niektórych przypadkach mogło chodzić o podejrzanego, pomimo, że emiracki ustawodawca posługuje się zwrotem „oskarżony”.

³⁹ J. Zagrodnik, (w:) K. Marszał, J. Zagrodnik (red.), *Proces karny*, Warszawa 2017, s. 247.

je wykonywał w sposób lojalny i uczciwy. Co ciekawe, jak wynika z umiejscowienia tego artykułu w księdze „Dochodzenie i śledztwo w sprawach o przestępstwa oraz zbieranie dowodów” oraz z samej treści przepisu, powyższa regulacja odnosi się jedynie do postępowania przygotowawczego (śledztwo). W dalszej części Kodeksu brak jest regulacji odnoszących się do postępowania głównego, jednak należy uznać, że regulacja zawarta w art. 70 k.p.k. ZEA odnosi się do całości postępowania.

Prawo do obrony obejmuje również możliwość przygotowania się do obrony przez oskarżonego⁴⁰. Emirackie prawo karne materialne przewiduje karę dożywotniego pozbawienia wolności lub karę śmierci. W sytuacji, w której przeciwko oskarżonemu toczy się postępowanie w sprawie zagrożonej jedną z tych kar, musi on mieć obrońcę, który będzie go bronić. Jeżeli oskarżony nie posiada obrońcy, zostanie on wyznaczony przez sąd. Jeżeli oskarżonemu grozi kara pozbawienia wolności to może on żądać od sądu wyznaczenia obrońcy, musi jednak udowodnić, że nie jest w stanie ponieść kosztów obrony (art. 4 k.p.k. ZEA).

Sąd w niektórych przypadkach jest zobligowany przez przepisy prawne do wyznaczania pełnomocników. Dotyczy to również oskarżonego, który został pozwany w sprawie cywilnej i nie ma możliwości stawiennictwa przed sądem i nie jest on reprezentowany zgodnie z prawem. W takiej sytuacji sąd ma obowiązek wyznaczyć mu pełnomocnika.

Oskarżonemu przysługuje prawo zwrócenia się do sądu z wnioskiem o odszkodowanie za poniesione straty w związku ze skierowaniem przeciwko niemu (dokuczliwego) powództwa. W takiej sytuacji sąd na wniosek oskarżonego wymierzy karę osobie, która zostanie uznana za winną krzywoprzysięstwa lub fałszywego oskarżenia (art. 25 k.p.k. ZEA).

Pełnomocnik (obrońca) oskarżonego musi mieć możliwość uczestnictwa w postępowaniu przygotowawczym (w śledztwie) oraz możliwość zapoznania się z dokumentacją, chyba, że prokurator uzna inaczej ze względu na dobro śledztwa (art. 100 k.p.k. ZEA).

Prokurator nie ma dostępu do korespondencji wymienianej pomiędzy oskarżonym a jego obrońcą. Nie może również przejąć żadnych dokumentów, jakie są przekazywane obrońcy przez oskarżonego. Oskarżony powinien być poinformowany o innej korespondencji, listach, telegramach lub podobnych materiałach zaadresowanych do niego i powinny one być mu przekazane w najkrótszym możliwym czasie, lub ich kopie, chyba, że zagraża to prawidłowemu prowadzeniu śledztwa (art. 77, 79 k.p.k. ZEA).

Jeżeli oskarżony w wyniku wydania nakazu zatrzymania jest pozbawiony wolności (tymczasowo aresztowany) to osoba zarządzająca miejscem,

⁴⁰ K. Zgryzek, (w:) K. Marszał, J. Zagrodnik (red.), *Proces karny*, Warszawa 2017, s. 138–140.

w którym przebywa oskarżony, może nie pozwolić na kontakt oskarżonego z przedstawicielami władzy państwowej⁴¹, chyba, że prokuratura wyraziła na to pisemną zgodę. Prokuratura może również wydać postanowienie, w którym zabroni jakiegokolwiek kontaktu tymczasowo aresztowanego oskarżonego z innymi aresztowanymi oraz jakichkolwiek wizyt składanych przez każdą osobę, jeżeli wymaga tego prowadzenie śledztwa. Ograniczenie to jest realizowane bez uszczerbku dla prawa oskarżonego do stałego kontaktu z pełnomocnikiem na osobności (art. 108, 109 k.p.k. ZEA). Oznacza to, że prokuratura nie może zabronić oskarżonemu kontaktowania się z obrońcą i nie może nadzorować tych spotkań.

Zgodnie z art. 88 k.p.k. ZEA stronom, w tym oskarżonemu, przysługuje prawo żądania przesłuchania świadków przez prokuratora, chyba, że uzna on takie działanie za bezcelowe. Prokurator może przesłuchać świadków, jeżeli uzna ich zeznania za przydatne dla poznania faktów i udowodnienia popełnienia przestępstwa, okoliczności temu towarzyszących i wykazania, czy oskarżony jest winny czy nie. Taka regulacja sprawia, że prokurator posiada bardzo szerokie kompetencje w zakresie prowadzenia postępowania przygotowawczego. Oskarżony nie ma możliwości złożenia zażalenia albo odwołania od decyzji prokuratora, który odmówi przesłuchania wskazanych przez niego świadków. Może to rodzić obawy, że postępowanie nie będzie prowadzone z zachowaniem wszystkich koniecznych standardów, zwłaszcza w kontekście problemów z niezależnością prokuratury⁴².

Zasada domniemania niewinności, ściśle związana z sytuacją prawną oskarżonego w procesie, została zawarta w aktach prawa międzynarodowego takich jak EKPC, MPPOiP czy Deklaracja Praw Człowieka z dnia 10 grudnia 1948 r. Jak już wcześniej zostało wspomniane, osoby przebywające na terytorium ZEA nie mogą korzystać z ochrony tych aktów prawnych. W k.p.k. ZEA zasada ta, której istotą jest założenie, że do momentu, aż wina oskarżonego (podejrzanego i osoby podejrzanej) nie zostanie mu udowodniona i stwierdzona prawomocnym wyrokiem sądu, należy go uważać za niewinnego⁴³, została wyrażona w art. 2. Zgodnie z treścią tego przepisu żadna sankcja karna nie może zostać orzeczona przeciwko osobie, chyba że zostanie jej udowodniona wina (zgodnie z przepisami zawartymi w k.p.k. ZEA). Nikogo nie można przeszukać, aresztować, zatrzymać ani uwięzić. Wyjątek stanowią przypadki określone w k.p.k. ZEA oraz w których jedno-

⁴¹ Oryginalna pisownia arabska: السلطة العامة, co dosłownie oznacza „władza państwowa”. W tym zakresie w kwestii zarówno tłumaczenia treści przepisu art. 108 k.p.k. ZEA, jak i rozumienia jego znaczenia nie ma wątpliwości.

⁴² G. G. Al-Suwaidi, The Independence of the Public Prosecution Service in the UAE: Issues and Proposals for Reform, (w:) Arab Law Quarterly 2009, nr 23, s. 217–268.

⁴³ M. Cieślak, Dzieła wybrane, tom 2. Polska procedura karna. Podstawowe założenia teoretyczne, Kraków 2011, s. 284.

częście zachodzą wskazane w prawie okoliczności. Osoba nie może zostać zatrzymana, z wyjątkiem miejsc specjalnie do tego przeznaczonych i w czasie oznaczonym w nakazie wydanym przez właściwy organ. W art. 2 dodano również, że zabronione jest dokonywanie obrażeń cielesnych lub moralnych u oskarżonego albo poddawanie go torturom lub poniżającemu traktowaniu.

5. Aresztowanie oskarżonego

Funkcjonariusz policji (sądowej) może wydać nakaz aresztowania oskarżonego, który powinien być obecny w czasie dokonywania czynności wydania nakazu oraz wobec którego zebrano wystarczające dowody wskazujące, że popełnił przestępstwo w następujących przypadkach:

- popełnienia zbrodni,
- popełnienia występku, zagrożonego karą inną niż grzywna,
- popełnienia występku, zagrożonego karą inną niż grzywna, jeżeli oskarżony jest pod nadzorem policji albo istnieją obawy, że dokona ucieczki,
- popełnienia występku związanego z kradzieżą, oszustwem, naruszeniem zaufania, poważnego naruszenia prawa, stawianiem oporu wobec funkcjonariuszy władzy publicznej, naruszeniem moralności oraz popełnienia występku dotyczącego broni, amunicji, środków odurzających i niebezpiecznych narkotyków (art. 45 k.p.k. ZEA).

Sytuację, w której oskarżony jest nieobecny w czasie wydawania nakazu reguluje przepis art. 46 k.p.k. ZEA, zgodnie z którym w przypadku takiej nieobecności oskarżonego funkcjonariusz może wydać nakaz jego aresztowania i postawić w stan oskarżenia⁴⁴, jednak powinno to zostać odnotowane w raporcie. Treść tego przepisu, w części dotyczącej postawienia w stan oskarżenia, zostaje powtórzona w art. 49 k.p.k. ZEA, zgodnie z którym w przypadku zbrodni i występku zagrożonych karą inną niż grzywna, funkcjonariusze muszą postawić oskarżonego w stan oskarżenia i dostarczyć go do najbliższego funkcjonariusza sądowego.

Natomiast jeżeli dana osoba została złapana na gorącym uczynku podczas popełniania przestępstwa powinna zostać doprowadzona do najbliższego funkcjonariusza publicznego bez konieczności wydawaniu nakazu aresztowania.

Funkcjonariusz policji (sądowej) musi wysłuchać zeznań oskarżonego natychmiast po jego aresztowaniu, zatrzymaniu i postawieniu w stan oskarżenia (art. 47 k.p.k. ZEA). Należy rozumieć, że w treści art. 47 k.p.k. ZEA chodzi o złożenie przez oskarżonego wyjaśnień. Jeżeli oskarżony nie będzie w stanie przedstawić dowodów swojej niewinności zostanie w ciągu 48 go-

⁴⁴ Jest to czynność odpowiadająca przedstawieniu zarzutów w polskim kodeksie postępowania karnego.

dzin przekazany prokuraturze. Prokuratura w ciągu 24 godzin ma obowiązek przesłuchania oskarżonego i zarządzenia kontynuowania jego aresztowania lub zwolnienia. Prokurator może zlecić funkcjonariuszowi policji (sądowej) dokonywanie jednej lub więcej czynności śledztwa, poza przesłuchaniem oskarżonego (art. 68 k.p.k. ZEA).

Podczas pierwszego spotkania oskarżonego z organem prowadzącym śledztwo, prokurator ma obowiązek, poza zebraniem informacji dotyczących tożsamości oskarżonego, poinformować oskarżonego o treści aktu oskarżenia i umieścić w raporcie odpowiedź oskarżonego dotyczącą tego aktu (art. 99 k.p.k. ZEA).

W zależności od okoliczności prokurator wydaje oskarżonemu wezwanie do stawienia się w sądzie lub specjalny nakaz *capias* (*ad respondendum*). W przepisach prawnych określono, jakie elementy powinien zawierać każdy z tych dokumentów: imię i nazwisko oskarżonego, zawód, narodowość, miejsce stałego pobytu, zarzuty, data, czas i miejsce wydania, dane prokuratora wraz z jego podpisem i pieczęć urzędowa. Dodatkowo, *capias* musi wskazywać, który funkcjonariusz jest odpowiedzialny za aresztowanie i doprowadzenie oskarżonego do prokuratury, na wypadek gdyby sam oskarżony odmówił dobrowolnego i natychmiastowego stawienia się. Oskarżony otrzymuje kopię takiego dokumentu (art. 101 k.p.k. ZEA).

Zgodnie z treścią art. 118/1 i 120 k.p.k. ZEA, jeżeli w sprawach o występki i drobne wykroczenia, prokurator uzna, że na podstawie zebranego materiału dowodowego, sprawa może zostać wniesiona do sądu to dokonuje on tej czynności i wzywa oskarżonego do niezwłocznego stawienia się we właściwym sądzie karnym. Natomiast, jeżeli prokurator uzna, że nie ma podstaw, aby daną sprawę kontynuować, to zarządzi jej archiwizację (czynność ta stanowi odpowiednik instytucji umorzenia postępowania karnego w polskim systemie prawnym).

Jeżeli kierownik danego departamentu prokuratury lub jego zastępca uzna, że dany czyn stanowi zbrodnię, a dowody przeciwko oskarżonemu są wystarczające, zarządza skierowanie oskarżonego do sądu przysięgłych. W razie istnienia wątpliwości co do tego, czy czyn stanowi zbrodnię, czy też występki, oskarżony zostaje skierowany do sądu przysięgłych pod zarzutem popełnienia zbrodni. W celu skierowania oskarżonego do tego rodzaju sądu prokurator wydaje specjalne postanowienie o skierowaniu (art. 121, 123 k.p.k. ZEA).

Po przeprowadzonym śledztwie prokuratura może także wydać postanowienie o niekaralności, tzn. oddalić sprawę i zarządzić zwolnienie oskarżonego, chyba że został on zatrzymany z innego powodu. W sprawach o zbrodnie takie postanowienie może być wydane jedynie przez kierownika danego departamentu prokuratury lub jego zastępcę i nie można go wykonać do czasu zatwierdzenia tego postanowienia przez Prokuratora Generalnego (art. 118

k.p.k. ZEA). Taka sytuacja będzie dotyczyła przypadków, w których zebrane dowody są niewystarczające do udowodnienia winy danej osobie.

W odniesieniu do właściwości sądu, z poszanowaniem przepisów zawartych w Ustawie Federalnej Nr 11 z 1973 roku o zorganizowaniu stosunków pomiędzy członkami Federacji Emiratów, jeżeli oskarżony został aresztowany na obszarze, który nie podlega pod jurysdykcję sądu, w którym powinno dojść do przesłuchania ze względu na właściwość miejscową, powinien on zostać natychmiast przekazany prokuraturze w miejscu jego aresztowania, która powinna potwierdzić tożsamość oskarżonego i następnie przekazać go najszybciej jak to będzie możliwe prokuraturze przy sądzie właściwym do dokonania jego przesłuchania. W przypadku, kiedy oskarżony wyraża sprzeciw w stosunku do jego przeniesienia lub stan oskarżonego nie pozwala na jego transport, prokurator informuje o tym oficera śledczego prowadzącego daną sprawę, który zarządza jakie czynności należy dalej podjąć. Oznacza to, że nie ma jasnych reguł dotyczących postępowania w przypadku niewyrażenia przez oskarżonego zgody na transport, a decyzje w tym zakresie należą do dyskrecyjnej władzy prokuratury. Przetransportowanie oskarżonego ma istotne znaczenie ze względu na podwójny system wymiaru sprawiedliwości w ZEA i zorganizowanie systemu sądownictwa w poszczególnych emiratach.

Na podstawie regulacji zawartych w k.p.k. ZEA można dojść do wniosku, że zatrzymać i tymczasowo aresztować można zarówno osobę, którą podejrzewa się o popełnienie przestępstwa przed postawieniem jej zarzutów, jak i samego oskarżonego. Decyzje w tym zakresie podejmuje co do zasady prokuratura. Nakaz aresztowania może również wydać funkcjonariusz policji sądowej, jednak prokuratura ma prawo do zlecania niektórych czynności śledztwa innym podmiotom.

6. Przeszukanie w stosunku do oskarżonego

Przeszukanie miejsca, w którym przebywa oskarżony (jego mieszkania, domu, siedziby), może zostać dokonane jedynie po uzyskaniu pisemnej zgody prokuratury, chyba, że oskarżony został złapany na gorącym uczynku i istnieją silne dowody, że oskarżony ukrywa w domu przedmioty lub dokumenty, które mogą doprowadzić do wykazania prawdy. Przeszukanie domu oskarżonego powinno odbyć się w jego obecności lub jego pełnomocnika, jeżeli jest to możliwe. Jeżeli dom nie należy do oskarżonego, do uczestnictwa w przeszukaniu wzywa się jego właściciela, który może być również reprezentowany przez pełnomocnika. W sytuacjach dokonywania przeszukania, jeżeli oskarżony jest kobietą, czynności musi dokonywać inna kobieta wyznaczona przez funkcjonariusza policji (sądowej) po złożeniu przez nią przysięgi, że będzie wykonywała swoje obowiązki w uczciwy sposób.

Świadkowie, którzy uczestniczą w przeszukaniu, również muszą być płci żeńskiej (art. 52, 53, 73 k.p.k. ZEA).

7. Rozprawa główna

Zgodnie z art. 156 k.p.k. ZEA, jeżeli sprawa została wniesiona do jednego z sądów karnych, prokuratura ma obowiązek wezwania oskarżonego do stawienia się w sądzie właściwym wskazanym w postanowieniu o skierowaniu sprawy do sądu. W wezwaniu powinny zostać wskazane zarzuty oraz podstawa prawna. Wezwanie stron do stawienia się w sądzie powinno nastąpić co najmniej na jeden dzień w sprawach o drobne wykroczenia, trzy dni w sprawach o występki i dziesięć dni w sprawach o zbrodnie (art. 158 k.p.k. ZEA).

Oskarżony o zbrodnię lub występki, zagrożone karą inną niż grzywna, musi w sądzie stawić się osobiście. W przypadku innych występków lub drobnych wykroczeń w sądzie może stawić się jedynie obrońca oskarżonego, jednak sąd wciąż zachowuje prawo, by oskarżonego wezwać do osobistego stawienia się na rozprawie.

Regulacja zawarta w art. 160 k.p.k. ZEA zdaje się zachowywać pewne elementy związane z tradycją, ponieważ zgodnie z treścią tego przepisu w każdych okolicznościach obrońca oskarżonego lub jego krewny lub powinowaty mogą stawić się w sądzie i przedstawić usprawiedliwienie nieobecności oskarżonego. W przypadku uznania usprawiedliwienia przez sąd, wyznacza on nowy termin, w którym oskarżony ma się stawić w sądzie, zaś prokuratura jest zobowiązana do poinformowania oskarżonego o nowym terminie.

W czasie trwania rozprawy oskarżony nie może zostać usunięty z sali, chyba, że dopuści się on zakłócania rozprawy, które uzasadnia jego wydalenie na pewien czas. Następnie prowadzenie rozprawy jest kontynuowane, jednak sąd, zezwalając na powrót oskarżonego, informuje go o przebiegu rozprawy i podjętych czynnościach w czasie jego nieobecności (art. 164 k.p.k. ZEA).

Oskarżony w czasie rozprawy może przyznać się do zarzucanych mu czynów, wówczas, jeśli sąd uzna jego przyznanie się za wystarczające, może skazać go bez wysłuchania świadków. Jeżeli sąd ma wątpliwości, decyduje o wysłuchaniu świadków. Wyjątek stanowi postępowanie w sprawie o przestępstwo zagrożone karą śmierci. W takich przypadkach sąd musi wysłuchać wszystkich świadków i zapoznać się ze wszelkimi dowodami.

Sąd zawsze w pierwszej kolejności wysłuchuje świadków oskarżenia, a następnie świadków oskarżonego. Są oni najpierw przesłuchiwanymi przez stronę oskarżoną, potem przez oskarżyciela publicznego (prokuratora), a na końcu przez stronę żądającą odszkodowania. Każda ze stron może wnosić

o ponowne przesłuchanie świadków w celu wyjaśnienia lub zbadania faktów, w sprawie których zeznawali, lub wnosić o przesłuchanie innych świadków w tym celu (art. 166 k.p. ZEA).

Po wysłuchaniu zeznań świadków każda ze stron może zabrać głos, jednak oskarżony zawsze przemawia jako ostatni.

Zgodnie z treścią art. 170 k.p.k. ZEA, jeżeli oskarżony był na rozprawie, na której wydano wyrok, nieobecny, jednak pojawił się przed jej końcem, sprawa powinna zostać ponownie rozpoznana w jego obecności.

8. Podsumowanie

Przy charakteryzowaniu emirackiego systemu prawnego można natrafić na wiele problemów związanych z pozyskiwaniem materiałów, jednym z nich jest brak badań dotyczących sposobu, w jaki działa wymiar sprawiedliwości w sprawach karnych i zwalczania przestępczości, w tym o charakterze międzynarodowym. Trudność ta odnosi się ogólnie do wszystkich krajów arabskich, a jednocześnie kraje te z różnych przyczyn stały się centrum kwestii związanych z globalnym bezpieczeństwem (przykładowo, w krajach Zatoki Perskiej istnieje problem handlu ludźmi i pomocą domową, pracy przymusowej i prostytucji), zaś niedostateczna wiedza na ich temat może prowadzić do podejmowania błędnych decyzji politycznych⁴⁵.

Część państw arabskich to kraje autorytarne, autokratyczne i monarchiczne, przez co zdaniem N. i A. Ouassini prowadzenie tam badań może być utrudnione. Ponadto, obywatele tych państw często ufają władzy i godzą się na wprowadzanie niedemokratycznych środków celem rozwiązania problemów społecznych. Jednocześnie władze stworzyły środowisko, w którym prowadzenie badań może być żmudnym zadaniem ze względu na utrudnienie dostępu do niektórych danych. Rządzący mogą postrzegać udostępnianie tych danych jako zagrożenie dla bezpieczeństwa narodowego i panującego systemu władzy⁴⁶. G. G. Al-Suwaidi w pewnym stopniu potwierdza taki stan rzeczy w badaniach, których przedmiotem było funkcjonowanie prokuratury w ZEA. Autor zwrócił uwagę, że przeprowadzenie tych badań było skomplikowane. Zaobserwował, że analiza badawcza w dziedzinie procedury karnej jest mieszkańcom ZEA obca i nie wpisuje się w ich tradycje. Prokuratorzy, którzy brali udział w badaniu, wyrazili niechęć w stosunku do wypełniania pisemnych kwestionariuszy, dlatego przeprowadzono z nimi wywiady. Większość osób podczas wywiadów chciała pozostać anonimowa i obawiała

⁴⁵ N. Ouassini i A. Ouassini, *Criminology in the Arab World: Misconceptions, Nuances and Future Prospects*, (w:) *The British Journal of Criminology* 2020, vol. 60(3), s. 519–536.

⁴⁶ N. Ouassini i A. Ouassini, *Criminology in the Arab World: Misconceptions, Nuances and Future Prospects*, (w:) *The British Journal of Criminology* 2020, vol. 60(3), s. 519–536.

się, że przekazanie informacji negatywnie wpłynie na ich pozycję i przyszłość, niemniej jednak część osób chętnie udzielała szczerych odpowiedzi⁴⁷. Pomimo trudności, naukowcy wciąż prowadzą prace badawcze na terenie ZEA. Przykładowo, w 2011 roku badaczka z Uniwersytetu Arkansas wraz z przedstawicielem Komendy Głównej Policji w Dubaju przeprowadziła badania dotyczące postrzegania kobiet w strukturach policji w Dubaju.

Należy jednak zwrócić uwagę na fakt, że w zasadzie brakuje materiałów dotyczących postępowania karnego w ZEA i nie zostało ono rzetelnie przeanalizowane, pomimo, że tematyka ta z punktu widzenia naukowego zdaje się być bardzo interesująca.

Bibliografia

1. Al-Suwaidi G. G., The Independence of the Public Prosecution Service in the UAE: Issues and Proposals for Reform, (w:) *Arab Law Quarterly* 2009, nr 23, s. 217–268.
2. Brown D., *A New Introduction to Islam*, Oxford 2017.
3. Cieślak M., *Dzieła wybrane*, tom 2. Polska procedura karna. Podstawowe założenia teoretyczne, Kraków 2011.
4. Crystal J., Criminal Justice in the Middle East, (w:) *Journal of Criminal Justice* 2001, nr 29, s. 469–482.
5. Czajkowska K., Diawoł-Sitko A., *Systemy polityczne wybranych państw Bliskiego Wschodu*, Warszawa 2012.
6. Eriksson M., *An overview of the Arab Revolutions and the Balance of Power in the Middle East*, Sztokholm 2012.
7. Hashim Kamali M., *Crime and Punishment in Islamic Law: A Fresh Interpretation*, Nowy Jork 2019.
8. Ibish H., *The UAE's Evolving National Security Strategy*, Waszyngton 2017.
9. Marszał K., Zagrodnik J. (red.), *Proces karny*, Warszawa 2017.
10. Nalla M. K. (red.), *Crime and Punishment around the World. Africa and the Middle East*, Santa Barbara 2011.
11. Ouassini N., Ouassini A., Criminology in the Arab World: Misconceptions, Nuances and Future Prospects, (w:) *The British Journal of Criminology* 2020, vol. 60(3), s. 519–536.
12. Said Zahlan R., *The making of the modern Gulf States*, Nowy Jork 2016.

⁴⁷ G. G. Al-Suwaidi, The Independence of the Public Prosecution Service in the UAE: Issues and Proposals for Reform, (w:) *Arab Law Quarterly* 2009, nr 23, s. 217–268.

Źródła prawa

1. Arabska Karta Praw Człowieka uchwalona w Tunisie dnia 22 maja 2004 r.
2. Dekret Federalny z mocą ustawy Nr 17/2018.
3. Konstytucja Zjednoczonych Emiratów Arabskich z dnia 2 grudnia 1971 r., z późn. zm.
4. Konwencja o Ochronie Praw Człowieka i Podstawowych Wolności sporządzona w Rzymie dnia 4 listopada 1950 r. (Dz. U. z 1993 r., poz. 284 ze zm.).
5. Międzynarodowy Pakt Praw Obywatelskich i Politycznych otwarty do podpisu w Nowym Jorku 19.12.1966 r. (Dz. U. z 1977 r., poz. 167).
6. Ustawa Federalna Nr 5 z 1985 r. o czynnościach cywilnoprawnych.
7. Ustawa Federalnej Nr 11 z 1973 roku o zorganizowaniu stosunków pomiędzy członkami Federacji Emiratów.
8. Ustawa Federalna Nr 35 z 1992 r. dotycząca Prawa Karnego Procesowego.

Źródła internetowe

1. Federal judiciary as per the UAE's Constitution, <https://u.ae/en/about-the-uae/the-uae-government/the-federal-judiciary#mixed-legal-system> (dostęp w dniu 18 kwietnia 2020 r.).
2. Highlights on UAE Federal Law No. 17 of 2018, <https://www.khairallahlegal.com/blog/uae-law/criminal-litigation/highlights-uae-federal-law-17-2018/> (dostęp w dniu 14 kwietnia 2020 r.).
3. Khodeir O., Hassan Ali E., Significant Amendments to the UAE's Criminal Procedures Law, 2019, <https://www.tamimi.com/law-update-articles/significant-amendments-to-the-uaes-criminal-procedures-law/> (dostęp w dniu 14 kwietnia 2020 r.).
4. Lorimer J. G., The Gazetteer of the Persian Gulf, Oman and Central Arabia, <https://archive.org/details/in.ernet.dli.2015.206963/page/n5/mode/2up> (dostęp w dniu 5 kwietnia 2020 r.).
5. Polska Agencja Inwestycji i Handlu S.A., Zjednoczone Emiraty Arabskie – przewodnik po rynku, Warszawa 2018, s. 4, <https://www.paih.gov.pl/publikacje/eksport>. (dostęp w dniu 3 kwietnia 2020 r.).
6. Structure of the judicial system, <https://u.ae/en/about-the-uae/the-uae-government/the-federal-judiciary/structure-of-the-judicial-system> (dostęp w dniu 18 kwietnia 2020 r.).
7. Sultan Al Qassemi S., In the UAE the only tribe is the Emirati, <https://gulfnews.com/opinion/op-eds/in-the-uae-the-only-tribe-is-the-emirati-1.1261996> (dostęp w dniu 5 kwietnia 2020 r.).

8. The system of courts, <https://u.ae/en/about-the-uae/the-uae-government/the-federal-judiciary/the-system-of-courts> (dostęp w dniu 22 kwietnia 2020 r.).

Pozostałe źródła

1. United Nations Committee on the Rights of the Child, List of issues in relation to the second periodic report of the United Arab Emirates, Nr CRC/C/ARE/Q/2/Add.1, 2015.

Situation of criminal defendants in the United Arab Emirates

Abstract

This study describes a legal system of the United Arab Emirates, a dual judicial system, and a criminal justice process. A situation of a defendant in preliminary proceedings and then in core first-instance criminal proceedings is presented, with particular focus on regulations included in the Emirati Code of Criminal Procedure and the Arab Charter on Human Rights.

MATERIAŁY SZKOLENIOWE

Bolesław Laszczak

Ekspresje mimiczne – podstawowy katalog do wykrywania kłamstwa i emocji (część 1)

Streszczenie

Truizmem jest, że w aktualnej pracy organów ścigania, w tym również prokuratora, niezbędna jest podstawowa wiedza z zakresu psychologii. Wiedza ta konieczna jest nie tylko przy skutecznej (a zarazem opartej na naukowych przesłankach, nie zaś tylko i wyłącznie subiektywnym przeczuciu) weryfikacji wiarygodności osobowych źródeł, lecz również jest przydatna w taktyce kryminalistycznej, w tym w szczególności w odpowiednim reagowaniu na sytuacje mające miejsce w trakcie konkretnego przesłuchania. Przedmiotowa publikacja stanowi de facto punkt wyjścia do dalszego pogłębiania świadomości w zakresie niewerbalnych oznak fałszu¹, albowiem stanowi ona przejście przez tematykę związaną z sygnałami emocjonalnymi widocznymi w obrębie twarzy, poczynwszy od historii odkrycia fenomenu uniwersalizmu ekspresji, a skończywszy na szczegółowym zmierzeniu się z ekspresjami mimicznymi typowymi dla każdej z siedmiu podstawowych emocji. Celem artykułu jest w szczególności wskazanie, w oparciu o wieloletnie badania amerykańskiego psychologa – Paula Ekmana – które konkretne ruchy twarzowe pozwalają na ustalenie stanu emocjonalnego obserwowanego.

¹ Zob. Szerzej: B. Laszczak, Kłamstwo i jego wykrywanie – ekspresje mimiczne i inne fizjologiczne objawy, w: Nauki Sądowe, Interdyscyplinarność kluczem do prawdy, pod red. A. Gruszczyńskiej, A. Dońca, P. Wąsika, Katedra Kryminalistyki UJ, Kraków 2015, s. 157–176 oraz B. Laszczak, Werbalne i niewerbalne metody oceny wiarygodności zeznań i wyjaśnień, Kwartalnik KSiP 2015, Zeszyt 3(19), s. 87–99.

Słowa kluczowe

Ekspresje mimiczne, mikroekspresje, emocje, psychologia, kłamstwo, mięśnie mimiczne, katalog.

1. Uniwersalizm ekspresji – historia

Teza, która stanowi, że co najmniej siedem emocji (tj. radość, smutek, gniew, strach, zaskoczenie, pogarda i wstręt) posiada własne, a ponadto uniwersalne dla całego gatunku ludzkiego ekspresje mimiczne², jest obecnie uznawana przez większość badaczy za coś oczywistego, pomimo jej wcześniejszego odrzucania przez przedstawicieli różnych nauk, począwszy od antropologii, skończywszy na psychologii. Mimo rozległych obserwacji oraz bogatych analiz dokonanych i opisanych przez Karola Darwina w dziele pt. „O wyrazie uczuć u człowieka i zwierząt”, przez ponad 100 lat przyjmowano, iż forma, w jakiej emocja objawia się na twarzy, zależy od indywidualnych cech jednostki oraz kultury społecznej w jakiej ona żyje³. Brytyjski badacz wykazywał nadzwyczaj duże zainteresowanie problematyką wyrażania uczuć. Swoje tezy opierał nie tylko na własnym subiektywnym przeświadczeniu o ich prawidłowości. Szczególnie istotnym komponentem jego pracy, który wzbogacał, a zarazem potwierdzał jego obserwacje, była przeprowadzona, przy pomocy współdziałających z nim osób, ankieta⁴. Darwin zawarł w niej szesnaście pytań⁵:

Tabela 1. Ankieta Karola Darwina.

Nr	Pytanie
1.	Czy zdziwienie wyraża się szerokim rozwarciem oczu i ust oraz podniesieniem brwi?
2.	Czy wstyd wywołuje rumieniec w wypadku, gdy kolor umożliwia jego zobaczenie, a zwłaszcza, jak daleko rumieniec rozprzestrzenia się w dół ciała?
3.	Czy człowiek oburzony lub zuchwały marszczy czoło, prostuje się i podnosi głowę, nastawia bary i zaciska pięści?
4.	Czy człowiek głęboko zamyślony lub zastanawiający się nad jakąś zagadką marszczy czoło lub skórę poniżej dolnych powiek?

² P. Ekman, *Emocje ujawnione*, Wydawnictwo Helion, Gliwice 2011, s. 16.

³ Tamże, s. 20.

⁴ Szerzej K. Darwin, *O wyrazie uczuć u człowieka i zwierząt*, Państwowe Wydawnictwo Naukowe, Warszawa 1988, s. 46–47.

⁵ Tamże.

5.	Czy u człowieka smutnego kąćki ust są opuszczone, a wewnętrzne końce brwi podnoszą się dzięki mięśniowi zwanemu przez Francuzów: mięśniem smutku? Brwi w tym stanie stają się nieco skośne, a wewnętrzne ich końce lekko zgrubiałe; tworzą się zmarszczki poprzeczne w środkowej części czoła, a nie przez całą jego szerokość, jak to bywa przy zdziwieniu, gdy brwi są podniesione.
6.	Czy u człowieka wesołego oczy się błyszczą, czy powstają drobne zmarszczki w koło oczu oraz pod nimi i czy kąćki ust są lekko cofnięte?
7.	Czy człowiek drwiący z kogoś lub gniewający się na kogoś podnosi kąt górnej wargi ponad kłęb lub zębem ocznym, od strony osoby do której kieruje drwinę lub złość?
8.	Czy można rozpoznać wyraz oporu i zaciętości, które objawiają się głównie zaciśniętymi ustami, opuszczonymi brwiami i lekkim zmarszczeniem czoła?
9.	Czy pogarda wyraża się lekkim wydęciem warg, nozdrzy oraz słabym dmuchnięciem przez nos?
10.	Czy wstręt wyraża się wywinięciem dolnej wargi, lekkim podniesieniem górnej wargi oraz nagłym wydechem, nieco podobnie jak przy zaczynających się wymiotach lub jak gdyby się coś wypluwało?
11.	Czy silny strach wyraża się na ogół tak samo jak u Europejczyków?
12.	Czy śmiech doprowadza kiedykolwiek do takiej ostateczności, że łzy napływają do oczu?
13.	Czy człowiek chcący pokazać, że nie może czemuś zapobiec, ani czemuś sam poradzić wzrusza ramionami, łokcie kieruje do wewnątrz, a ręce z dłońmi otwartymi rozchyła na zewnątrz, i podnosi brwi?
14.	Czy dzieci nadąsane opuszczają lub wysuwają silne wargi?
15.	Czy można rozpoznać wyraz uczucia skruchy, chytrości, zazdrości?
16.	Czy zgodę wyraża się skinieniem głowy, a przeczenie potrząśnięciem głowy na boki ⁶ ?

Źródło: (K. Darwin, *O wyrazie uczuć u człowieka i zwierząt*, Państwowe Wydawnictwo Naukowe, Warszawa 1988, s. 46–47).

Tak sformułowaną ankietę Karol Darwin wysłał w 1867 roku w różne rejony świata, począwszy od szpitali psychiatrycznych i dziecięcych znajdujących się w samej Wielkiej Brytanii, a zakończywszy na placówce konsulatu w Chinach⁷. Przeprowadzenie badania ankietowego z takim ogromnym rozmachem było możliwe wyłącznie dzięki rozległości panowania Korony Brytyjskiej.

⁶ Tamże.

⁷ Szerzej tamże, s. 50–53.

Pytania przygotowane przez Darwina charakteryzowały się dużą kazui-
styką. Należy jednak wskazać, iż badacz ten nie skupiał się w swoich bada-
niach wyłącznie na obserwacji ekspresji mimicznych (choć stanowiły one
większą jej część), ale zwracał ponadto uwagę na wyrażanie emocji w in-
nych obszarach ludzkiego ciała⁸. Na jego prośbę o wypełnienie ankiety od-
powiedziało trzydziestu sześciu „różnych obserwatorów, między innymi (...) misjonarzy lub opiekunów miejscowej ludności⁹”. Jak wskazywał sam Dar-
win: „Ze zdobytych tą drogą informacji wynika, że te same stany psychiczne
wyrażane są na całym świecie uderzająco jednakowo¹⁰”. Uzyskane w ten
sposób wyniki mogły i powinny w znaczący sposób stanowić mocną pod-
stawę do dalszych badań na temat komunikacji niewerbalnej człowieka¹¹.
Niewątpliwie można obecnie sporo zarzucić zarówno samemu sposobowi,
jak też i formie, w jakiej Karol Darwin przeprowadził swoje badanie, które
miało na celu udowodnienie uniwersalności wyrażania uczuć. Należy jednak
pamiętać, iż ankietę tę przeprowadzano w drugiej połowie XIX w., zatem
wtedy, gdy większość instrumentów badawczych, które obecnie są do dys-
pozycji naukowców, nie tylko nie były łatwo dostępne, ale również część
z nich jeszcze w ogóle nie istniała.

Kolejnym krokiem przybliżającym do przyjęcia koncepcji uniwersalności
ekspresji mimicznych miały być prace Silvana Tomkinsa¹². Okazały się one
jednak niewystarczające, żeby przekonać o słuszności tego poglądu więk-
szość przedstawicieli antropologii i psychologii. Publikacje te stały się nato-
miast jedną z przyczyn, która popchnęła jego ucznia, Paula Ekmana¹³, do
potwierdzenia przedstawionej przez Darwina w XIX w. teorii. Dzięki szere-
gowi licznych, korzystnych zbiegów okoliczności¹⁴ miał on zarówno możli-
wość jak i fundusze dające szansę na przeprowadzenia badań, których ce-
lem było udzielenie odpowiedzi na pytanie: „czy ekspresje mimiczne są uni-
wersalne, czy też są jak język, specyficzne dla danej kultury?”¹⁵.

Psychologowie¹⁶ reprezentujący większościowy pogląd byli przekonani,
że sposób wyrażania uczuć zależy od kultury, w której jednostka się wycho-

⁸ Szerzej, K. Darwin, *op. cit.*, s. 57–137.

⁹ Tamże, s. 47.

¹⁰ Tamże.

¹¹ Zob. szerzej tamże, s. 47–53.

¹² Amerykański psycholog, żyjący w okresie od 4 czerwca 1911 r. – 10 czerwca 1991 r. Zob. szerzej <http://tomkins.org/Tomkins.html>.

¹³ Amerykański psycholog urodzony 15 lutego 1934 r. Zob. szerzej <http://www.paulekman.com/about-ekman>.

¹⁴ Szerzej P. Ekman, *Emocje...*, s. 20.

¹⁵ Tamże, s. 21.

¹⁶ W skład osób podzielających ten pogląd wchodził tacy badacze jak: Margaret Mead, Gregory Bateson, Edward Hall, Ray Birdwhistell oraz Charles Osgood. Szerzej tamże, s. 20.

wuje i żyje¹⁷. Natomiast zupełnie inaczej uważał Tomkins, którego zdaniem miały być one uniwersalne w obrębie całego gatunku ludzkiego.

Pierwszy eksperyment Ekmana polegał na pokazywaniu osobom pochodzącym z pięciu krajów tj.: z Chile, Argentyny, Japonii, USA i Brazylii zdjęć przedstawiających różne wyrazy mimiczne¹⁸. Badani mieli za zadanie przypisać emocje do odpowiedniej ekspresji. Mimo sporych różnic kulturowych, większość uczestników dobrze potrafiła je rozpoznać. W tym samym czasie, kiedy to Ekman prowadził swoje badanie, inny (pracujący również pod opieką Silvana Tomkinsa) psycholog, Carroll Izard zrealizował taki sam eksperyment¹⁹. Jego wyniki pokrywały się z rezultatami uzyskanymi przez Ekmana. Nie oznaczało to natomiast jeszcze potwierdzenia darwinowskiej hipotezy. Nadal nie udało się obalić koncepcji, iż ekspresje mimiczne są efektem uczenia się jednostek. Proces ten, zdaniem oponentów uniwersalizmu wyrazów mimicznych, miał być, ze względu na otaczającą globalizację dodatkowo ułatwiony²⁰. Reprezentanci tego stanowiska ponadto wskazywali, że różnorodność wyrażania uczuć potwierdza informacje pochodzące z relacji znanych podróżników²¹. Ekman przeprowadził zatem kolejny eksperyment. Tym razem swoją uwagę skupił wyłącznie na dwóch grupach etnicznych tj.: Japończykach oraz Amerykanach²². Obserwował on ich reakcje w trakcie seansu filmu przedstawiającego krwawy zabieg chirurgiczny. Kiedy Japończycy i Amerykanie oglądali go wraz z badaczem dostrzeżono, że ci pierwsi bardziej koncentrowali się na hamowaniu swojego negatywnego wyrazu mimicznego²³. Natomiast, gdy w trakcie seansu nie brała udziału dodatkowa osoba „z zewnątrz”, nie stwierdzono w ekspresji emocji, jakichkolwiek mających znaczenie, różnic. Rozbieżności te Ekman wyjaśniał za pomocą zjawiska, nazwanego przez niego „regułami okazywania emocji²⁴”. Są to „(...) zasady, kierujące ekspresją emocji, decydujące, kto może okazywać wobec kogo jakie emocje i kiedy może to robić. (...) Zasady te mogą decydować o tym, co pomniejszamy, w czym przesadzamy, co zupełnie skrywamy, albo kiedy maskujemy wyrażanie emocji, które akurat czujemy²⁵”. Ze względu na

¹⁷ Sam Paul Ekman nie wierzył w uniwersalizm ekspresji: „Rozpoczynając ten projekt byłem przekonany, że mimika i gesty są uwarunkowane społecznie oraz zróżnicowane w zależności od kultury, a opinię tę podzielała grupa osób, które na początku poprosiłem o radę (...)”. Tamże.

¹⁸ Szerzej tamże, s. 21.

¹⁹ Tamże.

²⁰ Szerzej tamże.

²¹ Nawet obecnie wielu polskich emigrantów (udających się w kierunku Wielkiej Brytanii) wskazuje, że czują się w nowym środowisku obco, gdyż otaczający ich „rdzenni” mieszkańcy zupełnie inaczej (lub nawet w ogóle) okazują swoje uczucia, niż ci z którymi dotychczas żyli. Szerzej T. Witkowski, *Psychologia Kłamstwa*, Taszów 2006, s. 319–320.

²² P. Ekman, *Emocje...*, s. 22.

²³ Tamże.

²⁴ Tamże.

²⁵ Tamże.

nie, przykładowo można wskazać, że ludzie zazwyczaj nie okazują demonstracyjnie odczuwanej pogardy lub gniewu wobec własnych przełożonych (lub innych osób w stosunku, do których powszechnie uważa się, że takie zachowanie „nie wypada”). Należy również zwrócić uwagę, że reguły te odnoszą się również do sposobu, w jaki jednostka wyraża swoje pozytywne emocje (np. radość). Przyswajanie tych zasad zachodzi w trakcie procesu socjalizacji. Z tego też powodu są one rzeczywiście zależne od kultury, w jakiej człowiek żyje. Dodatkowo na ich internalizację bardzo mocno wpływa stereotypowe wychowanie, związane z pełnieniem ze względu na płeć, odpowiedniej przyszłej roli społecznej. Generalnie należy zauważyć, iż wspólnoty od zawsze wymagały od mężczyzn bycia ludźmi twardszymi, bardziej zdecydowanymi i nieokazującymi emocji (aczkolwiek ten ostatni element ulega obecnie daleko idącym zmianom). Natomiast kobiety starano się wychowywać jako osoby bardziej empatyczne i troskliwe, co miało przygotować je do roli czulej i opiekuńczej matki²⁶.

Przeprowadzone przez Ekmana badanie oraz zaproponowana przez niego koncepcja reguł okazywania emocji nadal nie przekonywały reszty środowiska psychologów. Wciąż nie udało się bezapelacyjnie obalić kontrargumentów, opierających się na teorii uczenia się ekspresji mimicznych, na którą miała szeroki wpływ intensywna globalizacja. Z tego też powodu amerykański psycholog, aby móc, w sposób ostateczny i niebudzący wątpliwości, udowodnić darwinowskie założenia, musiał nakierować swoje badania na całkowicie odciętą od zachodniej kultury grupę społeczną²⁷.

Pod koniec roku 1967²⁸ (w setną rocznicę rozesłania ankiet przez Karola Darwina) Ekman wyruszył do Nowej Gwinei, aby prowadzić bezpośrednie obserwacje na przedstawicielach ludu Fore²⁹. Ze względu na to, że społeczność ta nie posiadała zarówno własnego języka pisanego jak i też odpowiednich określeń dla poszczególnych emocji, Ekman zmuszony był do przeprowadzania badania w innej, niż Darwin, formie. Jego ideą było pokazywanie uczestnikom badań zdjęć, na których przedstawiono różne wyrazy mimiczne, a następnie kierowanie do tych uczestników zapytania: „powiedzcie mi, co się tu teraz dzieje, a co się stało wcześniej, że osoba ma pewien wyraz twarzy i co się stanie potem³⁰”. Wyniki uzyskane za pomocą tej praktycznej metody przyniosły kolejne mocne argumenty w dyskusji z opo-

²⁶ Zob. D. T. Kenrick, S. L. Neuberg, R. B. Cialdini, *op. cit.*, s. 106–107. Zob. E. Aronson, T. D. Wilson, R. M. Akert, *Psychologia Społeczna*, Poznań 2006, s. 102–103.

²⁷ Pierwszą osobą, która „otworzyła przed nim (Paulem Ekmanem – od autora) świat kultury z epoki kamiennej był Carleton Gajdusek”. Zob. P. Ekman, *Emocje...*, s. 22.

²⁸ Tamże.

²⁹ Do roku 1957 kanibalistyczne plemię w Nowej Gwinei. Powodem odejścia od tego rytuału była szalejąca choroba, zwana kuru lub „śmiejącą się śmiercią”, którą zarażano się przy spożyciu ciał zmarłych krewnych. Zob. <http://pl.wikipedia.org/wiki/Kanibalizm>.

³⁰ P. Ekman, *Emocje...*, s. 25.

nentami koncepcji uniwersalizmu ekspresji mimicznych. Po pierwsze, uczestnicy w znacznej części prawidłowo potrafili określić przyczyny przedstawionych na zdjęciach stanów emocjonalnych. Nawet członkowie społeczności zupełnie odciętej od osiągnięć zachodnich cywilizacji poprawnie przypisywali danemu wyrazowi mimicznemu właściwą dla niego emocję. Po drugie, odpowiedzi, których tubylcy udzielali w formie krótkich historii, stanowiły podstawę do ustalenia katalogu wspólnych dla całego gatunku *homo sapiens* powszechnych wątków relacyjnych³¹.

Niedługo, bo zaledwie rok później, po wskazówkach otrzymanych od Johna Dashiell'a³², Ekman udoskonalił swój eksperyment i powrócił do Nowej Gwinei³³. Kolejne, przeprowadzone przez niego, badania przynosiły pozytywne rezultaty. Dodatkowo, wyniki osiągnięte przez Ekmana potwierdził następnie przeprowadzony, na jego prośbę, eksperyment w Indonezji przez antropologa Karla Heidera³⁴. Natomiast kolejnych argumentów za wrodzonym charakterem ekspresji mimicznych dostarczyły badania austriackiego zoologa Irenäusa Eibl-Eibesfeldta³⁵. Naukowiec ten obserwując zachowania niewidomych dzieci (które to nie miały żadnej możliwości ujrzenia twarzy innych ludzi) dostrzegł, że wyrażają one emocje identyczne jak osoby widzące. Mając to na uwadze, jednoznacznie można stwierdzić, że ekspresje mimiczne nie są efektem uczenia się. Wszystkie powyżej opisane badania potwierdzają zatem założenia Karola Darwina. Podsumowując dotychczasowe osiągnięcia na tym polu nauki, należy jednoznacznie stwierdzić, iż „każdej emocji towarzyszy unikalny wzorzec doznań fizycznych (...). Każdej emocji towarzyszą również unikalne sygnały, które najłatwiej odczytać z twarzy i głosu³⁶”.

2. Emocje wypisane na twarzy czyli mikroekspresje, częściowe ekspresje oraz nieznaczne ekspresje

Pojawiająca się na twarzy ekspresja mimiczna może trwać różną długość czasu. Zdolność do jej kontrolowania w znacznej mierze zależy będzie od: rodzaju, natężenia oraz nagłości wzbudzonej i powiązanej z nią emocji. Podkreślić jednocześnie należy, że twarz jest tym miejscem, w obrębie którego jednostce najłatwiej opanować proces zarządzania ekspresją³⁷. Jedna-

³¹ Tamże.

³² Amerykański psycholog żyjący w latach 1888–1975. Tamże, s. 26.

³³ Szerzej tamże.

³⁴ Tamże, s. 29.

³⁵ Zob. D. T. Kenrick, S. L. Neuberg, R. B. Cialdini, Psychologia społeczna. Rozwiązane tajemnice, Gdańskie Wydawnictwo Psychologiczne, Gdańsk 2006, s. 103.

³⁶ Szerzej P. Ekman, Emocje..., s. 15.

³⁷ Proces ten należy rozumieć nie tylko dowolne formowanie wybranego wyrazu mimicznego, ale również maskowanie niechcianej ekspresji.

kowoż nawet na tym obszarze ciała mogą zaistnieć pewne zjawiska, których to człowiek nie jest w stanie kontrolować³⁸, i które sygnalizują różne typy afektu³⁹. Są nimi w szczególności bardzo szybkie, trwające zaledwie od 1/25 do 1/5 sekundy, ruchy mimiczne zwane mikroekspresjami⁴⁰.

W sposób najbardziej dokładny zbadał i opisał je Paul Ekman. Zgodnie z treścią relacji zawartej w jego publikacjach⁴¹, naukowiec ten po raz pierwszy dostrzegł mikroekspresje podczas oglądania filmu z wywiadu medycznego przeprowadzonego z Mary⁴², pacjentką pewnego szpitala psychiatrycznego, która cierpiała na głęboką depresję. Mary, chcąc jednak spędzić trochę czasu wraz ze swoją najbliższą rodziną (mężem i dziećmi), starała się o otrzymanie przepustki na weekend. Podjęcie przez lekarzy decyzji o kilkudniowym zwolnieniu pacjentki do domu mogło nieść ze sobą różne skutki. Niewątpliwie spotkanie z krewnymi mogło pozytywnie wpłynąć na jej stan psychiczny. Natomiast z drugiej strony istniało potencjalne zagrożenie zdrowia lub życia pacjentki, ponieważ w czasie przebywania poza murami szpitala i bez opieki lekarzy, mogłaby popełnić samobójstwo. Ze względu na kilka wcześniejszych prób, ryzyko to było bardzo realne. Psychiatrzy, którzy po raz pierwszy oglądali ten film⁴³, nie zauważyli nic niepokojącego w zachowaniu Mary. Ich zdaniem, kobieta dużo się uśmiechała i nie istniały żadne podstawy, by odmówić jej wydania przepustki. Na kilka dni przed opuszczeniem szpitala, pacjentka sama przyznała się lekarzom, że kłamała na temat swojego stanu psychicznego oraz, że zamierza odebrać sobie życie⁴⁴.

Podczas analizy zachowania pacjentki, już po wielu latach, Ekman również początkowo nie dostrzegał żadnych oznak jej kłamstwa. Zdecydował się on jednak obejrzeć film w zwolnionym tempie. Dopiero wtedy badaczowi udało się zauważyć, pojawiający się na dwóch klatkach (ok. 1/12 sekundy), charakterystyczny dla silnego cierpienia, wyraz mimiczny, który to pacjentka natychmiast zamaskowała sztucznym uśmiechem. Ze względu na swoją krótkotrwałość, wskazaną wyżej ekspresję emocjonalną, nazwano „mikroekspresją”⁴⁵.

W literaturze przedmiotu nie przedstawiono dotychczas jednej prostej definicji zjawiska nazywanego mikroekspresjami. Pomyślnie można ją sformu-

³⁸ Zob. A. Vrij, Wykrywanie kłamstw i oszukiwania, Wydawnictwo Uniwersytetu Jagiellońskiego, Kraków 2009, s. 25.

³⁹ Tamże.

⁴⁰ Zob. P. Ekman, Emocje..., s. 222.

⁴¹ Szerzej tamże. Szerzej tenże, Kłamstwo i jego wykrywanie w biznesie, polityce i małżeństwie, Warszawa 2011, s. 117.

⁴² Tak nazywa ją Ekman. Jak wskazuje on sam, nie jest to jej prawdziwe imię. Zob. tamże.

⁴³ Paul Ekman nie uczestniczył w tym. Tamże.

⁴⁴ Z tego też powodu psychiatrzy natychmiast cofnęli wydaną przepustkę i nie dopuścili do próby samobójczej. Szerzej tamże.

⁴⁵ Ernest Hagard i Kenneth Isaacks odkryli mikroekspresje 3 lata przed Ekmanem. W przeciwieństwie jednak do niego, naukowcy ci głosili, że nie pojawiają się one, jeśli jednostka świadomie próbuje stłumić emocje. Zob. P. Ekman, Emocje..., s. 222.

łować zbierając poszczególne, dość dokładnie je opisujące, informacje. Należy wskazać, że obecnie przyjmuje się, że są one niewerbalną oznaką represji (inaczej: wyparcia⁴⁶) bądź też świadomego tłumienia emocji⁴⁷. Ich esencjalnymi cechami są:

- pojawianie się na ułamek sekundy (1/25 – 1/5 s),
- przedstawienie pełnego obrazu danego typu afektu.

Oznacza to, że w swoim ekstremalnie krótkim momencie, w jakim trwa mikroekspresja, aktywują się wszystkie mięśnie twarzowe, za pomocą których formowany jest właściwy, uniwersalny dla całego gatunku *homo sapiens*, wyraz mimiczny⁴⁸.

Wyżej wskazane szczególne cechy tego zjawiska pozwalają na oddzielenie go od ekspresji nieznacznych i częściowych. Poniższa tabela przedstawia, uzupełnione krótkim komentarzem, zestawienie esencjalnych właściwości typowych dla każdej z tych trzech form objawiania się za pomocą wyrazów mimicznych⁴⁹ emocji.

Wspólną cechą wszystkich powyższych form ekspresji mimicznej jest bycie niewerbalną oznaką prawdziwej, przeżywanej przez człowieka emocji. Z tego też powodu należy stwierdzić, że na podstawie każdej z nich wykonalne jest ustalenie typu afektu odczuwanego przez obserwowaną jednostkę. Zasadniczo można wskazać, że różni je jedynie obszar oraz czas, w jakim są one widoczne na twarzy. Nie ulega żadnej wątpliwości, że dla badacza idealną sytuacją jest pojawienie się mikroekspresji. Ze względu na liczny udział mięśni mimicznych da się na ich podstawie dużo bardziej przekonywająco i dokładniej ocenić stan emocjonalny obserwowanej osoby. Nie oznacza to jednak, że z góry powinno się odrzucić i nie brać pod rozwagę pozostałych, bardziej subtelnych form ekspresji. Tak jak nie określa się w daktyloskopii minimalnej ilości minucji, tj. cech charakterystycznych linii papilarnych, jakie muszą zostać zidentyfikowane, w celu ustalenia pochodzenia odcisku palca, tak również nie można z góry stwierdzić, jaka aktywność mięśni twarzy jest niezbędna do jednoznacznej oceny stanu psychicznego. Oczywiście pamiętać należy, że same emocje mogą objawiać się także na innych obszarach ludzkiego ciała. Z tego też powodu opieranie tego typu analizy wyłącznie na jednej niewerbalnej przesłance, sygnalizującej dany afekt, nie wydaje się słuszne. Nie można jednak odrzucić zastosowania

⁴⁶ Jest to usunięcie ze świadomości (...) uczuć (...) które przywołują bolesne skojarzenia lub w inny sposób zagrażają spójności osobowości danej jednostki (na przykład prowokują pytania o moralność, wywołują poczucie winy itp.). Wyparcie zachodzi wtedy, gdy zaspokojenie popędu (związane z przyjemnością) może spowodować – z uwagi na inne wymogi – przykrość. Wyparte emocje istnieją nadal, jednakże nie są dostępne świadomości. Zob. szerzej <http://pl.wikipedia.org/wiki/Wyparcie>.

⁴⁷ Zob. P. E k m a n, *Emocje...*, s. 222.

⁴⁸ Zob. T e n ż e, *Kłamstwo...*, Warszawa 2011, s. 117.

⁴⁹ Podstawą dla niej była tabela autorstwa P. E k m a n a. Zob. T e n ż e, *Emocje...*, s. 269.

ekspresji nieznacznych oraz częściowych w procesie weryfikacji nierozstrzygających objawów emocjonalnych. W razie zaistnienia takich wątpliwości, te formy wyrazu twarzy, mogą z pewnością służyć do ich rozwiania.

Tabela 2. Formy ekspresji mimicznych.

Nieznaczna ekspresja	Pojawia się na samym początku wzbudzenia słabej i ograniczonej emocji (osoba nie musi być jej świadoma). Często stanowi nieudaną próbę jej zamaskowania, z tego też powodu zaraz po niej powinna pojawić się inna sztuczna ekspresja (najczęściej będzie nią uśmiech). Może objawiać się tylko jednym ruchem w bardzo wąskim rejonie ciała (np. samo czoło, policzki, usta, powieki) ⁵⁰ .
Częściowa ekspresja	Jest objawem słabej i ograniczonej emocji. Ponadto stanowi nieudaną próbę jej ukrycia, z tego też powodu zaraz po niej powinna pojawić się inna sztuczna ekspresja (najczęściej będzie nią uśmiech). W procesie jej tworzenia bierze ograniczona ilość typowych dla danego wyrazu mimicznego mięśni twarzy ⁵¹ .
Mikroekspresja	Może być zarówno świadomym jak i nieświadomym objawem tłumienia emocji. Ze względu na swoją nagłość i krótkotrwałość jest właściwie niedostrzegalna dla osoby, u której się pojawia. W procesie jej formowania udział biorą wszystkie niezbędne dla danego wyrazu mimicznego mięśnie twarzy ⁵² .

Źródło: (P. Ekman, *Emocje Ujawnione*, Wydawnictwo Helion, Gliwice 2011, s. 269).

Krótkiego komentarza wymaga również powód, dla którego omawiane są sygnały tylko siedmiu emocji. Przyczyną tego jest fakt, iż obecnie wyłącznie do tak małej grupy istnieje pewność, że odczuwają je wszyscy ludzie oraz komunikowane są przez własną i unikalną ekspresję mimiczną⁵³. Jako emocje takiego rodzaju uznaje się: radość, smutek, gniew, zaskoczenie, strach, wstręt i pogardę⁵⁴. Trzeba jednak wskazać, że katalog ten nie ma charakteru zamkniętego.

⁵⁰ Subtle Expression Training Tool 3.0.

⁵¹ Tamże.

⁵² P. Ekman, *Kłamstwo...*, s. 117.

⁵³ Zdaniem Ekmana takie emocje jak: „zakłopotanie, poczucie winy, wstyd i zazdrość (...)” są uniwersalne (...), ale nie mają one własnych ekspresji mimicznych. Zob. P. Ekman, *Emocje...*, s. 16.

⁵⁴ Obecnie tylko one posiadają uniwersalną ekspresję. Tamże.

Jestem przekonany, że kolejne lata pozwolą na zasilenie tego zbioru. Obecnie prowadzone są badania i poszukiwania odpowiedzi, czy takie emocje jak wstyd, zakłopotanie lub poczucie winy posiadają własny i uniwersalny sygnał⁵⁵. Grupę tych siedmiu typów afektu nazywa się emocjami podstawowymi⁵⁶.

Należy jednak mieć zawsze na uwadze, iż „słowa są jedynie reprezentacją emocji, a nie samymi emocjami. Emocja to proces (...)”⁵⁷. Z tego też powodu generalne i abstrakcyjne określenia kryjące się pod takimi zwrotami jak radość, smutek lub zaskoczenie rozumiane musi być jako pewne szerokie spektrum, na którym można wskazać bardzo dużo innych subtelniejszych i pochodnych odczuć⁵⁸. Przykładem tego może być radość i pochodne od niej przyjemność fizyczna, poczucie ulgi, ekstaza, wdzięczność. Warto podkreślić, że obecnie psychologowie potrafią wskazać, aż szesnaście radosnych emocji⁵⁹. Nie posiadają one jednak oddzielnego uniwersalnego sygnału mimicznego.

Oznacza to, iż dokładna analiza stanu emocjonalnego w oparciu o konkretne ruchy mięśni twarzowych składa się z dwóch etapów. Pierwszy z nich polegać powinien na właściwym rozszyfrowaniu dostrzeżonej ekspresji⁶⁰ w stosunku do odpowiadającej jej podstawowej emocji. Natomiast w trakcie drugiego, badacz musi dążyć do jak najbardziej dokładnego wskazania przeżywanego przez jednostkę typu afektu. W tym celu powinien on wykorzystać inne dodatkowe dane, pozwalające na określenie kontekstu sytuacyjnego, w jakim odpowiedni wyraz mimiczny się pojawił. Niestety, często z powodu braku możliwości posiadania takich informacji, analiza stanu obserwowanej jednostki będzie kończyła się już na pierwszym etapie.

W trakcie analizy stanu psychicznego jednostki należy mieć zawsze na uwadze to, że emocje objawiają się również innymi „drogami” aniżeli tylko w formie wyrazu mimicznego. Z tego powodu nieodzowne jest monitorowanie szeregu innych charakterystycznych zmian zachodzących w organizmie człowieka. Ponadto pamiętać powinno się o wynikach badania Klausa Scherera, które to wskazują, iż sygnały dźwiękowe pojawiające się wraz z daną emocją są

⁵⁵ Tenże, *Wszystkie emocje są podstawowe*, (w:) *Natura emocji podstawowe zagadnienia*, pod red. P. Ekman, R. J. Davidson, Gdańskie Wydawnictwo Psychologiczne, Sopot 2012, s. 24.

⁵⁶ Obecnie w psychologii żywa jest dyskusja, czy na gruncie tej nauki w ogóle istnieją emocje podstawowe. Osobiście uważam, że utworzenie takiego katalogu jest możliwe w oparciu o kryterium posiadania własnego i uniwersalnego sygnału w formie ekspresji mimicznej. Szerzej pod. red. P. Ekman, R. J. Davidson, *op. cit.*, s. 13–49.

⁵⁷ P. Ekman, *Emocje...*, s. 30–31.

⁵⁸ Wydaje się, że nawet bardziej prawidłowe powinno być używanie tych wyrazów na określanie samych form ekspresji mimicznych, czyli pewnej aktywności mięśniowej formującej się na twarzy, która może towarzyszyć pewnej kategorii emocji.

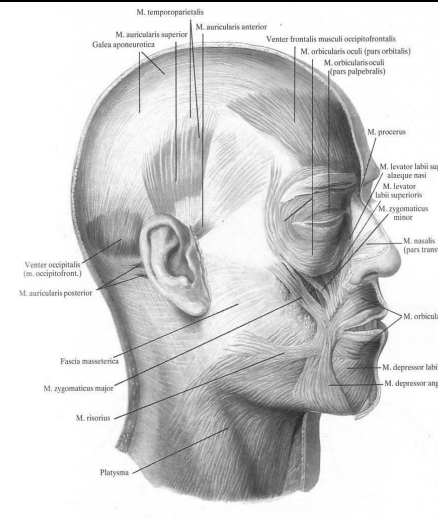
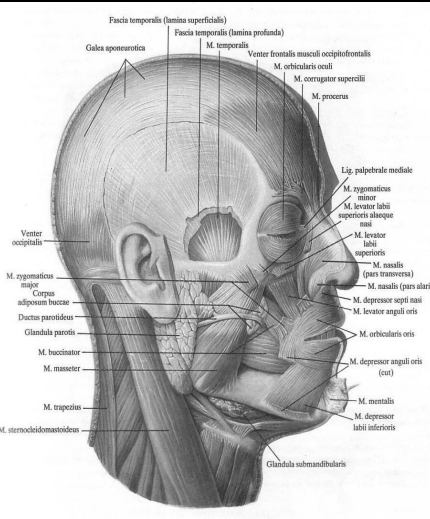
⁵⁹ Tamże, s. 207.

⁶⁰ W dalszej części pracy, określenie to odnosić się będzie zarówno do mikroekspresji, jak i innych (tj. ekspresje częściowe i nieznaczne) form za pomocą, których widoczna jest w rejonie twarzy dana emocja.

uniwersalne dla całego gatunku⁶¹. Poza tym podobny, powszechny charakter mają zdaniem Ekmana, towarzyszące różnym uczuciom impulsy emocjonalne⁶².

Ze względu na powyższe, w trakcie szczegółowego opisywania konkretnej emocji zostaną nie tylko przedstawione ruchy, które pojawiają w obrębie twarzy, lecz także w miarę możliwości wskazane zostaną inne oznaki, którymi organizm niewerbalnie „zdradza” swój stan emocjonalny. Ponadto, mając w szczególności wewnętrzne przeświadczenie o sporej użyteczności dla oceny stanu psychicznego ekspresji częściowych oraz nieznacznych, przy każdej z siedmiu emocji zostanie omówiony i przedstawiony będzie nie tylko sam jej pełny obraz, który jest widoczny w formie mikroekspresji, lecz także pojedyncze ruchy mimiczne charakterystyczne dla danego typu afektu.

Ekspresje mimiczne poszczególnych emocji – katalog mięśni twarzy

 263. Muscles of the head; right side (1/2). (Muscles of facial expression.)	 266. Muscles of the head; right side (1/2). (Muscles of facial expression and muscles of mastication.)
Ryc. 1. Mięśnie głowy wg Sinelnikova cz. 1. Źródło: Sinelnikov R. D., <i>Atlas of human anatomy, vol. I, Musculoskeletal System</i>, Mir Publisher, Moscow 1988, s. 283.	Ryc. 2. Mięśnie głowy wg Sinelnikova cz. 2. Źródło: Sinelnikov R. D., <i>Atlas of human anatomy, vol. I, Musculoskeletal System</i>, Mir Publisher, Moscow 1988, s. 287.

⁶¹ P. Ekman, *Emocje...*, s. 76.

⁶² Tamże, s. 77.

Spis oznaczonych mięśni głowy⁶³ (łac. *musculi capitis*) przedstawiono w poniższej tabeli.

Tabela 3. Spis mięśni głowy.

Nr	Nazwa łacińska	Nazwa polska
1.	<i>venter frontalis</i> <i>m. occipitofrontalis</i>	brzusiec czołowy m. potyliczno-czołowego
2.	<i>venter occipitalis</i> <i>m. occipitofrontalis</i>	brzusiec potyliczny m. potyliczno-czołowego
3.	<i>m. temporoparietalis</i>	m. skroniowo-ciemieniowy
4.	<i>m. procerus</i>	m. podłużny
5.	<i>m. corrugator supercilii</i>	m. marszczący brwi
6.	<i>m. orbicularis oculi</i> , <i>pars orbitalis</i>	m. okrężny oka, wewnętrzna część
7.	<i>m. orbicularis oculi</i> , <i>pars palpebralis</i>	m. okrężny oka, zewnętrzna część
8.	<i>m. levator palpebrae superioris</i>	m. dźwigacz powieki górnej
9.	<i>m. depressor labii inferioris</i>	m. obniżający wargę dolną
10.	<i>m. mentalis</i>	m. bródkowy
11.	<i>m. depressor anguli oris</i>	m. obniżający kąt ust
12.	<i>m. risorius</i>	m. śmiechowy
13.	<i>m. zygomaticus major</i>	m. jarzmowy większy
14.	<i>m. levator anguli oris</i>	m. dźwigacz kąta ust
15.	<i>m. buccinator</i>	m. policzkowy
16.	<i>m. orbicularis oris</i>	m. okrężny ust
17.	<i>m. zygomaticus minor</i>	m. jarzmowy mniejszy
18.	<i>m. levator labii superioris</i>	m. dźwigacz wargi górnej
19.	<i>m. levator labii superioris</i> <i>alaeque nasi</i>	m. dźwigacz wargi górnej i skrzydła nosa
20.	<i>m. nasalis</i>	m. nosowy
21.	<i>m. masseter</i>	m. żwacz
22.	<i>m. temporalis</i>	m. skroniowy
23.	<i>m. pterygoideus medialis</i>	m. skrzydłowy przyśrodkowy (niewidoczny)
24.	<i>m. pterygoideus lateralis</i>	m. skrzydłowy boczny (niewidoczny)

Źródło: opracowanie własne.

⁶³ Opracowano na podstawie: T. Marciniak, Anatomia prawidłowa człowieka, pod. red. M. Ziółkowskiego, Wrocław 1991.

Radość

W badaniach prowadzonych przez psychologów jako główne i uniwersalne wątki wzbudzające radość wskazuje się w szczególności urodzenie oczekiwanego dziecka albo przebywanie z ukochaną osobą⁶⁴. Dzięki temu, że doświadczanie tego typu afektu jest dla jednostki generalnie przyjemne i pozytywne, to napędza ono „nasze życie motywacją, sprawiając, że robi ona rzeczy, które generalnie przynoszą jej pożytek⁶⁵”. Z tego powodu niewątpliwie emocja ta w szczególności spełnia funkcję poznawczą. Pozwala ona jednostce na określenie, jakie elementy otaczającego ją świata są dla niej korzystne, a które szkodliwe i przykre. Nie sposób również zapomnieć, że radość odgrywa ponadto bardzo ważną rolę w życiu socjalnym człowieka. Wspólne, prawdziwe przeżywanie i dzielenie się z innymi osobami tym afektem zacieśnia więzi międzyludzkie. Otwarte okazywanie radości informuje o szczególnej bliskości łączącej dane osoby⁶⁶. Zaznaczyć przy tym należy, że w zakresie emocji rozumianej jako „radość” można wymienić wiele innych, bardziej subtelnych jej odmian, począwszy od lekkiego rozbawienia, przez zadowolenie, przyjemność zmysłową (wzbudzaną przez dotyk, zapach, smak, wzrok lub słuch), aż po skrajną ekstazę.

Głównym sygnałem zdradzającym uczucie radości jest uśmiech. Jak wskazują badania Ekmana⁶⁷, tak jak można określić ogromne spektrum pochodnych tej emocji, tak samo wiele da się wskazać różnych rodzajów uśmiechów⁶⁸. Natomiast co istotniejsze, nie każdy z nich oznaczać będzie, iż dana osoba doświadcza prawdziwej radości. Bardzo często uśmiech stanowi jeden ze sposobów fałszowania i maskowania prawdziwych emocji⁶⁹. Powodem tego jest duża łatwość z jaką człowiek może kontrolować i aktywować mięsień śmiechowy oraz mięsień jarzmowy większy, za pomocą których on powstaje⁷⁰. Twierdzenie o nieprawdziwości niektórych form uśmiechu zostało po raz pierwszy przedstawione przez włoskiego neurologa Duchenne de Boulogne⁷¹, który swoje spostrzeżenia na ten temat zawarł w pracy „*Mécanisme de la physionomie humaine*”⁷². Badacz ten, wykorzystując prąd elektryczny, pobudzał poszczególne mięśnie twarzy swojego pacjenta⁷³. Kiedy podrażnił wy-

⁶⁴ Zob. P. Ekman, *Emocje...*, s. 209.

⁶⁵ Tamże, s. 207.

⁶⁶ Pamiętać należy, że ze względu na reguły okazywania uczuć, nie w każdej sytuacji objawianie odczuwanej radości będzie pozytywnie odbierane przez inne osoby.

⁶⁷ Zob. P. Ekman, *Kłamstwo...*, s. 134–144.

⁶⁸ Ekman wymienia 18 rodzajów uśmiechów. Szerzej tamże.

⁶⁹ Tamże.

⁷⁰ Tamże.

⁷¹ Zob. Szerzej tenże, *Emocje...*, s. 212–213.

⁷² Pol. „Mechanizmy fizjologii ludzkiej”.

⁷³ Pacjent ze względu na swoją chorobę nie odczuwał żadnego bólu.

łącznie mięsień jarzmowy większy (fot. 4) zauważył po mimice, że ten człowiek nie wyglądał na szczęśliwego. Dla porównania tego fałszywego stanu z prawdziwą radością, Duchenne opowiedział swojemu pacjentowi żart, a następnie, w momencie jego śmiechu zrobił mu zdjęcie. Spostrzegł wtedy, iż w trakcie rozbawienia pracował u niego dodatkowo mięsień okrężny oka.

O swoim odkryciu włoski neurolog napisał: „uczucie szczerzej radości jest wyrażane na twarzy przez połączony skurcz mięśnia jarzmowego większego i mięśnia okrężnego oka. Pierwszy z nich jest zależny od woli, ale drugi ulega aktywacji jedynie pod wpływem słodkich emocji naszej duszy. W kwestii uśmiechu jego bezwolność pomaga nam zdemaskować fałszywych przyjaciół⁷⁴”. Wyniki tych badań przytacza oraz komentuje w swoim dziele także Karol Darwin⁷⁵. Niestety, tak jak obserwacje brytyjskiego naukowca, tak i dokonania włoskiego neurologa były przez prawie 100 lat poza zakresem zainteresowań psychologów. Dopiero prace Paula Ekmana doprowadziły do dalszego rozwinięcia tezy Duchenne’a, które potwierdziły, że trudność z dowolnym skurczem mięśnia okrężnego oka dotyczy jedynie jego zewnętrznej części (fot. 1), która „otacza oczodół i obniża brwi oraz znajdującą się pod nimi skórę, a także podciąga do góry skórę poniżej oczu i unosi policzki⁷⁶”. Natomiast jego wewnętrzna część (fot. 2) podlega kontroli, a jej aktywność objawia się poprzez zaciskanie się powiek i napięcie skóry bezpośrednio pod nimi. Ekman próbując udowodnić odkrycie Duchenne’a, przeprowadził własne badanie na dziewięciomiesięcznych dzieciach. Polegało ono na obserwacji i porównaniu zmian zachodzących w obrębie ich twarzy w momencie zbliżania się do nich ich własnej matki oraz w momencie zbliżania się do nich zupełnie obcej im osoby. Ekman dostrzegł, że dzieci rzeczywiście do każdego uśmiechały się za pomocą m. *zygomaticus major*, natomiast m. *orbicularis oculi* był aktywny tylko w momencie spotkania z matką.

Zaznaczyć również należy, że w formowaniu prawdziwego uśmiechu nie bierze udziału, zwodniczy w swojej nazwie, mięsień śmiechowy, który poprzecznie rozciąga usta (fot. 3). Z tego też powodu, jego ewentualna aktywność będzie szczególnie pomocna przy odczytywaniu fałszywości tego wyrazu mimicznego. Dodatkową oznaką zdradzającą prawdziwe uczucie radości są błyszczące oczy⁷⁷. Zjawisko to wywołane jest przez skurcz mięśni okrężnych oczu⁷⁸. Natomiast skrajnej radości i wybuchowi śmiechu z dużym prawdopodobieństwem mogą towarzyszyć łzy. Ponadto pozytywna emocja może objawiać się poprzez zwiększoną aktywność ruchową jednostki. Zasadniczo będzie to dostrzegalne w ogólnoustrojowym pobudzeniu takiej

⁷⁴ Zob. P. Ekman, *Emocje...*, s. 212.

⁷⁵ Zob. zwłaszcza K. Darwin, *op. cit.*, s. 218–242.

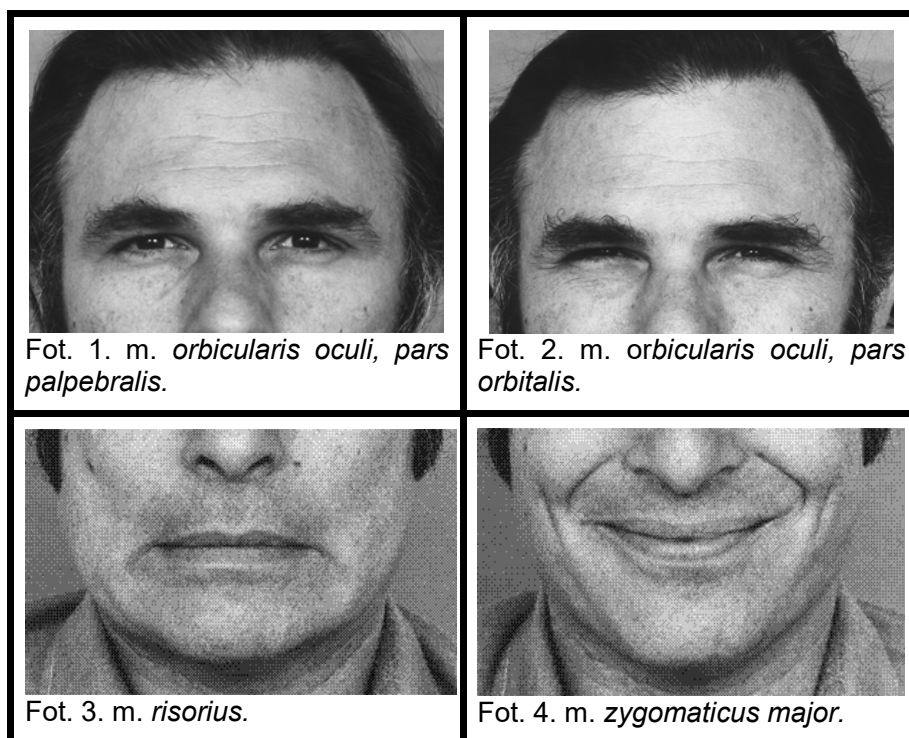
⁷⁶ P. Ekman, *Emocje...*, s. 212–213.

⁷⁷ Tamże, s. 218.

⁷⁸ Tamże.

osoby⁷⁹. Emocję tę komunikuje również tzw. otwarta postawa ciała⁸⁰. Należy jednak pamiętać, że dla pewnej kategorii odczuć radosnych (np.: poczucie ulgi) charakterystyczne będzie wyraźne rozluźnienie wszelkich mięśni ciała⁸¹. Na zakończenie podrozdziału przedstawiono w tabeli 4 ruchy poszczególnych mięśni twarzowych, natomiast w tabeli 5 zawarto przykłady fotografii obrazujących prawdziwe i fałszywe ekspresje radości⁸². Komentarze do wszystkich zdjęć (również w nast. podrozdziałach) opracowano na podstawie *Facial Action Coding System*⁸³.

Tabela 4. Mięśnie mimiczne – radość.



Źródło: Ekman P., Friesen W. V., Hager J. C., *Facial Action Coding System: The Manual on CD-ROM. A Human Face*, Salt Lake City 2002.

⁷⁹ Zob. zwłaszcza K. Darwin, *op. cit.*, s. 218–242.

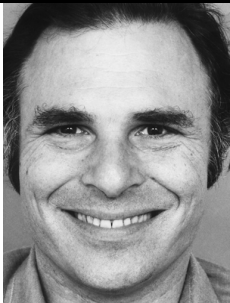
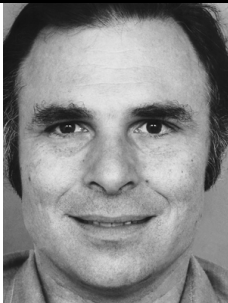
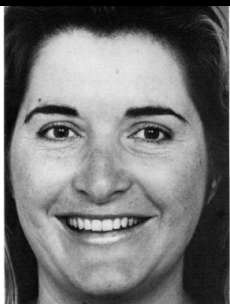
⁸⁰ Szerzej A. Pease, B. Pease, *Mowa ciała*, Poznań 2012, s. 56–58.

⁸¹ Towarzyszyć mu może też westchnienie, głęboki wdech i wydech. Zob. P. Ekman, *Emocje...*, s. 202.

⁸² Neutralne wyrazy mimiczne wszystkich osób znajdujących się na zdjęciach zamieszczono w aneksie.

⁸³ P. Ekman, W. V. Friesen, J. C. Hager, *Facial Action Coding System: The Manual on CD-ROM. A Human Face*, Salt Lake City 2002.

Tabela 5. Radość – porównanie.

Prawdziwa radość	Fałszywa radość
 Fot. 5. Prawdziwa radość 1. Jest to pełny obraz ekspresji radości. Dostrzec należy, że wyraźnej aktywności mięśnia jarzmowego większego towarzyszy napięcie wewnętrznej części mięśni okrężnych oczu.	 Fot. 6. Fałszywa radość 1. W tym przypadku zauważalna jest tylko nieznaczny ruch mięśnia jarzmowego większego (dużo słabszy niż obok). Ponadto nie pracuje żaden element m. <i>orbicularis oculi</i>.
 Fot. 7. Prawdziwa radość 2. Zdjęcie to również przedstawia pełny obraz radości. Dostrzec należy, iż aktywna jest tylko zewnętrzna część mięśnia okrężnego oka (napięcie dolnej powieki). Ponadto pracy m. <i>zygomaticus</i> major towarzyszy relaksacja mięśni szczęki.	 Fot. 8. Fałszywa radość 2. Fotografia to została złożona ze zdjęć przedstawiających radość (fot. obok) oraz wyraz neutralny. Wystarczy zasłonić dłonią uśmiech, by dostrzec brak aktywności mięśni okrężnych oczu. Jest to ten sam układ napięcia mięśniowego, jaki na początku zauważył Duchenne.

Źródło: Ekman P., Friesen W. V., Hager J. C., *Facial Action Coding System: The Manual on CD-ROM. A Human Face*, Salt Lake City 2002.

Facial expressions: basic catalogue for detecting lies and emotions (Part 1)

Abstract

It is a truism that law enforcement officials, including prosecutors, need to have elementary knowledge of psychology. Such knowledge is not only necessary for effective verification (that is based on science not only and exclusively on a subjective feeling) of reliability of personal sources, but also useful for forensic tactics, including specifically a proper response to situations during interrogation. This paper is actually a starting point for further decoding non-verbal signs of insincerity as it guides the reader through the issues pertaining to emotional signals visible on the face, starting from a history of discovering the universality of expression, and ending with an in-depth study of facial expressions typical for each of seven basic emotions. Resorting to results of long-term research by Paul Ekman, this paper particularly aims at identifying specific facial movements that make it possible to determine an emotional state of an observed individual.

Key words

Facial expressions, micro expressions, emotions, psychology, lie, facial muscles, catalogue.

GLOSY

Bolesław Kurzępa¹

Glosa do wyroku Sądu Najwyższego z dnia 18 lutego 2020 r., sygn. V KK 433/19

Streszczenie

Przedmiotem glosy jest wyrok Sądu Najwyższego, w którym krytyce poddano orzeczenie przez sąd pierwszej instancji środka karnego w postaci zakazu wstępu na mecze piłki nożnej ograniczonego do terytorium Rzeczypospolitej Polskiej, podczas gdy z treści art. 41b § 2 k.k. wynika, iż zakaz ten powinien obejmować również inne państwa, w których rozgrywane są mecze przez polską kadrę narodową lub polski klub sportowy.

Słowa kluczowe

Bezpieczeństwo imprez masowych, środek karny, zakaz wstępu na imprezę masową, przestępstwo stadionowe, bezpieczeństwo wewnętrzne.

Zgodnie z art. 41b § 2 k.k. zakaz wstępu na imprezę masową obejmuje wszelkie imprezy masowe na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej oraz mecze piłki nożnej rozgrywane przez polską kadrę narodową lub polski klub sportowy poza terytorium Rzeczypospolitej Polskiej. Brzmienie powołanego przepisu jest więc jednoznaczne, a zakres terytorialny orzeczonego na jego podstawie środka nie przewiduje żadnych ograniczeń. W tym stanie rzeczy orzeczenie przez sąd *ad quem* przewidzianego w art. 41b § 1 k.k. zakazu wyłącznie w zakresie obejmującym teryto-

¹ Dr Bolesław Kurzępa, adiunkt Politechniki Rzeszowskiej, ORCID 0000-0002-5130-1001.

rium Rzeczypospolitej Polskiej, a pominięcie tej jego części, która dotyczy meczów piłki nożnej rozgrywanych przez polską kardę narodową lub polski klub sportowy odbywających się poza terytorium Rzeczypospolitej Polskiej w sposób oczywisty uchybiało zawartej w powołanym przepisie normie materialnoprawnej.

Polski Kodeks karny z 1997 r. podlega ciągłym zmianom, które powodują, że kłopoty z prawidłowym odczytaniem i zastosowaniem niektórych przepisów mają również prawnicy. Niektóre nowelizacje są oczywiste, gdyż wynikają z ciągle zachodzących zmian w różnych dziedzinach życia społecznego. Wiele jednak jest wprowadzanych pod wpływem emocji spowodowanych np. jakimś wydarzeniem bulwersującym opinię społeczną, a więc i polityków, co w krótkim okresie skutkuje zmianą jednego lub wielu przepisów. Często nowelizacja taka nie jest przemyślana do końca, niewiele w sumie zmienia, ale psuje istniejący już system prawny. Oczywiście, jesteśmy świadkami także zmian, które są potrzebne, czy wręcz niezbędne. Jedną z takich regulacji, która w stosunkowo krótkim okresie podlegała wielu zmianom jest bez wątpienia ustawa z dnia 20 marca 2009 r. o bezpieczeństwie imprez masowych². Wiązało się to z narastającym w naszym kraju problemem zajęć na stadionach piłkarskich wywoływanych przez tzw. kiboli, a mówiąc wprost – chuliganów. Próbowano stosować różne środki, aby przeciwdziałać temu zjawisku, z miernym zresztą skutkiem³. Jednak prawie każde szczególnie tragiczne zajście podczas meczu piłki nożnej lub bezpośrednio po meczu, powodowało u przedstawicieli władz państwowych chęć takiej zmiany prawa, szczególnie karnego, aby do tego rodzaju zdarzeń w przyszłości nie dochodziło. Efektem jednej ze zmian było uchwalenie przepisów o zakazie wstępu niektórych osób na imprezę masową, który może być orzekany zarówno na podstawie przepisu art. 66 ustawy o bezpieczeństwie imprez masowych, jak i art. 41b k.k. Jeżeli chodzi o ten ostatni przepis, to został on wprowadzony przez art. 72 ustawy z dnia 20 marca 2009 r. o bezpieczeństwie imprez masowych⁴. W międzyczasie był on czterokrotnie modyfikowany, przy czym ostatnia zmiana dokonana została przez art. 4 ustawy z dnia 11 września 2015 r. o zmianie ustawy o bezpieczeństwie imprez masowych i niektórych innych ustaw⁵. W obecnej wersji obowiązuje od dnia 26 listopada 2015 r. Potocznie środek określony w art. 41b k.k. nazywany jest „zakazem stadionowym” co jest o tyle mylące, że faktycznie w przepisie tym mowa jest o „zakazie wstępu na imprezę masową”, a więc jego zakres obejmuje

² Tekst jedn. Dz. U. z 2019 r., poz. 2019.

³ Szerzej na ten temat: P. Chlebowski, Chuligaństwo stadionowe. Studium kryminologiczne, Warszawa 2020.

⁴ Dz. U. z 2009 r., Nr 62, poz. 504. Ustawa ta obowiązuje od dnia 1 sierpnia 2009 r.

⁵ Dz. U. z 2015 r., poz. 1707.

je także inne imprezy masowe niż tylko te odbywające się na stadionach. Definicja pojęcia „impreza masowa” znajduje się w art. 3 pkt 1 ustawy o bezpieczeństwie imprez masowych i oznacza „imprezę masową artystyczno-rozrywkową, masową imprezę sportową, w tym mecz piłki nożnej, z wyjątkiem imprez:

- 1) organizowanych w teatrach, operach, operetkach, filharmoniach, kinach, muzeach, bibliotekach, domach kultury i galeriach sztuki lub w innych podobnych obiektach,
- 2) organizowanych w szkołach i placówkach oświatowych przez zarządzających tymi szkołami i placówkami,
- 3) organizowanych w ramach współzawodnictwa sportowego dzieci i młodzieży,
- 4) sportowych organizowanych dla sportowców niepełnosprawnych,
- 5) sportu powszechnego o charakterze rekreacji ruchowej, ogólnodostępnym i nieodpłatnym, organizowanych na terenie otwartym,
- 6) zamkniętych organizowanych przez pracodawców dla ich pracowników

– jeżeli rodzaj imprezy odpowiada przeznaczeniu obiektu lub terenu, gdzie ma się ona odbyć”. Już z treści definicji wynika, że zakaz ten dotyczy także imprez masowych artystyczno-rozrywkowych, masowych imprez sportowych i rzecz jasna meczów piłki nożnej. Przyczyną wprowadzenia art. 41b k.k. były nie ekscesy na imprezach masowych np. muzycznych, lecz prawie wyłącznie zakłócenia porządku na stadionach piłkarskich. Ustawodawca dał organizatorom i organom odpowiadającym za porządek publiczny instrument prawny do zwalczania przestępczości stadionowej, umożliwiając skuteczne reagowanie na niewłaściwe postawy tych uczestników imprez masowych, którzy zagrażają bezpieczeństwu innych osób i mienia. Zakaz wstępu na imprezę masową ma wprowadzić charakter profilaktyczny, lecz jego praprzyczyna znajduje się w uprzednio popełnionym przestępstwie. Jak trafnie stwierdził T. Bojarski „domniemanie zagrożenia dla porządku prawnego ze strony takiej osoby musi ściśle łączyć się z popełnionym konkretnym przestępstwem. Nie wystarcza do jego zastosowania ogólna opinia np. środowiskowa, o postawie i zachowaniu się tej osoby. Jest to rozwiązanie w kontekście tego warunku prawidłowe, ale oczywiście ocena, że osoba taka zagraża istotnym dobrom chronionym prawem, z konieczności musi się opierać na elementach nie do końca sprawdzalnych. Ważne jest jednak, że źródło tego domniemania tkwi w poprzednim czynie przestępnym”⁶. Istotną zmianę do brzmienia art. 41b § 1 k.k. wprowadziła ustawa z dnia 31 sierpnia 2011 r. o zmianie ustawy o bezpieczeństwie imprez masowych oraz niektórych innych ustaw, umożliwiając orzeczenie wspomnianego zakazu nie tylko w sto-

⁶ Zob. T. Bojarski, Kodeks karny. Komentarz, wyd. VII, Warszawa 2016. Komentarz do art. 41b, Lex/el (dostęp w dniu 29 stycznia 2021 r.).

sunku do sprawcy przestępstwa popełnionego w związku z imprezą masową, ale także tych, którzy skazani zostali za występki o charakterze chuligańskim. Oznacza to, że zakaz może być orzeczony również wtedy, kiedy popełnione przestępstwo nie ma związku z konkretną imprezą masową. Orzeczenie zakazu na podstawie art. 41b § 1 k.k. jest fakultatywne, a jedynie w przypadkach wskazanych w art. 66 ustawy o bezpieczeństwie imprez masowych oraz w razie ponownego skazania sprawcy za przestępstwo popełnione w związku z imprezą masową (art. 41b § 4 k.k.) – jest obligatoryjne. Trzeba jednak mieć na uwadze, że przepis art. 66 ustawy pozwala na orzeczenie zakazu w stosunku do sprawców przestępstw przeciwko życiu i zdrowiu, przeciwko bezpieczeństwu powszechnemu oraz przestępstw, o których mowa w art. 222–224 k.k., popełnionych wyłącznie w związku z masową imprezą sportową, w tym meczem piłki nożnej, lub o których mowa w art. 59–61 ustawy o bezpieczeństwie imprez masowych. Natomiast art. 41b § 1 k.k. ma szerszy zakres, gdyż pozwala orzec tego rodzaju zakaz wobec sprawców przestępstw popełnionych nie tylko w związku z masową imprezą sportową, ale także imprezą masową artystyczno-rozrywkową⁷. Jednak w razie skazania za czyn popełniony w związku z imprezą masową artystyczno-rozrywkową, nie można na skazanego nałożyć, na podstawie art. 41b § 3 k.k. obowiązku kontrolowanego przebywania w miejscu stałego pobytu lub w innym wyznaczonym miejscu⁸.

Wracając do tezy głosowanego orzeczenia, to stwierdzić należy, że dotyczy ono jednego z istotnych elementów zakazu wstępu na imprezę masową, a mianowicie jego zasięgu terytorialnego. Z brzmienia art. 41b ust. 2 k.k. jednoznacznie wynika, że zakaz wstępu na imprezę masową obejmuje wszelkie imprezy masowe na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej oraz mecze piłki nożnej rozgrywane przez polską kadrę narodową lub polski klub sportowy poza terytorium Rzeczypospolitej Polskiej. W przepisie tym brak jest jakichkolwiek wyłączeń lub wyjątków, a więc zakaz ten nie doznaje żadnych ograniczeń terytorialnych⁹. Przepis należy rozumieć w ten sposób, że omawiany zakaz obejmuje imprezy masowe (tzn. imprezy masowe artystyczno-rozrywkowe oraz masowe imprezy sportowe), które odbywają się na terytorium naszego kraju, natomiast w odniesieniu do meczów piłki nożnej – poza meczami rozgrywanymi na terenie Polski, rozciąga się również na inne kraje, w których mecz rozgrywa polska kadra narodowa lub polski klub sportowy. Dodać należy, że w myśl definicji legalnej zawartej w art. 3 pkt 4 usta-

⁷ Zob. szerzej na ten temat: B. Kurzępa, *Bezpieczeństwo imprez masowych. Zarys problematyki*, Rzeszów 2020, s. 208–210.

⁸ M. Licznarski, *Środek karny zakazu wstępu na imprezy masowe*, *Prokuratura i Prawo* 2012, nr 5, s. 61–62.

⁹ Por. wyrok Sądu Najwyższego z dnia 28 września 2012 r., sygn. III KK 14/12, *Lex* nr 1232830.

wy o bezpieczeństwie imprez masowych, meczem piłki nożnej jest masowa impreza sportowa mająca na celu współzawodnictwo w dyscyplinie piłki nożnej, organizowana na stadionie lub w innym obiekcie sportowym, na którym liczba udostępnionych przez organizatora miejsc dla osób, ustalona zgodnie z przepisami prawa budowlanego oraz przepisami dotyczącymi ochrony przeciwpożarowej, wynosi nie mniej niż 1000.

Z treści wspomnianego wyżej wyroku Sądu Najwyższego (tzn. o sygn. V KK 433/19) można wysnuć przypuszczenie, że sąd pierwszej instancji orzekł zakaz ograniczony wyłącznie do terytorium Rzeczypospolitej Polskiej, a zupełnie pominął w wyroku inne kraje, na terenie których również mogły być rozgrywane mecze piłki nożnej, co w oczywisty sposób uchybiło normie materialnoprawnej zawartej w art. 41 § 2 k.k.¹⁰ Omawiany zakaz nie obejmuje meczów w innych dyscyplinach sportów zespołowych np. piłki ręcznej, koszykówki, piłki siatkowej itp., rozgrywanych przez poszczególne kluby lub reprezentację Polski poza terytorium Rzeczypospolitej Polskiej¹¹. Nie dotyczy on również meczów piłki nożnej rozgrywanych przez reprezentacje innych państw lub kluby zagraniczne albo innych meczów bądź imprez masowych odbywających się poza terenem Polski¹². Warto jeszcze dodać, że niestosowanie się do zakazu wstępu na imprezę masową stanowi występek z art. 244 k.k. zagrożony karą pozbawienia wolności od trzech miesięcy do lat pięciu. Środek ten może być również wykonywany w systemie dozoru elektronicznego (art. 43a § 1 k.k.w.).

Reasumując powyższe rozważania należy w pełni zaaprobować stanowisko Sądu Najwyższego zawarte w głosowanym wyroku.

Commentary to the Supreme Court judgment of 18 February 2020, ref. no. V KK 433/19

Abstract

This commentary addresses the Supreme Court judgment that criticises the first-instance court adjudicating a penal measure of prohibited admission to football matches to apply only on the territory of the Republic of Poland. It is clear from Art. 41b(2) of the Penal Code that the prohibition should en-

¹⁰ Głosowany wyrok ogłoszony został w zbiorze Lex/el (nr 3079428), bez uzasadnienia.

¹¹ Por. P. Kozłowska-Kalisz, Kodeks karny. Komentarz, Warszawa 2020, Lex/el. Komentarz do art. 41b k.k. (dostęp w dniu 31 stycznia 2021 r.).

¹² R. A. Stefański, Środek karny zakazu wstępu na imprezę masową, Prokuratura i Prawo 2010, nr 1–2, s. 279.

compass also other countries where the Polish national team and/or a Polish sports club play matches.

Key words

Safety at mass events, penal measure, prohibited admission to a mass event, stadium offence, internal security.

GLOSY

Bolesław Kurzępa¹

Glosa do wyroku Sądu Najwyższego z dnia 18 lutego 2020 r., sygn. V KK 433/19

Streszczenie

Przedmiotem glosy jest wyrok Sądu Najwyższego, w którym krytyce poddano orzeczenie przez sąd pierwszej instancji środka karnego w postaci zakazu wstępu na mecze piłki nożnej ograniczonego do terytorium Rzeczypospolitej Polskiej, podczas gdy z treści art. 41b § 2 k.k. wynika, iż zakaz ten powinien obejmować również inne państwa, w których rozgrywane są mecze przez polską kadrę narodową lub polski klub sportowy.

Słowa kluczowe

Bezpieczeństwo imprez masowych, środek karny, zakaz wstępu na imprezę masową, przestępstwo stadionowe, bezpieczeństwo wewnętrzne.

Zgodnie z art. 41b § 2 k.k. zakaz wstępu na imprezę masową obejmuje wszelkie imprezy masowe na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej oraz mecze piłki nożnej rozgrywane przez polską kadrę narodową lub polski klub sportowy poza terytorium Rzeczypospolitej Polskiej. Brzmienie powołanego przepisu jest więc jednoznaczne, a zakres terytorialny orzeczonego na jego podstawie środka nie przewiduje żadnych ograniczeń. W tym stanie rzeczy orzeczenie przez sąd *ad quem* przewidzianego w art. 41b § 1 k.k. zakazu wyłącznie w zakresie obejmującym teryto-

¹ Dr Bolesław Kurzępa, adiunkt Politechniki Rzeszowskiej, ORCID 0000-0002-5130-1001.

rium Rzeczypospolitej Polskiej, a pominięcie tej jego części, która dotyczy meczów piłki nożnej rozgrywanych przez polską kardę narodową lub polski klub sportowy odbywających się poza terytorium Rzeczypospolitej Polskiej w sposób oczywisty uchybiało zawartej w powołanym przepisie normie materialnoprawnej.

Polski Kodeks karny z 1997 r. podlega ciągłym zmianom, które powodują, że kłopoty z prawidłowym odczytaniem i zastosowaniem niektórych przepisów mają również prawnicy. Niektóre nowelizacje są oczywiste, gdyż wynikają z ciągle zachodzących zmian w różnych dziedzinach życia społecznego. Wiele jednak jest wprowadzanych pod wpływem emocji spowodowanych np. jakimś wydarzeniem bulwersującym opinię społeczną, a więc i polityków, co w krótkim okresie skutkuje zmianą jednego lub wielu przepisów. Często nowelizacja taka nie jest przemyślana do końca, niewiele w sumie zmienia, ale psuje istniejący już system prawny. Oczywiście, jesteśmy świadkami także zmian, które są potrzebne, czy wręcz niezbędne. Jedną z takich regulacji, która w stosunkowo krótkim okresie podlegała wielu zmianom jest bez wątpienia ustawa z dnia 20 marca 2009 r. o bezpieczeństwie imprez masowych². Wiązało się to z narastającym w naszym kraju problemem zajęć na stadionach piłkarskich wywoływanych przez tzw. kiboli, a mówiąc wprost – chuliganów. Próbowano stosować różne środki, aby przeciwdziałać temu zjawisku, z miernym zresztą skutkiem³. Jednak prawie każde szczególnie tragiczne zajście podczas meczu piłki nożnej lub bezpośrednio po meczu, powodowało u przedstawicieli władz państwowych chęć takiej zmiany prawa, szczególnie karnego, aby do tego rodzaju zdarzeń w przyszłości nie dochodziło. Efektem jednej ze zmian było uchwalenie przepisów o zakazie wstępu niektórych osób na imprezę masową, który może być orzekany zarówno na podstawie przepisu art. 66 ustawy o bezpieczeństwie imprez masowych, jak i art. 41b k.k. Jeżeli chodzi o ten ostatni przepis, to został on wprowadzony przez art. 72 ustawy z dnia 20 marca 2009 r. o bezpieczeństwie imprez masowych⁴. W międzyczasie był on czterokrotnie modyfikowany, przy czym ostatnia zmiana dokonana została przez art. 4 ustawy z dnia 11 września 2015 r. o zmianie ustawy o bezpieczeństwie imprez masowych i niektórych innych ustaw⁵. W obecnej wersji obowiązuje od dnia 26 listopada 2015 r. Potocznie środek określony w art. 41b k.k. nazywany jest „zakazem stadionowym” co jest o tyle mylące, że faktycznie w przepisie tym mowa jest o „zakazie wstępu na imprezę masową”, a więc jego zakres obejmuje

² Tekst jedn. Dz. U. z 2019 r., poz. 2019.

³ Szerzej na ten temat: P. Chlebowski, Chuligaństwo stadionowe. Studium kryminologiczne, Warszawa 2020.

⁴ Dz. U. z 2009 r., Nr 62, poz. 504. Ustawa ta obowiązuje od dnia 1 sierpnia 2009 r.

⁵ Dz. U. z 2015 r., poz. 1707.

je także inne imprezy masowe niż tylko te odbywające się na stadionach. Definicja pojęcia „impreza masowa” znajduje się w art. 3 pkt 1 ustawy o bezpieczeństwie imprez masowych i oznacza „imprezę masową artystyczno-rozrywkową, masową imprezę sportową, w tym mecz piłki nożnej, z wyjątkiem imprez:

- 1) organizowanych w teatrach, operach, operetkach, filharmoniach, kinach, muzeach, bibliotekach, domach kultury i galeriach sztuki lub w innych podobnych obiektach,
- 2) organizowanych w szkołach i placówkach oświatowych przez zarządzających tymi szkołami i placówkami,
- 3) organizowanych w ramach współzawodnictwa sportowego dzieci i młodzieży,
- 4) sportowych organizowanych dla sportowców niepełnosprawnych,
- 5) sportu powszechnego o charakterze rekreacji ruchowej, ogólnodostępnym i nieodpłatnym, organizowanych na terenie otwartym,
- 6) zamkniętych organizowanych przez pracodawców dla ich pracowników

– jeżeli rodzaj imprezy odpowiada przeznaczeniu obiektu lub terenu, gdzie ma się ona odbyć”. Już z treści definicji wynika, że zakaz ten dotyczy także imprez masowych artystyczno-rozrywkowych, masowych imprez sportowych i rzecz jasna meczów piłki nożnej. Przyczyną wprowadzenia art. 41b k.k. były nie ekscesy na imprezach masowych np. muzycznych, lecz prawie wyłącznie zakłócenia porządku na stadionach piłkarskich. Ustawodawca dał organizatorom i organom odpowiadającym za porządek publiczny instrument prawny do zwalczania przestępczości stadionowej, umożliwiając skuteczne reagowanie na niewłaściwe postawy tych uczestników imprez masowych, którzy zagrażają bezpieczeństwu innych osób i mienia. Zakaz wstępu na imprezę masową ma wprowadzić charakter profilaktyczny, lecz jego praprzyczyna znajduje się w uprzednio popełnionym przestępstwie. Jak trafnie stwierdził T. Bojarski „domniemanie zagrożenia dla porządku prawnego ze strony takiej osoby musi ściśle łączyć się z popełnionym konkretnym przestępstwem. Nie wystarcza do jego zastosowania ogólna opinia np. środowiskowa, o postawie i zachowaniu się tej osoby. Jest to rozwiązanie w kontekście tego warunku prawidłowe, ale oczywiście ocena, że osoba taka zagraża istotnym dobrom chronionym prawem, z konieczności musi się opierać na elementach nie do końca sprawdzalnych. Ważne jest jednak, że źródło tego domniemania tkwi w poprzednim czynie przestępnym”⁶. Istotną zmianę do brzmienia art. 41b § 1 k.k. wprowadziła ustawa z dnia 31 sierpnia 2011 r. o zmianie ustawy o bezpieczeństwie imprez masowych oraz niektórych innych ustaw, umożliwiając orzeczenie wspomnianego zakazu nie tylko w sto-

⁶ Zob. T. Bojarski, Kodeks karny. Komentarz, wyd. VII, Warszawa 2016. Komentarz do art. 41b, Lex/el (dostęp w dniu 29 stycznia 2021 r.).

sunku do sprawcy przestępstwa popełnionego w związku z imprezą masową, ale także tych, którzy skazani zostali za występki o charakterze chuligańskim. Oznacza to, że zakaz może być orzeczony również wtedy, kiedy popełnione przestępstwo nie ma związku z konkretną imprezą masową. Orzeczenie zakazu na podstawie art. 41b § 1 k.k. jest fakultatywne, a jedynie w przypadkach wskazanych w art. 66 ustawy o bezpieczeństwie imprez masowych oraz w razie ponownego skazania sprawcy za przestępstwo popełnione w związku z imprezą masową (art. 41b § 4 k.k.) – jest obligatoryjne. Trzeba jednak mieć na uwadze, że przepis art. 66 ustawy pozwala na orzeczenie zakazu w stosunku do sprawców przestępstw przeciwko życiu i zdrowiu, przeciwko bezpieczeństwu powszechnemu oraz przestępstw, o których mowa w art. 222–224 k.k., popełnionych wyłącznie w związku z masową imprezą sportową, w tym meczem piłki nożnej, lub o których mowa w art. 59–61 ustawy o bezpieczeństwie imprez masowych. Natomiast art. 41b § 1 k.k. ma szerszy zakres, gdyż pozwala orzec tego rodzaju zakaz wobec sprawców przestępstw popełnionych nie tylko w związku z masową imprezą sportową, ale także imprezą masową artystyczno-rozrywkową⁷. Jednak w razie skazania za czyn popełniony w związku z imprezą masową artystyczno-rozrywkową, nie można na skazanego nałożyć, na podstawie art. 41b § 3 k.k. obowiązku kontrolowanego przebywania w miejscu stałego pobytu lub w innym wyznaczonym miejscu⁸.

Wracając do tezy głosowanego orzeczenia, to stwierdzić należy, że dotyczy ono jednego z istotnych elementów zakazu wstępu na imprezę masową, a mianowicie jego zasięgu terytorialnego. Z brzmienia art. 41b ust. 2 k.k. jednoznacznie wynika, że zakaz wstępu na imprezę masową obejmuje wszelkie imprezy masowe na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej oraz mecze piłki nożnej rozgrywane przez polską kadrę narodową lub polski klub sportowy poza terytorium Rzeczypospolitej Polskiej. W przepisie tym brak jest jakichkolwiek wyłączeń lub wyjątków, a więc zakaz ten nie doznaje żadnych ograniczeń terytorialnych⁹. Przepis należy rozumieć w ten sposób, że omawiany zakaz obejmuje imprezy masowe (tzn. imprezy masowe artystyczno-rozrywkowe oraz masowe imprezy sportowe), które odbywają się na terytorium naszego kraju, natomiast w odniesieniu do meczów piłki nożnej – poza meczami rozgrywanymi na terenie Polski, rozciąga się również na inne kraje, w których mecz rozgrywa polska kadra narodowa lub polski klub sportowy. Dodać należy, że w myśl definicji legalnej zawartej w art. 3 pkt 4 usta-

⁷ Zob. szerzej na ten temat: B. Kurzępa, *Bezpieczeństwo imprez masowych. Zarys problematyki*, Rzeszów 2020, s. 208–210.

⁸ M. Licznarski, *Środek karny zakazu wstępu na imprezy masowe*, *Prokuratura i Prawo* 2012, nr 5, s. 61–62.

⁹ Por. wyrok Sądu Najwyższego z dnia 28 września 2012 r., sygn. III KK 14/12, *Lex* nr 1232830.

wy o bezpieczeństwie imprez masowych, meczem piłki nożnej jest masowa impreza sportowa mająca na celu współzawodnictwo w dyscyplinie piłki nożnej, organizowana na stadionie lub w innym obiekcie sportowym, na którym liczba udostępnionych przez organizatora miejsc dla osób, ustalona zgodnie z przepisami prawa budowlanego oraz przepisami dotyczącymi ochrony przeciwpożarowej, wynosi nie mniej niż 1000.

Z treści wspomnianego wyżej wyroku Sądu Najwyższego (tzn. o sygn. V KK 433/19) można wysnuć przypuszczenie, że sąd pierwszej instancji orzekł zakaz ograniczony wyłącznie do terytorium Rzeczypospolitej Polskiej, a zupełnie pominął w wyroku inne kraje, na terenie których również mogły być rozgrywane mecze piłki nożnej, co w oczywisty sposób uchybiło normie materialnoprawnej zawartej w art. 41 § 2 k.k.¹⁰ Omawiany zakaz nie obejmuje meczów w innych dyscyplinach sportów zespołowych np. piłki ręcznej, koszykówki, piłki siatkowej itp., rozgrywanych przez poszczególne kluby lub reprezentację Polski poza terytorium Rzeczypospolitej Polskiej¹¹. Nie dotyczy on również meczów piłki nożnej rozgrywanych przez reprezentacje innych państw lub kluby zagraniczne albo innych meczów bądź imprez masowych odbywających się poza terenem Polski¹². Warto jeszcze dodać, że niestosowanie się do zakazu wstępu na imprezę masową stanowi występek z art. 244 k.k. zagrożony karą pozbawienia wolności od trzech miesięcy do lat pięciu. Środek ten może być również wykonywany w systemie dozoru elektronicznego (art. 43a § 1 k.k.w.).

Reasumując powyższe rozważania należy w pełni zaaprobować stanowisko Sądu Najwyższego zawarte w głosowanym wyroku.

Commentary to the Supreme Court judgment of 18 February 2020, ref. no. V KK 433/19

Abstract

This commentary addresses the Supreme Court judgment that criticises the first-instance court adjudicating a penal measure of prohibited admission to football matches to apply only on the territory of the Republic of Poland. It is clear from Art. 41b(2) of the Penal Code that the prohibition should en-

¹⁰ Głosowany wyrok ogłoszony został w zbiorze Lex/el (nr 3079428), bez uzasadnienia.

¹¹ Por. P. Kozłowska-Kalisz, Kodeks karny. Komentarz, Warszawa 2020, Lex/el. Komentarz do art. 41b k.k. (dostęp w dniu 31 stycznia 2021 r.).

¹² R. A. Stefański, Środek karny zakazu wstępu na imprezę masową, Prokuratura i Prawo 2010, nr 1–2, s. 279.

compass also other countries where the Polish national team and/or a Polish sports club play matches.

Key words

Safety at mass events, penal measure, prohibited admission to a mass event, stadium offence, internal security.

Wiadomości dla Autorów i Czytelników

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

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

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

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

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

Wynik kolejnej oceny ICV **2019 = 47.15** uwidocznił na liście czasopism **ICI Journals Master List 2019** <https://journals.indexcopernicus.com/search/formjml> oraz w **Pasporcie** naszego czasopisma <https://journals.indexcopernicus.com/search/details?id=4169&lang=pl>

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 (głosy) – rekomendacja opiekuna naukowego i odpowiednio zawodowego. W przypadku asesora oraz asystenta prokuratora oczekuje się rekomendacji kierownika jednostki organizacyjnej, a asystenta sędziego – przewodniczącego wydziału.

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

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

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